

Udskriftsdato: mandag den 12. januar 2026

AFG nr 9749 af 25/08/2020 (Gældende)

Grænseoverskridende hjemstedsflytning

Ministerium: Skatteministeriet

Journalnummer: 20-0470141

Grænseoverskridende hjemstedsflytning

H1 påtænkte at flytte sit hjemsted fra Danmark til EU-land 1. Skatterådet bekræftede, at den grænseoverskridende hjemstedsflytning ikke medførte dansk avance- og udbyttebeskatning af anpartshaverne i H1, herunder, at omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ikke skulle anvendes. Det var oplyst, at der ikke var og ikke forventedes overskud i selskabet, og at de øvrige aktionærer havde en vetoret i det tilfælde, at der skule opstå overskud. Spørger havde oplyst, at spørgsmålet om at udlodde udbytte fra H1 i de næste mange år ville være rent teoretisk. Det var derfor en forudsætning for afgørelsen, at der ikke ville blive udloddet udbytte indenfor den nærmeste årrække. Hvis der alligevel udloddedes udbytte, og det viste sig, at formålet med arrangementet alligevel var at undgå betaling af dansk kildeskat, kunne selskabet ikke støtte ret på afgørelsen. Ligningslovens § 3 ville da kunne anvendes på arrangementet.

Skatterådsmøde 25. august 2020 - SKM2020. 352. SR

Afgørelsen er af hensyn til tavsdhedspligten offentliggjort i en redigeret form.

Spørgsmål

1. Kan Skatterådet bekræfte, at den påtænkte grænseoverskridende hjemstedsflytning af H1 fra Danmark til EU-land 1 ikke medfører dansk avance- og udbyttebeskatning af anpartshaverne i H1?

Svar

1. Ja

Beskrivelse af de faktiske forhold

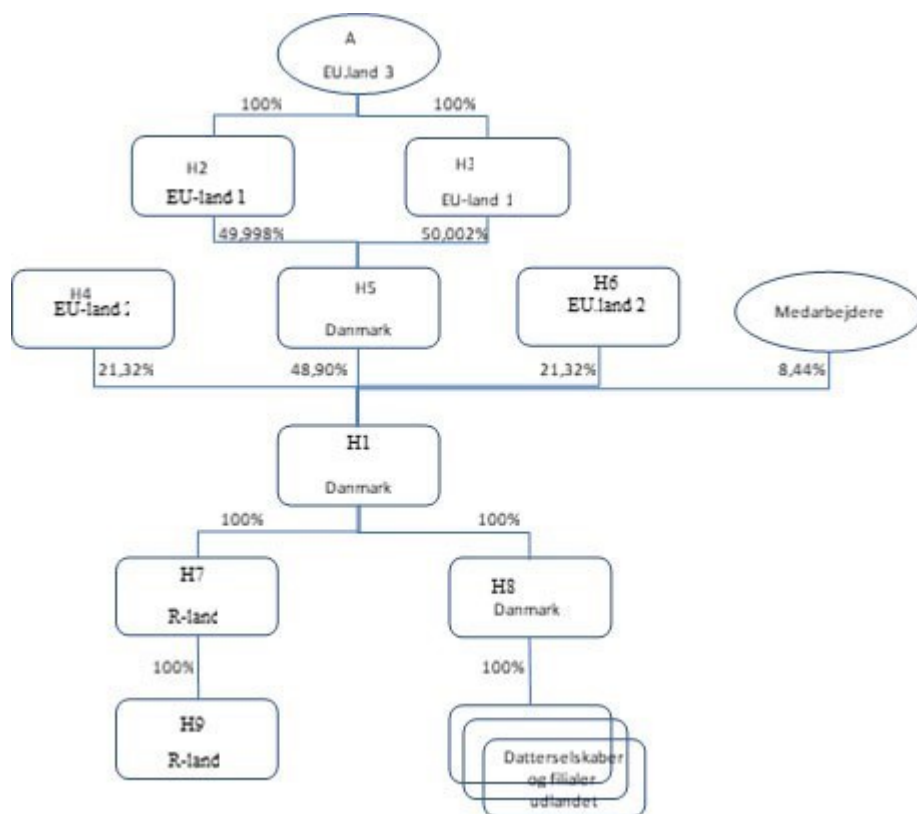
Forretningsaktivitet

H-koncernen ("H") har to forretningsområder, P og Q. P-forretningen er koncernens oprindelige aktivitet og den ejes fuldt ud af H8. Dette forretningsområde består i, at H8 og koncernens øvrige selskaber leverer services til kunderne i x- og y-industrien, hvilket sker ved hjælp af avancerede x og andre produkter, som H8 har udviklet og selv fremstiller. Q-forretningen ejes af H9. Denne forretning består i, at koncernen udvikler, producerer og sælger xkomponenter, der anvendes til konstruktion m.v. af x- og y.

Koncernen blev grundlagt i x-årstal og har i dag knap x ansatte i hele verden. Koncernens omsætning udgjorde ca. x i 2018 (x i 2017, x i 2016 og x i 2015).

Ejer- og koncernstrukturen

Koncernen har i dag ca. x selskaber og filialer i ca. x lande. Ejer- og koncernstrukturen er vist i diagrammet.



Det skal til diagrammet bemærkes, at H8 påtænker at foretage en skattefri grenspaltning, således at selskabets kontraktproduktion og -udvikling i relation til Q-forretningen udskilles i et dansk søsterselskab.

Nedenfor i tabellen Q-forretningen i Danmark henholdsvis R-land anskueliggjort.

	H9	H10(1)
Revenue(2)	x	x
Assets(3)	x	x
Employees(4)	x	x

(1) H10 will operate the Danish Q business in 2020. SKAT granted permission for a tax exempt demerger of the Q manufacturing business to H10. Prior to the demerger the business was carried on by H8

(2) Both based on FY2019

(3) H9 based on asset values at 31 December 2019 and H10 based on asset values at 7 February 2020

(4) As at 15 May 2020

Det skal endvidere bemærkes, at H3 ApS har besluttet at flytte hjemsted til EU-land 1, og at hjemstedsflytningen er registreret hos myndighederne i EU-land 1. Selskabet afventer nu en endelig afregistrering hos Erhvervsstyrelsen i Danmark. På baggrund heraf kan det lægges til grund for det bindende svar, at H3 ApS på tidspunktet for H1s hjemstedsflytning er fuldt skattepligtigt til EU-land 1, og at selskabet ikke længere er fuldt skattepligtigt til Danmark. På baggrund heraf er selskabet i koncerndiagrammet anført som værende et EU-land 1 selskab. I resten af ansøgningen omtales selskabet som "H3 Sarl".

Endelig skal det bemærkes, at H5 er fuldt skattepligtigt til Danmark, og at H5 fortsat vil være fuldt skattepligtigt på det tidspunkt, hvor H1 flytter hjemsted til EU-land 1. H5 påtænker på et senere tidspunkt at flytte hjemsted til EU-land 1.

Som det fremgår af diagrammet, ejes anparterne i H1 af koncernens medarbejdere (8,44%), H4 (21,32%), H6 (21,32%) og H5 (48,9%). Herudover ejer H1 egne anparter svarende til 0,03%.

A og en række medarbejdere ejer desuden warrants i H1. Det kan lægges til grund for besvarelsen, at A er omfattet af reglerne om henstand med betaling af skatter og arbejdsmarkedsbidrag i henhold til kildeskattelovens § 73 E, jf. ligningslovens § 28, stk. 6, vedrørende disse warrants.

H4 er skatte- og selskabsretligt hjemmehørende i EU-land 2 og ejes indirekte 100% af F, der er skattemæssigt hjemmehørende i Z-land.

H6 er skatte- og selskabsretligt hjemmehørende i EU-land 2 og er børsnoteret i EU-land 4. Selskabet ejes ca. 53 procent af H11, der ejes 100% af familierne D og E.

Koncernens medarbejdere, herunder tidligere medarbejdere, ejer ca. 8% af anpartskapitalen samt warrants i H1. Hovedparten af disse personer er hjemmehørende i Danmark eller andre lande i EU/EØS. Enkelte medarbejdere er hjemmehørende uden for EU/EØS. Det kan lægges til grund for besvarelsen, at ingen af medarbejderne har bestemmende indflydelse i H1, jf. ligningslovens § 2.

Bestemmende indflydelse

H5 har ikke bestemmende indflydelse i H1, da selskabet kun ejer 48,9 procent af kapitalen og stemmerne.

A har formelt bestemmende indflydelse i H1, idet han gennem sine anparter og warrants samlet råder over ca. 50,73 procent af stemmerne i selskabet.

Det følger imidlertid af en selskabsaftale mellem H6, H4 og H5, at der kræves enighed om alle væsentlige beslutninger vedrørende H1. På baggrund heraf skal alle tre anpartshavere være enige om væsentlige beslutninger i H1 og resten af koncernen. Omfattet af denne veto er f.eks. beslutningerne om at flytte hjemsted til EU-land 1, at etablere Q-forretningen som en selvstændig bedrift i H9 og at refinansiere koncernens obligationslån. Alle væsentlige beslutninger i H1 og koncernen skal således støttes af alle tre anpartshavere. De tre anpartshavere er professionelle investorer, der er uafhængige af hinanden, og deres beslutninger er altid forretningsmæssigt begrundede. Uanset at A således formelt har et flertal af stemmerettighederne i H1, så kan han ikke gennemføre beslutninger uden samtykke fra de to andre store anpartshavere.

En kopi af selskabsaftalen om H1 er indsendt til Skattestyrelsen. Som det fremgår af aftalens punkt 7, skal væsentlige beslutninger i H1, H14 (nu opløst) og H8 træffes i enighed mellem "Investors". "Investors" er defineret som H6 og H4, jf. punkt 1.24. Som tidligere oplyst har A et flertal af stemmerne i H1. Selskabsaftalen medfører således, at A ikke kan udøve kontrol over H1, idet der kræves enighed med H6 og H4 om alle væsentlige beslutninger.

Følgende fremgår af selskabsaftalens punkt 7:

"Major resolutions

7.1 Notwithstanding anything set out in this Agreement to the contrary, the resolutions below (at the Company's, H's or H8's general meetings, and board of directors) shall require the consent of the Investors and the Investors shall react in concert regarding these resolutions whether at the general meetings or on the board of directors:

1) any changes to the Articles, including change to the share capital of the Company or to the share capital or the articles of association of any other Group company, except such changes to the Articles with

are required or customary in connection with an initial public offering of the Company's shares, see also clause 5.4. ;

2) the issuance by any Group company of any share, derivative right to any share or other security in the share capital of any Group company, except for the issuance of warrants or other derivative rights pursuant to clause 3.1.2;

3) the liquidation of the Company, H, H8 or any other company within the Group;

4) any matters which are not compliant with the dividend policy set out in Schedule 7.1(4) (as amended from time to time pursuant to clause 11.1):

5) any merger of the Company, the acquisition or disposal of any assets, subsidiaries, participations, undertakings, or securities material to the operations of the Company/ or the Group exceeding x;

6) the entry by a Group company into any material joint venture, partnership, consortium or other similar arrangement;

7) any matters which are not compliant with the leverage policy and/or ratios set out in Schedule 7.1(7) (as amended from time to time pursuant to clause 11.2);

8) share repurchase scheme except for the Group's purchase of Shares and warrants issued by the Company to the employees' employment in the Group (other than any Shares or warrants issued to the CEO);

9) any formation of or amendment to service agreements, consultancy agreements or other agreements by any company in the Group with related parties of the Company as defined in Section 2 of the Danish Bankruptcy Act¹, including, for the avoidance of doubt, the CEO;

10) exiting or ceasing a material line of business or adding a new line of business, which is not in line with an existing line of business;

11) other material decisions which are not in the ordinary course of business, including, but not limited to, any decision which would lead to a breach of the covenants under any existing financing agreement or notes issued."

