

Skatteplanlægning eller -misbrug

GRÆNSEN IMELLEM LOVLIG SKATTEPLANLÆGNING - BESKYTTET AF EU-RETEN -
OG ULOVLIGT MISBRUG, DER IKKE NYDER DEN EU-RETLIGE BESKYTTELSE.

LINE DORMANN LUND

AALBORG UNIVERSITET | Kandidatspeciale 2015

Titelblad

Projekttitle: Grænsen imellem lovlige skatteplanlægning – beskyttet af EU-retten – og ulovligt misbrug, der ikke nyder den EU-retlige beskyttelse.

English title: The boundary between legal tax planning – protected by EU law – and illegal abuse not benefiting from the EU legal protection.

Uddannelse: Erhvervsjura (Erhvervsøkonomi-jura)

Uddannelsessted: Aalborg Universitet

Vejleder: Thomas Rønfeldt

Afleveringsdato: 12. maj 2015

Antal sider: 59

Antal anslag: 140.378

Udarbejdet af: Line Dormann Lund

Studienummer: 2010-3192

1	INDLEDNING	3
1.1	EMNE- OG BEGREBSAFGRÆNSNING	5
1.1.1	PROBLEMFORMULERING	8
1.2	METODEVALG	8
1.2.1	FORTOLKNING I EU-DOMSTOLENS PRAKSIS	8
1.2.2	SPECIALETS STRUKTUR	9
2	MISBRUGSBEGREBET I DE SEKUNDÆRE RETSAKTER	10
2.1	FUSIONSSKATTEDIREKTIVET	11
2.1.1	MISBRUGSBESTEMMELSEN	11
2.1.1.1	C-28/95, Leur-Bloem	12
2.1.1.2	C-321/05, Kofoed	13
2.2	MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	18
2.3	FORSLAG TIL CCCTB	21
3	MISBRUGSBEGREBET I DEN PRIMÆRE EU-RET	23
3.1	DET GENERELLE RETSMISBRUGSBEGREB	23
3.1.1	NEGATIV AFGRÆNSNING	23
3.1.1.1	C-212/97, Centros	24
3.1.2	TESTEN: ET OBJEKTIVT OG ET SUBJEKTIVT ELEMENT	26
3.1.2.1	C-110/99, Emsland-Stärke	26
3.2	MISBRUGSBEGREBET I EU-SKATTERETTEN	33
3.2.1	RENT KUNSTIGE ARRANGEMENTER	33
3.2.1.1	C-196/04 Cadbury Schweppes	34
4	MISBRUGSBEGREBETS UDSTRÆKNING	41
4.1	MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET OG CCCTB	41
4.2	KRAV OM SUBSTANS OG REALITET I EU-SKATTERETTEN	42
4.2.1	DOKUMENTATIONSPLIGT OG -RET	45
5	KONKLUSION	47
6	MISBRUGSBEGREBET OG ETABLERING AF ET HOLDINGSSELSKAB	50
7	ENGLISH SUMMARY	54
8	LITTERATURLISTE	56
9	DOMSOVERSIGT	59

1 Indledning

Den franske jurist Planiols lære *"Le droit cesse là où l'abus commence"*, der på dansk betyder *"Retten ophører, når misbruget begynder"* vil virke som udgangspunktet for det følgende speciale omhandlende grænsen imellem lovlig og EU-beskyttet skatteplanlægning og ulovlig misbrug, der ikke nyder den EU-retlige beskyttelse.¹

Harmoniseringen på skatteområdet inden for Den Europæiske Union er begrænset, og direkte beskatning hører således stadig under medlemsstaternes egen kompetence. En årsag til den begrænsede harmonisering er, at direktiver vedrørende de direkte skatter skal vedtages ved enstemmighed, jf. Traktatens artikel 114-115 og 352 EUF. Direkte skatter berører nationale interesser i en så væsentlig grad, at det synes vanskeligt netop at opnå denne enighed medlemsstaterne imellem.² Den begrænsede harmonisering og de som følge heraf, forskellige skatteforhold inden for Unionen skaber en skattemæssig konkurrence medlemsstaterne imellem – en skattemæssig konkurrence, der muliggør skatteplanlægning i mere eller mindre aggressiv grad, hvorved i nærværende speciale menes, at selskaber optimerer deres skattemæssige forhold ved at gøre brug af rettighederne, der følger af både de primære og de sekundære fællesskabsbestemmelser. Den mest aggressive form for skatteplanlægning indebærer ofte intern handel og selskabskonstruktioner, der synes uigennemskuelige, for således herigennem at minimere skattebetalingen, hvor indtægterne rent faktisk genereres. Sådanne dispositioner kan forårsage en mulig udhuling af skattegrundlaget i specielt højskattelande, hvorfor der opstår et behov for at beskytte sig herimod. Dette for blandt andet at kunne sikre de nuværende velfærdssamfund, der kendetegner disse.

Formålet med EU-retten er at sikre størst mulig fleksibilitet inden for Unionen, hvilket blandt andet indebærer, at selskaber frit skal kunne etablere sig, jf. TEUF artikel 49. Dette gælder for så vidt også, hvor etableringen sker på baggrund af mere gunstige skattemæssige vilkår, hvilket i sig selv ikke udgør misbrug af frihedsbestemmelsen, jf. C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Det synes dog fastslået, blandt andet i C-212/97, *Centros*, at borgerne ikke *"... med henblik på misbrug kan gøre fællesskabsbestemmelserne gældende"*³. Der synes således i forbindelse med

¹ Den franske jurist Planiol er citeret i Generaladvokat Pergolas forslag til afgørelse i sag C-212/97, *Centros*, jf. Stokholm (2008), s. 95.

² Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde af 2007 (Lissabontraktaten), benævnt TEUF eller EUF-traktaten, jf. Rønfeldt (2010), s. 20, Winther-Sørensen m. fl. (2013), s. 606, Peter Koerver Schmidt og Jakob Bundgaard i SU 2015, 38. Se ligeledes Winther-Sørensen m. fl. (2013), s. 607.

³ C-212/98, *Centros*, præmis 24.

anvendelsen af misbrugsbegrebet på den ene side at være hensynet til det indre markeds effektivitet – det vil sige, at medlemsstaterne ikke blot kan påberåbe sig misbrug i enhver henseende, da dette vil medføre, at EU-retten helt bliver undermineret. Indskrænkninger i EU-retten og frihedsrettighederne, som følge af anvendelsen af princippet om misbrug af rettigheder, skal således fortolkes indskrænkende.⁴ På den anden side findes hensynet til at sikre medlemsstaternes tillid til EU, herunder at fællesskabsbestemmelserne ikke misbruges til at opnå en position til skade for det indre markeds formål.⁵ EU-retten nærer henset her til vis en vis sympati for at sikre mod misbrug, hvilket yderligere synes at kunne udledes af, at der i den direkte harmoniserede skatteret, i form af direktiv 2003/49/EF, *rente-/royaltydirektivet*, direktiv 2009/133/EF, *fusionsskattedirektivet* og direktiv 2015/121/EU, om ændring af direktiv 2011/96/EU, *moder-/datterselskabsdirektivet* (herefter benævnt *rente-/royaltydirektivet*, *fusionsskattedirektivet* og *moder-/datterselskabsdirektivet*), positivt er formuleret misbrugsbestemmelser, der skal sikre imod, at de sekundære retsakter anvendes med misbrug for øje.⁶

Uanset, at det af det ovenstående synes som en umiddelbar selvfølge, at det ikke er meningen med EU-retten, at denne skal kunne påberåbes i situationer, hvor der er tale om misbrug, synes grænsedragningen ikke lige så åbenbar. Det synes derfor vanskeligt at fastlægge, hvad der defineres som lovlig skatteplanlægning, og dermed lovlig brug af EU-rettens rettigheder, og hvad der omvendt defineres som værende misbrug af rettighederne. *”Lige så let det er at fastslå, at diverse EU-rettigheder ikke skal kunne påberåbes i tilfælde af ”misbrug” lige så vanskeligt kan det være at trække grænsen mellem brug og misbrug.”*⁷

I løbet af den seneste årrække, og mere konkret set i lyset af de såkaldte *Luxleaks-sager*, er fokus på de multinationale koncerners aggressive skatteplanlægning tiltaget, og Europa-Kommissionen har fremlagt henholdsvis meddelelser, henstillinger og direktivforslag, der søger at komme denne aggressive skatteplanlægning til livs, blandt andet med forslag til regler, der skal

⁴ Rønfeldt (2013), s. 168. Se yderligere i relation til fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse C-352/08, *Modehuis, præmis 46*.

⁵ Karsten Engsig Sørensen i *Common Market Law Review* vol. 43, 2006, s. 424 og Rønfeldt (2013), s. 220.