Formålet med visse gennemførte transaktioner

A

A flyttede i 20xx med sin familie fra Danmark til EU-land 3 for at forfølge familiens store interesse. As ægtefælle er desuden opvokset i EU-land 3 og har stærke personlige relationer til landet. På baggrund heraf har familien valgt at bosætte sig i en by i EU-land 3, der ligger tæt på EU-land 1. Der er således udelukkende personlige motiver for flytningen fra Danmark til EU-land 3.

Ved fraflytningen blev A undergivet exit-beskatning.

H9

H9 blev stiftet for at sikre koncernens overlevelse i kølvandet på den internationale krise, der indtrådte. Krisen har ramt H hårdt, da selskaberne i branchen har gennemført store besparelser på både deres løbende driftsomkostninger og investeringer, og begge disse forhold har påvirket H negativt. Efter tre år med underskud fandt bestyrelsen det derfor nødvendigt at foretage en række driftsmæssige ændringer,

herunder en selskabsretlig og organisatorisk opdeling af koncernen i de to forretningsområder, P og Q. I Danmark blev Q drevet fra lokaler i x-by.

Ifølge bestyrelsens vurdering ville det ikke være forretningsmæssigt optimalt at placere hovedkontoret for en ny global virksomhed i x-by. Der skulle følgelig findes en ny lokation for Q, og valget faldt på R-land, der har gunstige og stabile forretningsmæssige rammevilkår.

Der ligger således udelukkende forretningsmæssige motiver til grund for beslutningen om at etablere Q som et selvstændigt forretningsområde og at placere hovedsædet i R-land, herunder en central beliggenhed i Europa med gode flyforbindelser og gode muligheder for rekruttering af kvalificeret arbejdskraft både lokalt og internationalt. Selskabet medfører ingen særlige skattefordele, og det er ikke etableret for at opnå skattefordele i strid med formålet og hensigten med skatteretten.

H9 har eget kontor og egne medarbejdere, der besidder både den faglige og formelle kompetence til at drive Q-forretningen.

Ved overdragelsen af Q-forretningen fra H8 til H9 blev H8 beskattet af afståelsessummen.

De to R-landske selskaber er begge registreret på en adresse i R-land. Selskabernes virksomhed udøves fra denne adresse, der består i et lejet kontorlokale 309 m². Den årlige husleje udgør x. H har renoveret lokalet for ca. x. Kontoret er bemandet med x fuldtidsansatte ledende medarbejdere, der besidder både den faglige og formelle kompetence til at drive Q-forretningen.

Det fremgår af årsrapporten for 2018 for H9, at total intangibles assets udgør x. Heraf udgør Completed development projects x, development projects in progress x og Patent and licenses udgør x. De samlede aktiver udgør x.

H1

H1 blev etableret i forbindelse med, at ejerkredsen i H8 blev udvidet til at omfatte kapitalfonden H13. Da H13 igen udtrådte af ejerkredsen, blev H4 og H6 i stedet anpartshavere i H1. Selskabet medfører ingen særlige skattefordele, og det er ikke etableret for at opnå skattefordele i strid med formålet og hensigten med skatteretten.

H1 er således det selskab, hvor de tre uafhængige investorer både formelt og reelt træffer alle væsentlige forvaltningsmæssige beslutninger vedrørende H-koncernen, herunder hvordan eventuelle udbytter fra datterselskaberne skal disponeres. I perioden 2017-2019 er der i gennemsnit afholdt 11 bestyrelsesmøder pr. år.

Udbyttebetalinger

Generalforsamlingen træffer beslutning om en eventuel betaling af udbytte, jf. punkt 11.1. Dette skal ske i overensstemmelse med selskabets udbyttepolitik, jf. schedule 7.1 (4). Hvis udbyttepolitikken skal afviges, kræver dette samtykke fra Investors, jf. punkt 7.1 (4). Dette betyder, at der i praksis skal være enighed mellem hovedaktionærerne om en hvilken som helst udlodning af udbytte.

H1 har kun udloddet udbytte én gang, og spørgsmålet om udlodning af udbytter fra H1 vil i de næste mange år være en ren teoretisk diskussion. Koncernen har således været underskudsgivende i regnskabsårene x som følge af krisen, ligesom den forventer underskud i x år som følge af corona-krisen. Der skal derfor genereres et væsentligt fremtidigt overskud i koncernen, før det overhovedet kan komme på tale at udlodde udbytte. Koncernen finansieringspolitik begrænser også muligheden for at udlodde udbytter, jf. schedule 7.1 (7). Hertil kommer, at en udlodning af udbytter fra H1 ifølge vilkårene for koncernens obligationslån er underlagt restriktioner.

Schedule 7.1 (4):

"Dividend Policy

1.1 The H Group is committed to invest in profitable growth and deliver value to its owners hence future shareholder distribution will be subject to positive free cashflow, availability of distributable funds at financial year-end and compliance with relevant loan documentation restrictions."

Schedule 7.1 (7):

"Leverage Policy

1.1 It is the leverage policy of the H Group to follow the prevailing rating guidance (max 3 times debt to EBITDA-ratio) and the covenants agreed in the indenture of H8' x high yield bond, *ie* a maximum of 3,25 times debt to EBITDA ratio.

1.2 Independently from the above guidance and covenants, the H Group's policy is not to exceed a leverage of 3 times debt to EBITDA ratio. However, the H Group will have the ability to deviate from the targets in periods with large one off transactions and/ or unforeseen events which are outside the control of the H Group and its management."

Følgende fremgår af CVR-registret om H1' virksomhed:

" Selskabets formål er at drive virksomhed, direkte eller indirekte, som holdingselskab vedrørende x og y samt anden virksomhed, der efter bestyrelsens skøn er forbundet hermed."

Personlige holdingselskaber

H3 Sarl blev etableret som et dansk anpartsselskab i år x, få år efter stiftelsen af H8. Selskabet har altid fungeret som As personlige holdingselskab, hvor han samler sine forskellige investeringer. I dag ejer selskabet bl.a. H5, H11 og H12. Selskabet udøver således reel økonomisk virksomhed gennem dets investeringer og medfører samtidig en risikoafgrænsning i forhold til As personlige formue. Selskabet medfører ingen særlige skattefordele, og det er ikke etableret for at opnå skattefordele, der strider mod formålet eller hensigten med skatteretten.

H5 og H2 blev stiftet i x år. Selskaberne medfører ikke skattefordele set i forhold til situationen før stiftelsen, hvor H3 Sarl direkte ejede aktierne i H1, og de er ikke etableret for at opnå skattefordele, der strider mod formålet eller hensigten med skatteretten. H2 har i øvrigt lejet et kontorlokale i EU-land 1, der vil blive bemandet med 1-2 medarbejdere på fuld tid.

Den påtænkte transaktion

Den påtænkte transaktion indebærer, at H1 foretager en grænseoverskridende flytning af hjemsted fra Danmark til EU-land 1, jf. selskabslovens kapitel 16 a.

I forbindelse med flytningen vil selskabet blive afregistreret i Erhvervsstyrelsen og vil samtidigt blive registreret i EU-land 1. Selskabet opløses ikke selskabsretligt som følge af hjemstedsflytningen. H1 vil således blot ændre selskabsform fra et ApS til Sarl. Efter hjemstedsfraflytning vil selskabet blive fuldt skattepligtigt i EU-land 1 og omfattet af EU-land 1s dobbeltbeskatningsoverenskomster og EU's moder-/datterselskabsdirektiv. Selskabets ledelse vil have sæde i EU-land 1.

De forretningsmæssige motiver for anpartshavernes ønske om hjemstedsflytningen er bl.a., at alle medlemmer af direktionen og bestyrelsen er hjemmehørende uden for Danmark, at ca. 97 procent af kapitalen ejes af udenlandske anpartshavere, at ca. 92 procent af anpartshaverne er hjemmehørende i Y-regionen

(EU-land 3 og EU-land 2), at selskabet ikke har aktiviteter i Danmark, at der skabes overensstemmelse mellem selskabets formelle og reelle hjemsted, og at det kan være en fordel i forhold til den kommende refinansiering af koncernens obligationslån, der planlægges børsnoteret i EU-land 1.

H-koncernen er primært finansieret ved et obligationslån udstedt af H8. Lånets størrelse er x, og er udstedt til internationale investorer i USA og Europa. H1 er kautionist for obligationslånet. Lånet udløber til indfrielse i x årstal, og når det skal refinansieres, forventes det nye lån at blive børsnoteret i EU-land 1, der har EU's største marked for High Yield Bonds.

Det vil i denne forbindelse være en økonomisk fordel, hvis H1, som det kautionerende selskab, har hjemsted i EU-land 1. Dette skyldes, at investorerne er mere komfortable med de regulatoriske rammevilkår i EU-land 1 for et låntagende eller kautionerende selskab med hjemsted i EU-land 1, jf. et memo fra koncernens finansielle rådgiver, Goldman Sachs, som er indsendt til Skattestyrelsen.

Bl.a. følgende fremgår af Goldman Sachs' memo:

"(...)

- EU-land 1 or the Channel Islands would be a traditional place to do a European High Yield Bond listing. Within Europe most of the institutional investors are comfortable with EU-land 1 listings.
- If H were to consider a refinancing, EU-land 1 is home to the deepest market as compared to other European exchanges, in particular the Danish exchange given the number of comparable listings in EU-land 1 relative to Denmark.
- Investors comfort with EU-land 1 legal and regulatory oversight will most likely optimize pricing and execution of the financing relative to other jurisdictions (...)

Baggrunden herfor er bl.a., at insolvensretten i EU-land 1 er investor-venlig og muliggør en effektiv insolvensbehandling. Den heraf følgende større sikkerhed for investorerne afspejles i lavere rentesatser. Ledelsen forventer således at opnå en rentebesparelse, der vil udgøre ca. x pr. år for hvert procentpoint rentesats reduceres. Herudover forventer ledelsen at opnå en engangsbesparelse på ca. x som følge af lavere juridiske og bank fees. Når et kautionerende selskab har hjemsted i EU-land 1, er der således mindre arbejde forbundet med en børsnotering. Samlet set forventer ledelsen således, at der vil opnås store økonomiske fordele i forbindelse med refinansieringen, hvis H1 har hjemsted i EU-land 1.

H1' anpartshavere fortsætter som anpartshavere i selskabet med samme kapitalandele og stemmerettigheder. Det samme gælder warrantsejerne. Der er ikke planer om at foretage udlodninger fra selskabet. Ved besvarelsen kan det derfor lægges til grund, at der ikke foreligger planer om, at selskabet videreudlodder "likvidationsprovenuet" eller aktierne i datterselskaberne.

Spørgers opfattelse og begrundelse

Skatteretlig behandling

Generelt

I det følgende skal vi redegøre for de danske skatteretlige konsekvenser for anpartshaverne af hjemstedsflytningen.

En hjemstedsflytning indebærer ikke en afståelse af aktier efter aktieavancebeskatningsloven, da anparterne i selskabet ikke overdrages, og da selskabet ikke opløses. Som udgangspunkt medfører en hjemstedsflytning af et dansk selskab derfor ingen danske skattemæssige konsekvenser for anpartshaverne.

Der er dog indført en form for exit-beskatning i selskabsskattelovens § 5, stk. 5, hvorefter en hjemstedsflytning af et dansk selskab indebærer, at ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, finder tilsvarende

anvendelse. Ifølge sidstnævnte bestemmelse skal et likvidationsprovenu fra et selskab beskattes som udbytte i fire bestemte situationer, jf. bestemmelsens litra a)-d).

Litra a) og b) vedrører begrænset skattepligtige selskaber, litra c) vedrører begrænset skattepligtige fysiske personer hjemmehørende uden for EU, og litra d) vedrører selskaber, der ejer skattefri porteføljeaktier.

I det følgende redegøres der for, hvorfor hjemstedsflytningen af H1 ikke medfører dansk avance- eller udbyttebeskatning af anpartshaverne.

Medarbejderne

De medarbejdere, der er hjemmehørende i Danmark eller i et andet land inden for EU/EØS, er ikke omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1. For disse medarbejdere medfører hjemstedsflytningen derfor ikke dansk avance- eller udbyttebeskatning.

De medarbejdere, der er hjemmehørende uden for EU/EØS, kan potentielt være omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c). Disse medarbejdere har imidlertid ikke bestemmende indflydelse på H1, jf. ligningslovens § 2. For disse medarbejdere medfører hjemstedsflytningen derfor heller ikke dansk avance- eller udbyttebeskatning.

H4 og H6

Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a), kan potentielt finde anvendelse for H4 og H6, da de begge ejer mere end 10 procent af kapitalen i H1. Det er imidlertid tillige en betingelse, at selskaberne er begrænset skattepligtige af udbytter fra H1.

Sidstnævnte betingelse er ikke opfyldt, idet begge selskaber kan modtage udbytter fra H1 uden dansk beskatning, hvilket følger af både artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og EU-land 2 og EU's moder-/datterselskabsdirektiv. Betingelserne for skattefrihed er således opfyldt, da begge selskaber ejer mere end 10 procent af kapitalen i H1, da de er retmæssige ejere af udbytter fra H1, og da ligningslovens § 3 ikke finder anvendelse. Der er nærmere redegjort herfor i en retmæssig ejer-rapport, der er indsendt til Skattestyrelsen.

På baggrund heraf udløser hjemstedsflytningen ikke dansk avance- eller udbyttebeskatning af H4 og H6.

H5

Selskabsskattelovens § 5, stk. 5

H5 er fuldt skattepligtigt til Danmark på tidspunktet for hjemstedsflytningen, hvorfor ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a), ikke finder anvendelse. På baggrund heraf udløser hjemstedsflytningen for dette selskab ikke dansk avance- eller udbyttebeskatning.

Ligningslovens § 3

Ifølge ligningslovens § 3 skal der bortses fra visse arrangementer, således at beskatningen i stedet foretages på baggrund af det reelle arrangement. Da H5 er fuldt skattepligtigt til Danmark, vil selskabet ikke støtte ret på moder-/datterselskabsdirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten. De skattemæssige konsekvenser følger således udelukkende af intern dansk skatteret. Der kan kun ske korrektion efter ligningslovens § 3 under forudsætning af, at et arrangement er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, at skattefordelen virker mod formålet eller

hensigten med skatteretten og at arrangementet ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

I det følgende redegøres der for, at ligningslovens § 3 ikke finder anvendelse for H5 som følge af hjemstedsflytningen for H1.

Skattefordel

For H5 vil hjemstedsflytningen af H1 ikke medføre en mere lempelig beskatning af udbytter og aktie-avancer fra H1. Der er under alle omstændigheder ikke udsigt til udlodning af udbytter fra H1. Dette skal ses på baggrund af, at selskabet kun har udloddet udbytte én gang, at der ikke er planer om udlodning af udbytter til H1, at der ikke er planer om udlodning af udbytter fra H1, og at en udlodning af udbytter fra H1 ifølge vilkårene for koncernens obligationslån er underlagt restriktioner, jf. SKM2016. 298. SR.

Hjemstedsflytningen kan derimod potentielt medføre en skatteulempe, da det ikke længere vil være muligt at opnå sambeskatning mellem H8 og H1 (Sarl).

A opnår i øvrigt ikke personligt en skattefordel, da den samlede beskatning af ham er identisk, uanset om H1 er hjemmehørende i Danmark eller EU-land 1. Ligningslovens § 3 finder under alle omstændigheder ikke anvendelse, hvis det er en fysisk person, der opnår en skattefordel, jf. SKM2019. 232. SR.

Hovedformålet

Hjemstedsflytningen er besluttet af den samlede bestyrelse i H1 med det ene formål at opnå forretningsmæssige fordele, jf. ovenfor. Da der i sagen i øvrigt ikke findes et selskab eller person, der opnår en skattefordel, kan hovedformålet, eller et af hovedformålene, med arrangementet så meget desto mindre være at opnå en skattefordel.

Ingen skattefordel i strid med formålet og hensigten med skatteretten

Da der ikke opnås en skattefordel ved hjemstedsflytningen, kan flytningen ikke virke mod formålet og hensigten med skatteretten.

Velbegrundet arrangement

Hjemstedsflytningen for H1 er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der reflekterer den økonomiske virkelighed, jf. ligningslovens § 3, stk. 2. På baggrund heraf finder ligningslovens § 3, stk. 1, ikke anvendelse. Beslutningen om hjemstedsflytningen er således truffet i enighed blandt de tre hovedanpartshavere med det formål at opnå de kommercielle og økonomiske fordele, som der er redegjort for ovenfor.

Sammenfatning

Ligningslovens § 3 finder ikke anvendelse for H5, da der ikke opnås en skattefordel, og da en eventuel skattefordel under alle omstændigheder ikke vil virke mod formålet og hensigten med skatteretten. Disse forhold medfører hver for sig og samlet set, at ligningslovens § 3 ikke finder anvendelse, uanset om arrangementet i øvrigt måtte være kommercielt velbegrundet eller ej.

Hertil kommer, at hjemstedsflytningen faktisk er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, idet bestyrelsen for H1 forventer forretningsmæssige fordele af flytningen.

Sammenfatning

Den påtænkte hjemstedsflytning af H1 udløser ikke dansk avance- eller udbyttebeskatning af anpartshaverne.

For koncernens medarbejdere følger dette af, at de er hjemmehørende inden for EU/EØS og ikke har bestemmende indflydelse i H1.

For H4 og H6 følger dette af, at disse anpartshavere er retmæssige ejere af udbytter fra H1, og at LL § 3 ikke finder anvendelse. For disse selskaber vil hjemstedsflytningen derfor ikke medføre dansk beskatning, jf. selskabsskattelovens § 5, stk. 5, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1.

For H5 følger dette af, at selskabet er fuldt skattepligtigt til Danmark, hvorfor ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, ikke finder anvendelse, og at ligningslovens § 3 ikke finder anvendelse.

Skattestyrelsens indstilling og begrundelse

Spørgsmål 1

Det ønskes bekræftet, at den påtænkte grænseoverskridende hjemstedsflytning af H1 fra Danmark til EU-land 1 ikke medfører dansk avance- og udbyttebeskatning af anpartshaverne i H1.

Begrundelse

Skatterådet har tidligere afgivet to bindende svar for en del af samme personkreds som dette bindende svar handler om. Det skete ved bindende svar af x dato og bindende svar af x dato. I det bindende svar af 26. marts 2019 bekræftede Skatterådet, at H3 kunne foretage en selskabsskatteretlig grænseoverskridende flytning af selskabet fra Danmark til EU-land 1, uden at der skulle indeholdes udbytteskat for aktionæren, A.

Rådgiver har oplyst, at det kan lægges til grund, at flytningen af H3 ApS (Nu H3 Sarl) er sket på tidspunktet for H1's hjemstedsflytning.

Hvis et selskab ophører med at være skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 1, eller hvis et selskab efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, anvendes ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, tilsvarende. Se selskabsskattelovens § 5, stk. 5.

Udlodning af likvidationsprovenu foretaget i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven, medmindre udlodningen er omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 2, nr. 2, eller en af betingelserne i ligningslovens § 16 A, stk. 3, litra a-d, er opfyldt. Det fremgår af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1.

Ligningslovens § 16 A, stk. 2, nr. 2, vedrører visse udlodninger fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning. Udlodningen i denne sag er ikke omfattet af denne bestemmelse.

Der er tre store aktionærer i H1 foruden en række medarbejder-aktionærer.

H4 og H6

Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, omfatter situationer, hvor det modtagende selskab ejer mindst 10 procent af aktiekapitalen i det selskab, der likvideres, og udlodningen omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c).

H4 og H6 ejer begge mere end 10 procent af aktiekapitalen i det selskab, der likvideres. Efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c), kan selskaber, som nævnt i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, være skattepligtige af udbytte.

Skattepligten 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 eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Da der her er tale om datterselskabsaktier (ejerskab til mindst 10 procent af aktiekapitalen), og da beskatningen af udbytter skal frafaldes efter direktiv 2011/96/EU og efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og EU-land 2, omfattes udlodningen ikke af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, og dermed heller ikke af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a.

H4 og H6 skal derfor ikke udbyttebeskattes som følge af den påtænkte flytning af H1 fra Danmark til EU-land 1. Se dog afsnittet nedenfor om beneficial owner og ligningslovens § 3.

H5 Danmark

Det er oplyst, at H5 Danmark er fuldt skattepligtig til Danmark på det tidspunkt, hvor H1 flytter skattemæssigt hjemsted til EU-land 1. Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra, anvendes derfor ikke i forhold til H5 Danmark.

Koncernens medarbejdere

Koncernens medarbejdere ejer ca. 8 procent af aktiekapitalen og et antal warrants i H1.

Det er oplyst, at nogle af koncernens medarbejdere er hjemmehørende i Danmark eller i et andet land indenfor EU/EØS, mens andre af koncernens medarbejdere er hjemmehørende udenfor EU/EØS.

Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c) omhandler udlodninger til modtagende fysiske personer hjemmehørende uden for EU/EØS, som har bestemmende indflydelse i det selskab, der likvideres, jf. ligningslovens § 2. Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c) kan derfor ikke anvendes på de medarbejdere, der er hjemmehørende i Danmark eller EU/EØS. Det lægges til grund, at ingen af medarbejderne har bestemmende indflydelse i selskabet, og ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c) kan derfor heller ikke anvendes på de medarbejdere, der er hjemmehørende udenfor EU/EØS i den foreliggende situation.

I SKM2016. 203. SR påtænkte et dansk anpartsselskab at flytte sit selskabsretlige hjemsted, herunder ledelsens sæde fra Danmark til Spanien. Skatterådet bekræftede, at det danske anpartsselskabs fulde danske skattepligt ville ophøre på det tidspunkt, hvor såvel selskabets ledelse som selskabets hjemsted blev flyttet fra Danmark til Spanien.

Endvidere bekræftede Skatterådet, at det danske anpartsselskab skattemæssigt skulle anses for at være likvideret på fraflytningstidspunktet, jf. selskabsskattelovens § 5. Der skulle således opgøres avance/tab på skatterelevante aktiver og passiver. Videre udtalte Skatterådet, at selskabet dog ikke formelt blev likvideret, og at der derfor ikke var tale om egentlig likvidationsbeskatning, men om fraflytningsbeskatning af selskabet.

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at det må lægges til grund, at H1 efter den selskabsretlige flytning til EU-land 1 ikke er opløst selskabsretligt, og heller ikke efter danske skatteregler kan anses for ophørt/li-kvideret på aktionærniveau i forbindelse med den selskabsretlige og skattemæssige flytning.

Da der stadig er tale om den samme enhed, er der skatteretligt ikke tale om en afståelse. Selskabet eksisterer stadig.

Efter Skattestyrelsens opfattelse kan medarbejdernes warrants i H1 derfor ikke anses for at være afstået som følge af den påtænkte selskabsretlige grænseoverskridende flytning af H1 fra Danmark til EU-land 1.

Beneficial owner

Selvom udbytte fra H1 til H6 og H4 skal nedsættes eller frafaldes efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og EU-land 2, er det Skattestyrelsens opfattelse, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke afskærer Danmark fra at indeholde kildeskat af udbyttebeløbet, hvis selskaberne ikke kan anses for "beneficial owner" af "likvidationsprovenu" / datterselskabsaktierne.