⁶ Rønfeldt (2010), s. 552

⁷ Citat Vinther og Werlauff i *TfS* 2006, 603, s. 2227. Se ligeledes Rami Karmeri i *INTERTAX* 2011, nr. 6/7, s. 297, *”... it is impossible to tell where tax planning begins and ends.”*

sikre en mere effektiv bekæmpelse af misbrug.⁸ Grundet dette øgede fokus synes det i nærværende speciale relevant at undersøge, hvordan misbrugsbegrebet defineres i EU-retten, specielt med fokus på det EU-retlige misbrugsbegreb, som det defineres inden for skatteretten.

1.1 Emne- og begrebsafgrænsning

Det misbrugsbegreb der i nærværende speciale søges defineret er misbrug af rettigheder, der følger af såvel den primære som den sekundære EU-ret. Misbrug af rettigheder, der anvendes til at *undgå, omgå, udnytte* eller *unddrage* national lovgivning. I den nationale lovgivning indgår OECD's modeloverenskomst samt dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, hvorfor disse ikke vil blive behandlet separat i det følgende. Det vil henset til ovenstående være ordet misbrug der anvendes som det gennemgående i specialet, da der hele tiden skal ske en klar skelnen mellem på den ene side misbrug af rettigheder, hvad enten der er tale om primær eller sekundære, og på den anden side, hvad denne misbrug har som følge i medlemsstaterne, herunder *skatteundgåelse, -omgåelse, -udnyttelse* eller *-unddragelse*. Der vil yderligere blive sondret imellem det generelle retsmisbrugsbegreb og misbrugsbegrebet som defineret i skatteretten.

Misbrugsbegrebet vil i det følgende blive behandlet som et selvstændigt begreb, der ved sin påberåbelse vil medføre, at den omhandlede transaktion eller etablering end ikke er beskyttet af EU-retten, hvorfor denne ikke finder anvendelse.⁹ Misbrugsbegrebet vil følgelig ikke blive behandlet i sin anvendelse som et retfærdiggørende hensyn til lovliggørelse af en ellers restriktiv national lovgivning. Der vil dog anvendes afgørelser, herunder C-196/94, *Cadbury Schweppes*, der vedrører nationale værnsregler, men da misbrugsbegrebet på begrebsdefinitivisk niveau ikke synes at have en anden betydning, tillægges forskellen i anvendelsen ikke i nærværende sammenhæng en væsentlig betydning. Endvidere kommer Domstolen i afgørelsen både med bemærkninger vedrørende misbrug såvel som retfærdiggørelse af den nationale lovgivning, og slutteligt kobler Domstolen således kunstige arrangementer sammen med definitionen af det almindelige retsmisbrugsbegreb som fastlagt i Emsland-Stärke, jf. afsnit 3.1.2.1.¹⁰

⁸ Peter Koerver Schmidt og Jakob Bundgaard i SU 2015, 38, s. 78, der beskriver hvordan *Luxleaks-sagerne* synes at være "... yderligere brænde til det bål, hvor en række multinationale koncerner allerede er udsat for intensiv medieomtale for deres angiveligt aggressive skatteplanlægning." For Kommissionens tiltag, se hertil COM (2007) 785 af 10. december 2007. Meddelelse fra Kommissionen: "Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – I EU og i relation til tredjelande." C(2012) 8806 af 6. december 2012. Kommissionens henstilling: "om aggressiv skatteplanlægning". COM(2013) 814 af 25. november 2013. Forslag til Rådets direktiv: "om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater".

⁹ Rønfeldt (2011), s. 220

¹⁰ Jf. Martin Poulsen i INTERTAX, vol. 41, issue 4, s. 237, "Despite the difference between these two approaches, the question of what can be considered abusive practice nevertheless remains the same, ..." Se i samme retning Karsten Engsig Sørensen i SU 2008, 84, s. 230, der

Fokus vil således være på det selvstændige begreb, hvad enten det er klart lovgivet i de sekundære retsakter eller det er det EU-domstolsskabte grundprincip. De sekundære retsakter der i det følgende vil blive behandlet er udelukkende retsakter vedrørende den direkte beskatning, og vil omfatte fusionsskattedirektivet, moder-/datterselskabsdirektivet samt forslag til direktiv COM(2011) 121/4, om CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*, herefter benævnt CCCTB). De rettigheder der følger af direktiv 2003/49/EF, *rente-/royaltydirektivet* synes i denne sammenhæng at være af accessorisk karakter, hvormed menes, at selskaberne sjældent, som ved henholdsvis fusionsskattedirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet, antages at etablere sig efter de rettigheder, der følger af direktivet. Derfor vil rente-/royaltydirektivets misbrugsbestemmelse i artikel 5 samt direktivets *beneficial owner* begreb ikke blive genstand for behandling i specialet.