I bl.a. SKM2014. 18. SR blev der således også foretaget en vurdering af, om det selskab, der modtog et "likvidationsprovenu" var beneficial owner. Der blev lagt vægt på, at der ikke forelå planer om, at det modtagende selskab skulle videreudlodde "likvidationsprovenu" eller aktierne i datterselskaberne.

Besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt H6, 7 og H4 er beneficial owners, vil udelukkende vedrøre transaktionerne med udlodning af det nævnte likvidationsprovenu/datterselskabsaktier, hvor det på forhånd kan konstateres, hvem der har dispositionsretten til udlodningerne/ datterselskabsaktierne. Besvarelsen vedrører derfor ikke udlodninger til de pågældende selskaber i øvrigt. En sådan besvarelse kræver, at der er tale om en konkret transaktion, hvor alle relevante fakta er belyst.

Vurderingen af, hvem der kan anses for retmæssig ejer (beneficial owner) er således en transaktionsbestemt vurdering, der skal foretages for hver enkelt udbytteudlodning. Dette sker særligt med henblik på at fastlægge, hvem der har dispositionsretten over udlodningen/datterselskabsaktierne.

Begrebet "retmæssig ejer" skal fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, der bl.a. er kommet til udtryk i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst art. 10, stk. 2 (pkt. 12) og i SKM2012. 121. ØLR.

Af kommentarerne fremgår, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke i sig selv afskærer/begrænser kildestatsbeskatning af udbytter, medmindre den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Afgørende for fastlæggelsen af beneficial owner er efter kommentarerne, om den formelle udbyttmodtager blot "fungerer som "gennemstrømningsenhed" (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst".

Det kan udledes af praksis, jf. SKM2012. 320. SR, SKM2013. 375. SR, SKM2014. 18. SR, SKM2014. 168. SR og SKM2014. 741. SR, at hvis udbyttet ikke er ført videre fra det udbyttmodtagende EU- eller DBO-selskab, og heller ikke med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til et tredjeland uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil det udbyttmodtagende i EU/DBO-selskab blive anset for at være beneficial owner.

Skattestyrelsen bemærker hertil, at selv hvis udbyttet føres videre fra den umiddelbare udbyttmodtager til en endelig udbyttmodtager i EU eller et land, der har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, så kan der stadigvæk foreligge misbrug, hvis den endelige udbyttmodtager beskattes lempeligere end hvis udbyttet var modtaget direkte fra det danske selskab, og formålet med strukturen netop er at opnå en sådan lempeligere beskatning fx ved udnyttelse af overenskomstmæssige fordele. Se Skatterådets afgørelse i SKM2016. 197. SR, hvor det blev lagt til grund, at et indskudt holdingselskab blev anvendt til at opnå overenskomstmæssige fordele for investorerne, selvom disse også var bosiddende i lande inden for EU og lande, som Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Repræsentanten har oplyst, at der ikke er planer om, at selskabet skal videreudlodde "likvidationsprovenu" eller aktierne i datterselskaberne. Skattestyrelsen lægger repræsentantens oplysninger om dette til grund, og på den baggrund er det Skattestyrelsens opfattelse, at der ikke er risiko for, at der vil ske gennemstrømning af penge eller aktier gennem H6 og H4.

Det er på forhånd fastlagt, hvem der kan disponere, og hvem slutmodtageren af aktieposten og likvidationsudlodningen er. Dette indebærer, at det på baggrund af en konkret vurdering er muligt at afgive et bindende svar på spørgsmålet.

Skattestyrelsen finder efter en samlet konkret vurdering, at H6 og H4 kan anses for at være beneficial owner af den nævnte "likvidationsudlodning", dvs. af datterselskabsaktierne i H1.

Ligningslovens § 3

Om ligningslovens § 3 finder anvendelse skal vurderes i forhold til H6, H4 og A. For så vidt angår A, flyttes der flere selskaber til EU-land 1, og der skal derfor ses på det samlede arrangement.

Ligningslovens § 3 er en generel omgåelsesklausul. Bestemmelsen skal hindre misbrug af selskabsskatte-reglerne. Den har bl.a. til formål at hindre misbrug af de fordele, der er forbundet med bl.a. moder-/datter-selskabsdirektivet og de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele, jf. ligningslovens § 3, stk. 1.

Ved anvendelsen af ligningslovens § 3, stk. 1, betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke-reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, jf. ligningslovens § 3, stk. 2.

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

Ved vurderingen af om der foreligger misbrug, indgår tre elementer:

- 1) Der skal være en skattefordel,
- 2) Ét af de væsentligste formål med arrangementet skal være at opnå skattefordelen, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten
- 3) Arrangementet anses ikke for at være reelt under hensyntagen til alle de relevante faktiske forhold og omstændigheder, herunder om arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede, kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Dette er i overensstemmelse med EU-domstolens definition af misbrug i beneficial owner-sagerne. Der indgår både en objektiv og en subjektiv vurdering.

Betingelserne er kumulative, og ved vurderingen skal der foretages en konkret afvejning af fordelene ved arrangementet i forhold til den forretningsmæssige begrundelse (proportionalitet).

Ad 1. Der skal være en skattefordel

De to R-landske selskaber, H7 og H9 er stiftede i x årstal. En del af aktiviteten i det danske selskab, H8, er herefter flyttet til R-land og placeret i det R-landske selskab, H9, herunder værdifulde immaterielle aktiver udviklet i Danmark.

Den aktivitet, der er flyttet til R-land, vedrører primært de værdifulde immaterielle aktiver (IP-rettighe-der). H9 må derfor karakteriseres som et IP-selskab. H9 har kontorlokale og 6 medarbejdere i R-land.

Herudover er to danske holdingselskaber, H3 ApS og H1, flyttet til EU-land 1, og et tredje dansk selskab, H Holding ApS, er ophørt ved fusion i x årstal. Det tilbageværende danske holdingselskab, Holdingselskabet H5 Danmark, vil på tidspunktet for H1' flytning af hjemsted til EU-land 1 have hjemsted i Danmark. H5 Danmark påtænker dog på et senere tidspunkt at flytte sit hjemsted.

Da H5 Danmark også påtænkes flyttet, vil den endelige struktur derfor ikke omfatte et dansk holdingselskab.

De to R-landske selskaber vil i den endelige struktur være placeret under et EU-land 1 holdingselskab, H1 (der efter den planlagte flytning vil være hjemmehørende i EU-land 1).

Ved flytningen af IP-rettighederne til det R-landske selskab opnås sammen med de øvrige påtænkte omstruktureringer, at udbytte af aktiviteten med IP-rettighederne er flyttet ud af dansk beskatning.

Det er oplyst, at A formelt har bestemmende indflydelse, da han råder over 50,73 procent af stemmerne i H1. Spørger anfører, at selskabsaftalen mellem H6, H4 og H5 medfører, at der kræves enighed om alle væsentlige beslutninger om H1. Spørger mener derfor ikke, at A kan udøve kontrol over H1.

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at selskabsaftalen mellem aktionærerne er et spørgsmål om at tillægge H6 og H4 en veto. Dette ændrer efter Skattestyrelsens opfattelse ikke på, at A har bestemmende indflydelse over de løbende beslutninger. På baggrund af det oplyste, om at beslutninger om udbetaling af udbytte efter selskabsaftalens punkt 11.1 træffes på generalforsamlingen, er det desuden Skattestyrelsens opfattelse, at A har bestemmende indflydelse over udbyttebetalinger. Anpartshaverne har ikke nødvendigvis modstridende interesser i at få udbetalt udbytte. Spørgers oplysninger om, at afvigelser fra udbyttepolitikken kræver samtykke fra investorerne findes derfor ikke at kunne føre til en anden vurdering af spørgsmålet om bestemmende indflydelse.

Før arrangementets påbegyndelse ville der potentielt være 15 procent kildeskat ved udlodning til A gennem H3 ApS og H5 (uden substans), jf. artikel 10, stk. 2, nr. 1) i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og EU-land 3. Efter arrangementets endelige gennemførelse sker der ingen dansk beskatning.

Spørgers repræsentant anfører, at den samlede beskatning af A er identisk, uanset hvor H1 hører hjemme. Det er Skattestyrelsens opfattelse, at der med det planlagte arrangement, som medfører, at der ikke længere vil være danske holdingselskaber, opstår en mulighed for at undgå betaling af dansk kildeskat.

Ad 2. Ét af de væsentligste formål med arrangementet skal være at opnå fordelene, som virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten

Ligningslovens § 3 anvendes dog udelukkende, hvis hovedformålet eller ét af hovedformålene med arrangementet er at opnå en uberettiget skattefordel, der bl.a. virker mod formålet og hensigten med skatteretten.

Spørger har oplyst, at der er flere formål med flytningen af H1 til EU-land 1:

- alle medlemmer af direktionen og bestyrelsen er hjemmehørende uden for Danmark,
- ca. 97 procent af kapitalen ejes af udenlandske anpartshavere,
- ca. 92 procent af anpartshaverne er hjemmehørende i Y-regionen (EU-land 3 og EU-land 2),
- selskabet har ikke aktiviteter i Danmark,
- der skabes overensstemmelse mellem selskabets formelle og reelle hjemsted, og
- det kan være en fordel i forhold til den kommende refinansiering af koncernens obligationslån, der planlægges børsnoteret i EU-land 1.

Det er en forudsætning for at anerkende disse formål som reelle, at Spørger er i stand til i rimelig grad at konkretisere eller sandsynliggøre, at de er reelle. Det er ikke tilstrækkeligt, at Spørger blot påberåber sig formål, der i praksis er anerkendt som gyldige forretningsmæssige formål. Det må under alle omstændigheder kræves, at disse formål konkretiseres og underbygges i forhold til det konkrete arrangement.

Det ses ikke, at de fem førstnævnte punkter er konkretiseret tilstrækkeligt. Herudover kan følgende fremføres vedrørende de fem punkter.

Skattestyrelsen finder ikke, at der er redegjort for, hvorfor det skulle være mere hensigtsmæssigt for selskabet at have hjemsted i EU-land 1 frem for i Danmark, blot fordi bestyrelsesmedlemmerne bor uden for Danmark.

Det ses ikke, hvorfor det vil være en fordel for selskabet at have hjemsted i EU-land 1 frem for i Danmark, fordi 97 procent af kapitalen ejes af udenlandske anpartshavere.

Skattestyrelsen kan ikke følge argumentet om, at selskabet skal have hjemsted i EU-land 1, fordi 92 procent af anpartshaverne bor i EU-land 3 eller i EU-land 2. Hvis anpartshavernes bopæl skulle have en betydning for valg af selskabets hjemsted, skulle selskabets nye hjemsted snarere være i EU-land 3 eller EU-land 2.

Det er oplyst, at en del af begrundelsen for selskabets hjemstedsflytning er, at selskabet ikke har aktiviteter i Danmark. Der er dog ikke redegjort for, at selskabets aktiviteter skulle befinde sig i EU-land 1. Derfor forekommer det mere naturligt, at hjemstedet er i Danmark, hvor en stor del af koncernens aktivitet udføres.

Spørger anfører også, at flytningen af hjemsted bl.a. er begrundet med, at der skabes overensstemmelse mellem selskabets formelle og reelle hjemsted. Der er dog ikke redegjort nærmere for, hvad der menes med dette.

Som det 6. og sidste formål er det oplyst, at flytningen kan være en fordel i forhold til den kommende refinansiering af koncernens obligationslån. Der henvises i den forbindelse til et memo fra Goldman Sachs, hvoraf fremgår, at Goldman Sachs anbefaler en notering på Channel Islands eller i EU-land 1, da dette er traditionelle steder for en notering.

Skattestyrelsen opfatter spørgers forklaring, således at det er hensynet til den kommende refinansiering, der er hovedformålet med hjemstedsflytningen.

Skattestyrelsen stiller sig imidlertid yderst tvivlende over for dette argument.

Det er således oplyst, at det er det danske selskab, H8, der er det låntagende selskab. H1 er dog alene det kautionerende selskab. Kreditvurderingen vil derfor efter Skattestyrelsens opfattelse som udgangspunkt blive foretaget i forhold til det låntagende selskab. Skattestyrelsen kan ikke se, at det forhold, at der med arrangementet opnås en sikkerhedsstillelse fra et selskab i EU-land 1 i sig selv, skulle gøre det muligt at opnå en lavere rente på lånet.

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at det, der kan give kautionen værdi, er, at H1 også kautionerer med de værdier, der findes i de R-landske selskaber. Det er Skattestyrelsens opfattelse, at dette kan give en besparelse på rentesatsen. Men en sådan besparelse vil følge af kautionistens større formue, ikke af en beliggenhed i EU-land 1. Besparelsen ville også kunne opnås, hvis selskabet var dansk.

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at det primære for kreditvurderingen er, hvem der lånes ud til og hvilken sikkerhed, der kan stilles. Ifølge CVR-registret er selskabet et holdingselskab. Det er Skattesty-

relsens opfattelse, at et tomt selskab i EU-land 1 ikke forandrer risikoen ved långivning til selskabet i forhold til risikoen ved et tomt selskab i Danmark eller andre lande. Skattestyrelsen bekendt er de danske insolvensregler også ganske effektive.

Det er på den baggrund Skattestyrelsens opfattelse, at Spørger ikke har konkretiseret og underbygget, hvorfor de anførte formål er de reelle formål med hjemstedsflytningen. Det skal derfor undersøges, om den potentielle skattefordel omtalt ovenfor kan være hovedformålet eller et af hovedformålene med arrangementet, hvor det danske holdingselskab udskiftes med et holdingselskab i EU-land 1.

I SKM2019. 413. SR ville det med et arrangement tilsvarende blive muligt at opnå udlodning til et EU-land, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, og et land uden for EU, som Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, uden at betale dansk kildeskat. Ligningslovens § 3 fandt anvendelse.

A har efter Skattestyrelsens opfattelse bestemmende indflydelse med arrangementet, hvor en dansk aktivitet flytter væk fra dansk beskatning. Med arrangementet bliver det muligt for ham at få udbytte ud til ham selv uden dansk beskatning.

Som beskrevet ovenfor under pkt. 1, medfører arrangementet en potentiel fordel for A, der kan undgå dansk beskatning af fremtidige udbytter på overskud af den aktivitet, der er flyttet til R-land.

Spørgsmålet er, om det samme gør sig gældende for de øvrige aktionærer. Flytningen indgår som en del af As plan om også at flytte de andre selskaber til EU-land 1. De øvrige aktionærer har ikke bestemmende indflydelse. Det er derfor Skattestyrelsens opfattelse, at arrangementet ikke fremstår som tilrettelagt af hensyn til de andre aktionærer, H6, H4 eller medarbejderne.

Et formål med arrangementet kunne derfor være at opnå denne fordel for A. Spørger har dog oplyst, at H1 kun har udloddet udbytte én gang, og at diskussionen om udlodning af udbytter fra H1 i de næste mange år vil være rent teoretisk. Spørger har oplyst, at koncernen har været underskudsgivende i regnskabsårene 2015-2019 ligesom den forventer underskud i x årstal.

Spørger har desuden oplyst, at selskabsaftalen mellem H6, H4 og H5 medfører, at der kræves enighed om alle væsentlige beslutninger om H1.

Som nævnt ovenfor, er det Skattestyrelsens opfattelse, at der med selskabsaftalen mellem aktionærerne er tillagt H6 og H4 en vetoet.

Idet disse oplysninger lægges til grund, er det Skattestyrelsens opfattelse, at omstruktureringen ikke kan antage at ske for at kunne udlodde udbytte skattefrit til A.

Idet Skattestyrelsen forudsætter, at der ikke vil blive udloddet udbytter fra H1 opad i koncernen, er det Skattestyrelsens opfattelse, at der kunne opnås en fordel ved arrangementet, men at det ikke kan antages at ville ske.

Som anført ovenfor kunne det umiddelbart være et formål med flytningen at opnå en skattefordel ved, at det bliver muligt at undgå at betale dansk kildeskat, fordi der ikke længere vil være et dansk holdingselskab.

Det er dog oplyst, at der ikke er og ikke forventes overskud i selskabet, og at de øvrige aktionærer har en vetoet i det tilfælde, at der skulle opstå overskud. I lyset af, at spørger har oplyst, at spørgsmålet om at udlodde udbytte er rent teoretisk, og idet denne oplysning lægges til grund som en forudsætning for indstillingen, er det derfor Skattestyrelsens opfattelse, at det ikke er hovedformålet eller et af de væsentligste formål med arrangementet at opnå denne fordel.

Ad 3. Arrangementet anses ikke for at være reelt under hensyntagen til alle de relevante faktiske forhold og omstændigheder; herunder om arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede, kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Arrangementer er ikke reelle, hvis de er tilrettelagt med det hovedformål, eller hvis de har som et af hovedformålene at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten. Arrangementer eller serier af arrangementer betragtes som værende ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, jf. ligningslovens § 3, stk. 2.

Det fremgår af bemærkningerne til ligningslovens § 3, at der ved denne vurdering kan tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede concerns forhold. (Lov nr. 1726 af 17. december 2018 - L 28 2017-18).

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 Skatteforvaltningen at fastslå, at der er tale om et arrangement med det hovedformål, eller et af hovedformålene at opnå en skattefordel, der virker mod formålet og hensigten med skatteretten. Vurderingen af, om et arrangement eller en serie af arrangementer virker mod formålet og hensigten med skatteretten, vil skulle inddrage både formålet med den enkelte bestemmelse og de overordnede principper, som skattereglerne er baseret på.

Skulle dette være tilfældet, påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, hvilket den skattepligtige må antages at være den nærmeste til at godtgøre. Det fremgår af bemærkningerne til ligningslovens § 3 (Lov nr. 1726 af 17. december 2018 - L 28 2018-19).

Som Skattestyrelsen indledningsvist har henvist til, skal der i forhold til ligningslovens § 3 ved vurderingen af, om der foreligger misbrug, foretages en objektiv vurdering af, om arrangementet er tilrettelagt med henblik på at opnå en skattefordel som virker mod formålet og hensigten med skatteretten og en subjektiv vurdering af, om opnåelsen af dette er et af hovedformålene med arrangementet. Dette er i overensstemmelse med præmis 97 i EU-domstolens dom af 26. februar 2019 (C116/16 og C-117/16) vedrørende "beneficial owner". Af samme doms præmis 98 følger det videre, at "det er således undersøgelsen af disse sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel."

EU-domstolen har senest i C-116/16 og C-117/16 angivet, hvilke holdepunkter der kan findes for, at der foreligger et kunstigt arrangement. Skattestyrelsen henviser i det hele til afsnittet "Spørgsmålet om, hvilke elementer der udgør retsmisbrug, og de dertil hørende beviser" præmis 97-114.

Heraf fremgår bl.a., at:

"104 Den omstændighed, at et selskab opererer som gennemstrømningsselskab, kan godtgøres, såfremt selskabets eneste aktivitet er at modtage udbyttet og videreudlodde det til den retmæssige ejer eller til øvrige gennemstrømningsselskaber. Den manglende faktiske økonomiske aktivitet skal i denne henseende i lyset af de særlige kendetegn ved den pågældende økonomiske aktivitet udledes af en undersøgelse af samtlige relevante elementer vedrørende bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets

omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det råder over.

105 Der kan endvidere findes holdepunkter for, at der foreligger et kunstigt arrangement, i den omstændighed, at der findes forskellige kontrakter mellem de selskaber, der er involveret i de omhandlede finansielle transaktioner, som giver anledning til pengestrømme inden for koncernen, samt i fremgangsmåden for transaktionernes finansiering, i vurderingen af de mellemliggende selskabers egenkapital og i gennemstrømningsselskabernes manglende beføjelser til at råde økonomisk over det modtagne udbytte. I denne henseende er det ikke alene en kontraktuel eller juridiske forpligtelse for det selskab, der modtager udbyttet, til at videreudlodde det til tredjemand, der kan udgøre et sådant holdepunkt, men ligeledes den omstændighed, at dette selskab, uden at være bundet af en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse, »substantielt«, således som den forelæggende ret har anført det, ikke har rettighederne til at bruge og nyde dette udbytte.

106 Sådanne holdepunkter kan i øvrigt bestyrkes i tilfælde af sammenfald eller tidsmæssig nærhed mellem på den ene side ikrafttrædelsen af ny vigtig skattelovgivning, såsom den i hovedsagerne omhandlede danske lovgivning eller den i nærværende doms præmis 51 nævnt amerikanske lovgivning, og på den anden side iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncerner."

Skattestyrelsen forstår præmisserne således, at manglende økonomisk aktivitet skal udledes af en undersøgelse af alle relevante elementer ved bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det råder over.

På samme måde kan den omstændighed, at selskabet "substantielt" ikke har råderet over de modtagne udbytter udgøre et holdepunkt for, at der er tale om misbrug. Endelig kan det tillægges vægt, at der er tidsmæssigt sammenfald mellem en ny skattelovgivning og omstruktureringer.

Som sagen foreligger oplyst, består H1' aktivitet alene i passiv aktiebesiddelse i H8. Selskabet har samme adresse som H8. Selskabet må derfor anses for at være et tomt holdingselskab uden aktivitet. Der er ikke redegjort for, hvilke forretningsmæssige årsager, der kan være til, at det tomme danske holdingselskab skal flyttes til EU-land 1.

Sagen adskiller sig derfor fra situationen i SKM2019. 349. SR, hvor der var tale om et holdingselskab, der havde ansvar for kontrol og styring af udenlandske datterselskaber, som rådede over kapitalen, og hvor selskabets egne ansatte udøvede denne råden. Holdingselskabet havde løbende geninvesteret udloddet overskud fra datterselskaberne. Skatterådet fandt derfor, at der var tale om en reel etablering, som afspejlede den økonomiske virkelighed, ligesom der var velbegrundede kommercielle årsager til at eje udenlandske aktier via holdingselskabet.

I SKM2019. 413. SR udskiftede en koncern en struktur med en anden struktur og opnåede derved nogle skattemæssige fordele, uden at spørger havde godtgjort, at det samlede arrangement var tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Skatterådet fandt, at ligningslovens § 3 fandt anvendelse.

Som det fremgår af Skatterådets afgørelse i SKM2018. 466. SR, skal der foretages en konkret afvejning af fordelene ved arrangementet i forhold til den forretningsmæssige begrundelse (proportionalitet).

Ingen af de ovennævnte begrundelser, som spørger har oplyst, udgør en reel forretningsmæssig begrundelse. Spørger har således ikke konkretiseret og underbygget, hvorfor de anførte forretningsmæssige grunde til arrangementet kan begrunde hjemstedsflytningen.

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at fraværet af en forretningsmæssig begrundelse for et planlagt arrangement kan indikere, at hovedformålet er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Selvom H5 venter med at flytte sit hjemsted væk fra Danmark, til H1 er fraflyttet Danmark, indebærer den planlagte endelige struktur, at der ikke vil være et dansk holdingselskab, idet planen er, at H5 også planlægges flyttet.

Opnåelsen af den potentielle fordel kan imidlertid efter det oplyste ikke anses for at være ét af de væsentligste formål med arrangementet (se ovenfor under Ad 2.). Det er derfor Skattestyrelsens opfattelse, at ligningslovens § 3 ikke anvendes på arrangementet.

Indstilling

Skattestyrelsen indstiller, at spørgsmål 1 besvares med "Ja".

Skatterådets afgørelse og begrundelse

Skatterådet tiltræder Skattestyrelsens indstilling og begrundelse. Spørger har oplyst, at der ikke er og ikke forventes overskud i selskabet, og at de øvrige aktionærer har en vetoret i det tilfælde, at der skulle opstå overskud. Spørger har oplyst, at spørgsmålet om at udlodde udbytte fra H1 i de næste mange år vil være rent teoretisk. Det er en forudsætning for afgørelsen, at der ikke vil blive udloddet udbytte indenfor den nærmeste årrække. Hvis der alligevel udloddes udbytte, og det viser sig, at formålet med arrangementet alligevel var at undgå betaling af dansk kildeskat, kan selskabet ikke støtte ret på afgørelsen. Ligningslovens § 3 vil da kunne anvendes på arrangementet."

Lovgrundlag, forarbejder og praksis

Spørgsmål 1

Lovgrundlag

Selskabsskattelovens § 5, 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.

Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1

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.

b) 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. § 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

2011/96/EU eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier.

c) Den modtagende fysiske person er hjemmehørende uden for EU/EØS og har bestemmende indflydelse i det selskab, der likvideres, jf. § 2.

d) Det modtagende selskab ejer skattefri porteføljeaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 C, i det selskab, der likvideres, og mindst 50 pct. af aktiverne i det selskab, der likvideres, består af direkte eller indirekte ejede datterselskabs- eller koncernselskabsaktier, eller der inden for de seneste 3 år forud for likvidationen er foretaget en overdragelse af sådanne aktier til selskabets direkte eller indirekte aktionærer eller til et koncernforbundet selskab, jf. § 2, stk. 3.

Ligningslovens § 3

Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt 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 værende ikke-reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Stk. 3. Indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal foretages på baggrund af det reelle arrangement eller serie af arrangementer, hvis der ses bort fra arrangementer eller serier af arrangementer efter stk. 1.

Stk. 4. Stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serierne af arrangementer, når deltagerne er skattepligtige omfattet af kildeskattelovens §§ 1 eller 2 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2.

Stk. 5. 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. 6. Stk. 1-4 har forrang i forhold til stk. 5 ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU.

Stk. 7. Told- og skatteforvaltningen skal forelægge sager om anvendelse af stk. 1-5 for Skatterådet til afgørelse. Fristerne i skatteforvaltningslovens § 26, stk. 1, 2. pkt., og § 27, stk. 2, 2. pkt., for foretagelse eller ændring af ansættelser, der er en direkte følge af anvendelsen af stk. 1-5, forlænges med 1 måned og anses for afbrudt ved told- og skatteforvaltningens fremsendelse til Skatterådet og den skattepligtige af indstilling til afgørelse.

Aktieavancebeskatningslovens § 4 A

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.

Stk. 2. Det er en betingelse efter stk. 1, at datterselskabet er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h eller 3 a-5 b, eller at datterselskabet er et tilsvarende udenlandsk selskab, der er

selskabsskattepligtigt uden fritagelse i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, herunder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og den kompetente myndighed i denne stat skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager.

Stk. 3. Datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af de af moderselskabets (mellemholdingselskabets) direkte og indirekte aktionærer, som er omfattet af selskabsskatteovens § 1, § 2, stk. 1, litra a, eller §§ 31 A eller 32, fondsbeskatningslovens § 1 eller ligningslovens § 16 H, og som i ethvert led mellem aktionæren og mellemholdingselskabet ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det underliggende selskab. Det gælder dog kun, hvis følgende betingelser alle er opfyldt:

1. Mellemholdingselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, jf. § 4 B.
2. Mellemholdingselskabet udøver ikke reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen.
3. Mellemholdingselskabet ejer ikke hele aktiekapitalen i datterselskabet, eller mellemholdingselskabet ejer hele aktiekapitalen i et datterselskab, som ikke er selskabsskattepligtigt eller er fritaget for selskabsskattepligt i Danmark eller udlandet, eller som er hjemmehørende i en stat, hvor den kompetente myndighed ikke skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager.
4. Aktierne i mellemholdingselskabet er ikke optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet.
5. Mere end 50 pct. af aktiekapitalen i mellemholdingselskabet ejes direkte eller indirekte af selskaber m.v. som nævnt i 1. pkt., som ikke ville kunne modtage udbytter skattefrit ved direkte ejerskab af aktierne i det enkelte datterselskab.

Stk. 4. Hvis de samme aktier som følge af stk. 3 ejes direkte af flere selskabsaktionærer omfattet af stk. 3, 1. pkt., anses aktierne for ejet direkte af den øverste aktionær.

Stk. 5. Hvis aktierne ejet af selskabsaktionærer som nævnt i stk. 3, nr. 5, er tillagt udbyttepræference, medregnes følgende aktiebesiddelser i mellemholdingselskabet ved opgørelsen i stk. 3, nr. 5:

1. Aktiebesiddelser tilhørende personlige aktionærer med bestemmende indflydelse, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6, i selskabsaktionæren.
2. Aktiebesiddelser tilhørende personer, der er nærtstående til de personlige aktionærer, jf. ligningslovens § 16 H.
3. Porteføljeaktiebesiddelser tilhørende selskaber m.v., hvorover personkredsen nævnt i nr. 1 og 2 har bestemmende indflydelse, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6.
4. Porteføljeaktiebesiddelser tilhørende fonde m.v. stiftet af personkredsen nævnt i nr. 1 og 2, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6.

Stk. 6. Ved indeholdelse af udbytteskat efter kildeskatteovens § 65 i tilfælde, hvor en selskabsaktionær efter stk. 3 anses for at eje aktier i underliggende selskaber direkte, forpligtes selskabsaktionæren til betaling af et beløb svarende til skatteværdien af selskabsaktionærens andel af det udloddede udbytte til mellemholdingselskabet. Betalingen har ingen skattemæssige konsekvenser for betaleren eller modtageren.

Stk. 7. Datterselskabsaktier, jf. stk. 1, omfatter ikke konvertible obligationer og tegningsretter til konvertible obligationer.

Aktieavancebeskatningslovens § 8

Gevinst og tab ved afståelse af datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og porteføljeaktier omfattet af § 4 C medregnes ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c

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. 1. pkt. omfatter ikke udbytte fra investeringsselskaber, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19, og udbytte fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, jf. ligningslovens § 16 C, dog forudsat at investeringsselskabet henholdsvis investeringsinstituttet ved investering i danske aktier eller andele har betalt en indkomstskat på 15 pct. af modtaget udbytte. 2. pkt. omfatter ikke udbytte af egne aktier, udbytte af aktier i investeringsselskabets henholdsvis investeringsinstituttets administrationsselskab, udbytte fra et investeringsselskab, jf. § 3, stk. 1, nr. 19, og udbytte fra et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. § 1, stk. 1, nr. 5 c, hvis dette har valgt beskatning af udbytter eller efter vedtægterne ikke kan investere i aktier eller andele i selskaber m.v., der er hjemmehørende her i landet. Uanset 3. pkt. må investeringsinstituttet eje aktier i det administrationsselskab, som forestår instituttets administration. 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. 6. og 7. 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.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og EU-land 3, art. 10

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

Stk. 2.

1. Sådant udbytte kan også beskattes i den kontraherende stat, hvori det udbyttebetalende selskab er hjemmehørende, og i henhold til lovgivningen i denne stat, men hvis modtageren af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, må den skat, der pålignes, ikke overstige 15 pct. af bruttobeløbet af det nævnte udbytte.

2. Når imidlertid et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i et selskab, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, skal det udbytte, som det modtager fra det sidstnævnte selskab, være fritaget for beskatning i den stat, i hvilken det udloddende selskab er hjemmehørende, hvis denne stats lovgivning, der finder anvendelse i så henseende, tillader en sådan fritagelse, og i overensstemmelse med de bestemmelser, der er indeholdt i denne lovgivning om fritagelse.
3. Bestemmelserne i punkt 1 og 2 i dette stykke skal ikke påvirke beskatningen af det udloddende selskab, for så vidt angår den fortjeneste, der ligger til grund for det udbetalte udbytte.

(...)

Forarbejder

Bemærkninger til ligningslovens § 3 - Lov nr. 1726 af 17. december 2018 (L 28 2018-19)

Skatteforvaltningen skal efter stk. 1, 1. pkt., fortsat foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurderingen af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug, dvs. virker mod formålet og hensigten med skatteretten. Vurderingen af, om et arrangement eller en serie af arrangementer virker mod formålet og hensigten med skatteretten, vil skulle inddrage både formålet med den enkelte bestemmelse og de overordnede principper, som skattereglerne er baseret på.

Omgåelsesklausulen omfatter 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 formålet og hensigten med skatteretten.

Arrangementer skal fortolkes bredt og vil omfatte enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serier heraf, uanset om der kan støttes ret herpå.

Ved hovedformål forstås, at det blot skal være et af formålene med arrangementet. Der kan med andre ord godt være andre formål med arrangementet.

Det vil påhvile Skatteforvaltningen at fastslå, at der er tale om et arrangement med det hovedformål eller et af hovedformålene at opnå en skattefordel, der virker mod formålet og hensigten med skatteretten.

Omgåelsesklausulen finder ikke anvendelse, hvis arrangementet eller arrangementerne er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Det følger af den foreslåede bestemmelse, at omgåelsesklausulens anvendelsesområde i forhold til den gældende bestemmelse udvides til at omfatte skatteretten som helhed. Klausulen vil således ikke længere være begrænset til at kunne nægte fordele efter selskabsskattedirektiverne. Dette indebærer, at omgåelsesklausulen fremover ikke vil være begrænset til anvendelse ved grænseoverskridende transaktioner, men at omgåelsesklausulen også kan finde anvendelse på rent nationale forhold.

Det følger endvidere af forslaget, at omgåelsesklausulen skal finde anvendelse på selskaber omfattet af selskabsskattelovens §§ 1 eller 2 og fonde og foreninger omfattet af fondsbeskatningslovens § 1. Dette omfatter både danske selskaber, fonde og foreninger, der er fuldt skattepligtige til Danmark, og udenlandske selskaber, fonde og foreninger, der er begrænset skattepligtige til Danmark f.eks. som følge af, at de har et fast driftssted i Danmark eller modtager udbytte-, rente- eller royaltybetalinger fra Danmark. Klausulen vil også gælde for så vidt angår udenlandske selskaber, der deltager i en international sambeskatning i Danmark eller er omfattet af reglerne om beskatning af kontrollerede datterselskaber (CFC-reglerne).

(...)

Bestemmelsen i forslagets stk. 1, 2. pkt., hvorefter et arrangement kan omfatte flere trin eller dele, er udtryk for en præcisering af, at et arrangement godt kan bestå i flere sammenhængende transaktioner.

Det følger af forslagets stk. 2, at et arrangement eller en serie af arrangementer anses for reelt, hvis det er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Ved denne vurdering kan der tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede koncerns forhold.

Det vil være op til den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet eller arrangementerne er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, hvilket den skattepligtige må antages at være den nærmeste til at godtgøre.

(...)

Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst 2017

(...)

12. Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i art. 10, stk. 2, for at præcisere betydningen af ordene "udbetales ... til en person, som er hjemmehørende", således som de anvendes i artiklens stk. 1. Det gøres herved klart, at kildestaten ikke er forpligtet til at give afkald på sin beskatningsret til udbytteindkomst, blot fordi indkomsten straks blev udbetalt direkte til en person, der er hjemmehørende i en stat, med hvilken kildestaten havde indgået en overenskomst.

12.1 Da udtrykket "retmæssig ejer" blev tilføjet for at adressere de potentielle vanskeligheder ved anvendelsen af ordene "udbetales ... til en person, som er hjemmehørende" i stk. 1, var det hensigten, at det skulle fortolkes i denne sammenhæng og ikke henvise til en teknisk betydning, som det ville kunne have efter den nationale lovgivning i en given stat (faktisk var det således, at da udtrykket blev tilføjet stykket, havde det i mange stater ikke en præcis lovgivningsmæssig betydning). Udtrykket "retmæssig ejer" er derfor ikke anvendt i snæver teknisk forstand (således som den betydning det har i trustlovgivningen i mange common law-stater, men det skal derimod forstås i sin kontekst, i særdeleshed i relation til ordene "udbetales ... til en person, som er hjemmehørende" og i lyset af hensigten og formålet med overenskomsten, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og -omgåelse.

12.2 Når en indkomst betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat og handler i egenskab af repræsentant eller stedfortræder, vil det ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, at kildestaten giver en lempelse eller fritagelse alene på grundlag af den direkte indkomstmodtagers status som en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Den direkte indkomstmodtager er i denne sammenhæng en person, der er hjemmehørende i den anden stat, uden der som følge heraf opstår dobbeltbeskatning, da indkomstmodtageren ikke anses for at være ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvor vedkommende er hjemmehørende.

12.3 Det ville ligeledes ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle give en lempelse eller fritagelse, når en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som repræsentant eller stedfortræder blot fungerer som "gennemstrømningsenhed" ("conduit") for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. Af disse grunde konkluderer den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", at et "gennemstrømningsselskab" normalt ikke kan anses for at være den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre

beføjelser, som i relation til den pågældende indkomst gør det til en bemyndiget eller administrator, der handler på vegne af andre parter.

12.4 I disse forskellige eksempler (repræsentant, stedfortræder, "gennemstrømningsselskab" i dets egen- skab af bemyndiget eller administrator) er den direkte modtager af udbytte ikke den "retmæssige ejer", fordi modtagerens ret til at bruge og nyde udbyttet er begrænset af kontraktlige eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de modtagne udbetalinger til en anden person. En sådan forpligtelse vil sædvanligvis fremgå af relevante juridiske dokumenter, men kan eventuelt også være til stede i kraft af de faktiske omstændigheder, som klart viser, at modtageren i realiteten ikke har rettighederne til at bruge og nyde udbyttet uden at være bundet af en kontraktlig eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne udbetalinger til en anden person. Denne type forpligtelse omfatter ikke kontraktlige eller juridiske forplig- telser, som ikke er betinget af, at den direkte modtager har modtaget udbetalingen, såsom en forpligtelse, der ikke er afhængig af modtagelsen af en sådan udbetaling, og som den direkte modtager har som debitor eller som part i finansielle transaktioner, eller sædvanlige fordelingsforpligtelser, som påhviler pensions- ordninger eller kollektive investeringsinstitutter, som er berettiget til overenskomstmæssige fordele efter principperne angivet i pkt. 22-48 i kommentaren til art. 1. Når modtageren af udbytte har ret til at bruge og nyde udbyttet uden at være bundet af kontraktlige eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de udbetalinger, som vedkommende har modtaget, til en anden person, er modtageren den "retmæssige ejer" af dette udbytte. Det bør også bemærkes, at art. 10 henviser til den retmæssige ejer af udbyttet i modsætning til ejeren af aktierne, og de kan være forskellige i visse situationer.

12.5 Det forhold, at modtageren af udbytte anses for at være den retmæssige ejer af dette udbytte, betyder imidlertid ikke, at den begrænsning af skatten, der er omhandlet i stk. 2, automatisk skal indrøm- mes. Denne begrænsning af skatten skal ikke indrømmes i tilfælde af misbrug af denne bestemmelse (jf. også pkt. 22 nedenfor). Bestemmelserne i art. 29 og de principper, der er omhandlet i afsnittet "Misbrug af overenskomsten" i kommentaren til art. 1, anvendes for at forebygge misbrug, herunder tilfælde af "treaty shopping", når modtageren er den retmæssige ejer af udbyttet. Mens begrebet "retmæssig ejer" er relateret til nogle former for skatteomgåelse (dvs. den type, der involverer indsættelse af en modtager, som er forpligtet til at videreformidle udbyttet til en anden person), er der andre former for misbrug, som begrebet ikke er relateret til, f.eks. visse former for "treaty shopping", og som er omfattet af disse bestemmelser og principper. Det må derfor ikke betragtes som et begreb, der på nogen måde begrænser anvendelsen af andre principper vedrørende sådanne forhold.

12.6 De ovenfor angivne forklaringer om betydningen af begrebet "retmæssig ejer" viser, at den betyd- ning, som begrebet har i relation til artiklen, må holdes adskilt fra den betydning, som begrebet har i andre sammenhænge, der vedrører identifikationen af den person (sædvanligvis en fysisk person), som udøver den ultimative kontrol over enheder eller aktiver. En sådan anden betydning af en "retmæssig ejer" kan ikke anvendes i forbindelse med fortolkningen af denne artikel. Rent faktisk er det imidlertid således, at den betydning af bestemmelsen, som henviser til en fysisk person, ikke er forenelig med den eksplicite ordlyd af stk. 2, litra a), som henviser til tilfælde, hvor et selskab er den retmæssige ejer af udbytte. Begrebet "retmæssig ejer", således som det anvendes i art. 10, har til formål at løse de problemer, der opstår ved at benytte formuleringen "udbetalt til" vedrørende udbytte, frem for de vanskeligheder, der relaterer sig til ejerskabet af aktier i det udloddende selskab. Af den årsag vil det ikke være hensigtsmæssigt ved anvendelsen af denne artikel at overveje en betydning, der er blevet udviklet med henblik på at henvise til fysiske personer, der udøver: "ultimativ, effektiv kontrol over en juridisk person eller ordning".

(...)

Praksis

SKM2019. 349. SR

H2 ejede tidligere en række udenlandske datterselskaber, som blev overdraget til H2's tyske moderselskab, H1, der fungerede som holdingselskab for koncernen. De ultimative fysiske aktionærer var ligeledes hjemmehørende i Tyskland

Overdragelsen af datterselskaberne skete ved salg af aktier til markedsværdi og overdragelsen blev finansieret ved udstedelse af et gældsbrev.

H2 ønskede at udlodde gældsbrevet til sit moderselskab H1 og ønskede bekræftet, at udlodningen kunne ske uden kildeskat.

Skatterådet bekræftede, at H1 var retmæssig ejer af udlodningen og at der ikke pålægges nogen kildeskat ved udlodningen, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Skatterådet bekræftede ligeledes, at den generelle misbrugsbestemmelse i ligningslovens § 3 ikke fandt anvendelse, idet arrangementet blev anset for reelt og tilrettelagt af velbegrundede, kommercielle årsager, der afspejlede den økonomiske virkelighed. Der blev bl.a. lagt vægt på, at H1 havde ansvar for kontrol og styring af udenlandske datterselskaber og dermed rådede over kapitalen, og at det var selskabets egne ansatte, der udøvede denne råden. Holdingselskabet havde løbende geninvesteret udloddet overskud fra datterselskaberne, hvilke understøttede de kommercielle årsager til at opretholde selskabet.

I spørgsmål 2 bekræftede Skatterådet, at de aktier som H2 ejede i G1 (Abu Dhabi), kunne betegnes som "koncernselskabsaktier" efter aktieavancebeskatningslovens § 4B.

H2 ejede "kun" 49 % af stemmerne, men der var indgået en partneraftale hvoraf det bl.a. fremgik, at den anden part (der ejer de resterende 51 %) var forpligtet til at stemme i overensstemmelse med instruktioner fra H2, således at H2 reelt havde råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne.

SKM2019. 413. SR

H1-koncernens ultimative ejer er A, som er hjemmehørende i et land uden for EU, som Danmark ikke har en DBO med. Der foretages fra 2016 til 2019 en række omstruktureringer i koncernen, hvorved bl.a. det danske selskabs udenlandske holdingselskab likvideres. Derefter likvideres det danske holdingselskab, H3 (Danmark), også. Det danske holdingselskabs datterselskabsaktier udloddes ved likvidationen til et nyetableret holdingselskab, H2 (EU-land, som Danmark har en DBO med).

Der spørges, om det nyetablerede H2 (EU-land, som Danmark har en DBO med), var begrænset skattepligtig af likvidationsprovenuet fra H3 (Danmark), som udloddes i samme kalenderår, som H3 (Danmark) ophørte.

Skattestyrelsen indstillede til Skatterådet, at ligningslovens § 3 skulle anvendes på arrangementet.

Der var to transaktioner i arrangementet, der medførte en fordel: Det udenlandske selskab (land uden DBO med Danmark), der ville være begrænset skattepligtigt af udbytteudlodninger, fjernedes, og der blev indskudt et holdingselskab (EU-land som Danmark har DBO med), der kunne modtaget udbytte skattefrit.

Effekten af det samlede arrangement var, at der opnåedes en skattemæssig fordel ved, at likvidationsprovenuet fra likvidationen af H3 (Danmark) til H2 (EU-land, som Danmark har en DBO med) og H5 (Land uden for EU, som Danmark ikke har en DBO med) i stedet for til den tidligere ejer i land uden for EU uden DBO, der finder anvendelse. Det ville med arrangementet være muligt at opnå udlodning til landet inden for EU, og landet uden for EU uden DBO med Danmark uden betaling af dansk kildeskat.

Spørger havde ikke godtgjort, at det samlede arrangement var tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Skattestyrelsen indstillede derfor, at arrangementet ansås for omfattet af ligningslovens § 3.

Skatterådet bekræftede imod spørgers ønske, at H2 (EU-land, som Danmark har en DBO med) var begrænset skattepligtig efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, af likvidationsprovenu fra H3 (Danmark), som påtænktes udloddet i samme kalenderår, som H3 (Danmark) ophører, som resultat af likvidationen.

SKM2016. 203. SR

Skatterådet bekræftede, at A ApS' danske skattepligt ophørte på tidspunktet for flytning af ledelsen og af selskabets hjemsted fra Danmark til Spanien. Skatterådet bekræftede desuden, at A ApS skattemæssigt ville blive anset for at være likvideret i Danmark, såfremt A ApS' skattepligt til Danmark ophørte. På et spørgsmål om, hvorvidt det kunne bekræftes, at A S. A. eller aktionærerne i A S. A. ikke var begrænset skattepligtige til Danmark af likvidationsprovenu i forbindelse med A ApS' skattemæssige likvidation, idet likvidationsprovenu skulle behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, svarede Skatterådet "Ja".

SKM2016. 197. SR

Skatterådet kan ikke bekræfte, at Selskab A, de aktionærer i Selskab A, der skattemæssigt er hjemmehørende i EU/EØS/DBO-land eller Selskab B ikke er begrænset skattepligtige, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, af (deres del af) udbytte udloddet fra Selskab C.

Skatterådet lægger vægt på, at pengene konkret er videreudloddet af Selskab A til de bagvedliggende ejere, og at der foreligger misbrug, da det x-landske holdingselskab anvendes til at opnå overenskomstmæssige fordele, således at de med-investorer/porteføljeaktionærer, som Selskab D investerer på vegne af, opnår uhensigtsmæssige skattemæssige fordele og derved undgår kildeskat i Danmark.

Skatterådet bekræfter, at Selskab D ikke er begrænset skattepligtig, selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, af deres del af udbytte udloddet fra Selskab C. Hertil lægger Skatterådet vægt på, at Selskab D er et børsnoteret selskab, og at Selskab D er noteret på Y Stock Exchange.

SKM2013. 375. 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 Cypern. 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 Cypern. 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 aktionærerne 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 aktionærerne over A Ltd., og de øvrige aktionærer i A SE ikke er begrænset skattepligtige til Danmark af likvidationsprovenu fra A SE.

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 aktionærerne 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, Cypren, eller andre af aktionærerne over A Ltd., og de øvrige aktionærer i A SE ikke er begrænset skattepligtige til Danmark af likvidationsprovenuet fra A SE.

SKM2014. 168. SR

Skatterådet bekræfter, at A Holdings ApS i forbindelse med udlodning af likvidationsprovenu/datterselskabsaktier i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, ikke skal indeholde skat, jf. kildeskattelovens § 65, idet B S. L. og C S. L. ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af den modtagne udlodning, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Likvidationsprovenuet skal behandles efter reglerne i ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1.

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 aktieavance.

SKM2012. 320. SR

Skatterådet kunne bekræfte, at A DK A/S ikke skal indeholde skat i forbindelse med udlodning af en aktiepost i datterselskabet B AB til sit moderselskab C AB, jf. kildeskattelovens § 65, da C AB ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af den modtagne udlodning, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Skatterådet kunne bekræfte, at A A/S ikke skal indeholde skat af likvidationsprovenu udloddet i forbindelse med selskabets likvidation, jf. kildeskattelovens § 65, idet likvidationsprovenuet skal behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1.

Skatterådet kunne bekræfte, at C AB (eller andre af koncernselskaberne/aktionærerne over C AB) ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af de udloddede aktieposter fra A A/S og/eller likvidationsprovenu fra A A/S.

SKM2007. 807. DEP

Skatteministeriet har taget bekræftende til genmæle i en sag, hvor der ellers var givet afslag på tilladelse til skattefri aktieombytning og efterfølgende ophørsspaltning. Ministeriet kommenterer sagen.

EU-domstolens dom af 26. februar 2019 - C-116/16 og C-117/16

Spørgsmålet om, hvilke elementer der udgør retsmisbrug, og de dertil hørende beviser

97 Som det fremgår af Domstolens praksis, kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug, dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel (dom af 14.12.2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 52 og 53, og af 12.3.2014, O. og B., C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 58).

98 Det er således undersøgelsen af disse sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel (jf. i denne retning dom af 20.6.2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, præmis 47-49, af 13.3.2014, SICES m.fl., C-155/13, EU:C:2014:145, præmis 33, og af 14.4.2016, Cervati og Malvi, C-131/14, EU:C:2016:255, præmis 47).

99 Det tilkommer ikke Domstolen at vurdere de faktiske omstændigheder i hovedsagerne. Domstolen kan i en præjudiciel forelæggelsessag imidlertid i givet fald give den nationale domstol nærmere oplysninger med henblik på at vejlede den ved bedømmelsen af de konkrete sager, som den skal pådømme. Selv om der i hovedsagerne foreligger en række holdepunkter, på baggrund af hvilke det ville kunne konkluderes, at der foreligger retsmisbrug, påhviler det ikke desto mindre den forelæggende ret at efterprøve, om disse holdepunkter er objektive og samstemmende, og om de sagsøgte i hovedsagerne har haft mulighed for at føre modbevis.

100 En koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse, kan anses for et kunstigt arrangement. Dette er navnlig tilfældet, når betalingen af udbytteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en gennemstrømningsenhed mellem det selskab, som udlodder udbyttet, og det selskab, som er udbyttets retmæssige ejer.

101 Det udgør således et holdepunkt for at antage, at der foreligger et arrangement, som har til formål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 90/435, at dette udbytte i sin helhed eller stort set i sin helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf videreudloddet af det selskab, som har modtaget det, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktiv 90/435, enten fordi disse enheder ikke er hjemmehørende i en medlemsstat, fordi de ikke er stiftet under en af de former, som er omfattet af nævnte direktiv, fordi de ikke er omfattet af en af de skatter, der er opregnet i nævnte direktivs artikel 2, litra c), eller fordi de ikke har karakter af »moderselskab« og ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i samme direktivs artikel 3.

102 Enheder, hvis skattemæssige hjemsted er beliggende uden for EU, sådan som det synes at være tilfældet for de selskaber, der er omhandlet i sag C-117/16, eller de kapitalfonde, der er omhandlet i sag C-116/16, opfylder således ikke betingelserne for anvendelse af direktiv 90/435. Såfremt udbyttet i disse sager var blevet betalt direkte af det danske selskab, der skulle udbetale dem, til de enheder, som ifølge Skatteministeriet var udbyttets retmæssige ejere, ville Kongeriget Danmark have kunnet opkræve kildeskat.

103 Den kunstige karakter af et arrangement kan ligeledes underbygges ved, at den pågældende koncern er tilrettelagt således, at det selskab, der modtager det udbytte, der betales af debitorselskabet, selv skal videreudlodde dette udbytte til et tredje selskab, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktiv 90/435, hvilket medfører, at dette selskab alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst,

når det opererer som gennemstrømningsselskab for at muliggøre pengestrømmen fra debitorselskabet til den enhed, som er de overførte beløbs retmæssige ejer.

104 Den omstændighed, at et selskab opererer som gennemstrømningsselskab, kan godtgøres, såfremt selskabets eneste aktivitet er at modtage udbyttet og videreudlodde det til den retmæssige ejer eller til øvrige gennemstrømningsselskaber. Den manglende faktiske økonomiske aktivitet skal i denne henseende i lyset af de særlige kendetegn ved den pågældende økonomiske aktivitet udledes af en undersøgelse af samtlige relevante elementer vedrørende bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det råder over.

105 Der kan endvidere findes holdepunkter for, at der foreligger et kunstigt arrangement, i den omstændighed, at der findes forskellige kontrakter mellem de selskaber, der er involveret i de omhandlede finansielle transaktioner, som giver anledning til pengestrømme inden for koncernen, samt i fremgangsmåden for transaktionernes finansiering, i vurderingen af de mellemliggende selskabers egenkapital og i gennemstrømningsselskabernes manglende beføjelser til at råde økonomisk over det modtagne udbytte. I denne henseende er det ikke alene en kontraktuel eller juridisk forpligtelse for det selskab, der modtager udbyttet, til at videreudlodde det til tredjemand, der kan udgøre et sådant holdepunkt, men ligeledes den omstændighed, at dette selskab, uden at være bundet af en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse, »substantielt«, således som den forelæggende ret har anført det, ikke har rettighederne til at bruge og nyde dette udbytte.

106 Sådanne holdepunkter kan i øvrigt bestyrkes i tilfælde af sammenfald eller tidsmæssig nærhed mellem på den ene side ikrafttrædelsen af ny vigtig skattelovgivning, såsom den i hovedsagerne omhandlede danske lovgivning eller den i nærværende doms præmis 51 nævnte amerikanske lovgivning, og på den anden side iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncern.

107 Den forelæggende ret ønsker ligeledes nærmere bestemt oplyst, om der kan foreligge retsmisbrug, såfremt den retmæssige ejer af udbytte, der overføres af gennemstrømningsselskaber, i sidste ende er et selskab med hjemsted i en tredjestat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der ikke ville være blevet indeholdt kildeskat af udbyttet, såfremt det var blevet udloddet direkte til det selskab, der er hjemmehørende i denne tredjestat.

108 I denne henseende er det ved undersøgelsen af koncernstrukturen uden betydning, at visse af de retmæssige ejere af det udbytte, som er blevet overført af gennemstrømningsselskaber, har deres skattemæssige hjemsted i en tredjestat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det skal således fastslås, at den omstændighed, at der findes en sådan overenskomst, ikke i sig selv kan udelukke, at der foreligger retsmisbrug. En overenskomst af denne art kan dermed ikke rejse tvivl om, at der foreligger et retsmisbrug, hvis dette er behørigt godtgjort på grundlag af samtlige de faktiske omstændigheder, som bevidner, at de erhvervsdrivende har udført rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse for kildeskat, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 90/435.

109 Det skal hertil tilføjes, at mens en beskatning skal svare til en økonomisk realitet, kan den omstændighed, at der findes en dobbeltbeskatningsoverenskomst, ikke som sådan godtgøre realiteten af en betaling, der er foretaget til modtagere, som er hjemmehørende i den tredjestat, med hvilken denne overenskomst er indgået. Såfremt debitorselskabet for udbyttet ønsker at drage fordel af en sådan overenskomst, er det muligt for selskabet at udlodde dette udbytte direkte til de enheder, som har deres skattemæssige hjemsted i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

110 Når dette er sagt, kan det heller ikke udelukkes, såfremt der foreligger en situation, hvor udbyttet ville have været fritaget, hvis det var blevet udloddet direkte til det selskab, som har sit hjemsted i en tredjestat, at målet med koncernstrukturen ikke er udtryk for retsmisbrug. I et sådant tilfælde kan koncernens valg af en sådan struktur i stedet for direkte udlodning af udbyttet til nævnte selskab ikke anfægtes.

111 Såfremt den retmæssige ejer af en udbytteudlodning har sit skattemæssige hjemsted i en tredjestat, er nægtelsen af den fritagelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 90/435, i øvrigt på ingen måde underlagt en konstatering af, at der foreligger svig eller retsmisbrug.

112 Dette direktiv har, således som det bl.a. fremgår af tredje betragtning hertil, til formål ved indførelse af en fælles beskatningsordning at fjerne enhver forskelsbehandling af samarbejde mellem selskaber fra forskellige medlemsstater i forhold til samarbejde mellem selskaber fra samme medlemsstat og således lette sammenslutninger af selskaber på EU-plan (dom af 8.3.2017, Wereldhave Belgium m.fl., C-448/15, EU:C:2017:180, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis). Som det er fremhævet i nærværende doms præmis 78, tilsigter direktivet således at sikre den skattemæssige neutralitet af udbytteudlodning fra et datterselskab, der er beliggende i en medlemsstat, til dettes moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, idet det fremgår af direktivets artikel 1, at det alene omfatter overskud, som selskaber i en medlemsstat modtager som udbytte fra deres datterselskaber med hjemsted i andre medlemsstater (jf. i denne retning kendelse af 4.6.2009, KBC Bank og Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 og C-499/07, EU:C:2009:339, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

113 Mekanismerne i direktiv 90/435, navnlig direktivets artikel 5, er derfor udformet med henblik på de situationer, hvor medlemsstaternes udøvelse af deres beskatningsbeføjelse kunne føre til - såfremt mekanismerne ikke fandt anvendelse - at udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, undergives dobbeltbeskatning (dom af 8.3.2017, Wereldhave Belgium m.fl., C-448/15, EU:C:2017:180, præmis 39). Sådanne mekanismer kan derimod ikke finde anvendelse, såfremt udbyttets retmæssige ejer er et selskab, hvis skattemæssige hjemsted er beliggende uden for EU, eftersom fritagelsen for kildeskat af nævnte udbytte i den medlemsstat, hvorfra udbyttet udloddes, i et sådant tilfælde risikerer at medføre, at udbyttet ikke beskattes effektivt inden for EU.

114 Henset til samtlige disse forhold skal hovedsagernes fjerde spørgsmål, litra d) og e), besvares med, at der med henblik på at bevise, at der foreligger retsmisbrug, kræves dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. Den omstændighed, at en række holdepunkter foreligger, kan godtgøre, at der foreligger retsmisbrug, forudsat at disse holdepunkter er objektive og samstemmende. Sådanne holdepunkter kan bl.a. være, at der findes gennemstrømningsselskaber, som ikke har nogen økonomisk begrundelse, og den rent formelle karakter af en koncerns struktur, af den finansielle konstruktion og af lån.