Der vil ikke i specialet ske en behandling af nationale fortolkninger af misbrugsbegrebet, hvorved en dansk fortolkning således heller ikke analyseres. Det vil udelukkende være misbrugsbegrebet som det fortolkes af EU-retten der søges defineret i det følgende. Hvad angår de forskellige sprogversioner af de sekundære retsakter, vil det være de danske oversættelser, der danner udgangspunktet for analysen heraf, da der ikke imellem den tyske, engelske og den danske version, ud fra en gennemgang heraf, synes at være en afgørende forskel på ordlyden. I forbindelse med ændringen til fusionsskattedirektivet i 2005 er der dog skelet til både den engelske og den tyske sprogversion for at fastlægge, at ordlydsændringen af misbrugsbestemmelsen i den danske sprogversion ikke bør tillægges væsentlig betydning i behandlingen heraf.¹¹

Misbrugsbegrebet søges defineret igennem en grænsedragning imellem lovlig skatteplanlægning, beskyttet af EU-retten og ulovligt misbrug, der ikke nyder den EU-retlige beskyttelse, hvorfor det følgende ikke vil omhandle de åbenlyse eksempler på misbrug - herunder strafbare ulovligheder som skattesvig. Da der er tale om grænsetilfældene, vil der således være tale om, at den pågældende skatteyder, hvad enten der er tale om en fysisk person eller juridisk person ikke handler uden for EU-rettens bestemmelser i materiel forstand, men derimod inden for disse, dog på en utilsigtet måde, der går imod formålet med de pågældende bestemmelser.¹²

udlægger det således, at grundsætningen om misbrug uanset anvendelsen synes at have samme udstrækning. Se ligeledes hertil C-196/04, *Cadbury Schweppes*, p. 64 og Rami Karimeri i *INTERTAX* 2011, vol. 39, issue 6/7, s. 309.

¹¹ Rådets direktiv 2005/19/EF af 17. februar 2005 om ændring af direktiv 90/434/EØF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater. Se hertil afsnit 2.1.

¹² Paolo Piantavigna i *EC TAX REVIEW* 2011/3, s. 139, "... taxpayer does not act contra ius, but intra ius, even if not secundum ius..."

Misbrugsbestemmelserne i de sekundære retsakter benytter umiddelbart en forskellig ordlyd i deres formulering. Disse forskelligheder i ordlyden vil dog ikke i det følgende blive tillagt en videre betydning, da den materielle anvendelse af bestemmelserne synes ens. Dette begrundet med, at hensigten med bestemmelserne, som består i at give medlemsstaterne en sikkerhedsklausul, der skal sikre mod en utilsigtet og uønsket udnyttelse af de pågældende rettigheder og friheder, der følger af EU-retten, synes gældende uanset misbrugsbestemmelsens oprindelse.¹³

Udgangspunktet for specialet er forhold inden for Unionen, da den umiddelbart bærende frihedsrettighed heri er retten til fri etablering i TEUF artikel 49. Retten til fri etablering gælder udelukkende inden for Unionen, og kan således ikke udstrækkes til at finde anvendelse i relation til tredjelande. I den perspektiverende del i afsnit 6 vil der dog blive inddraget tredjelandsbetragtninger (set i forhold til EU), da der i afsnittet vil drages paralleller til, hvorvidt holdingselskabsstrukturer og i forbindelse hermed gennemstrømningselskaber kan udgøre misbrug i medfør af EU-retten. Uanset bemærkninger vedrørende *Lux-leaks sagerne* ovenfor vil det følgende ikke komme nærmere ind på denne problemstilling, og ydermere vil statsstøttere reglerne heller ikke blive omtalt.

Som det fremgår af de indledende bemærkninger i afsnit 0, så synes det at være den manglende harmonisering, og de som følge heraf forskellige skattesystemer, der skaber muligheden for at fællesskabsrettighederne anvendes utilsigtet og dermed misbruges. Derfor er fokus i det følgende på den form for misbrug, der opstår på baggrund af disse forskelle. Bemærkes skal det i øvrigt, at der ikke vil blive inddraget umiddelbare løsningsforslag, og således vil hverken OECD's nylige tiltag *BEPS* eller en eventuel fremtidig indførelse af forslaget til en fælles beskatningsbase i CCCTB blive diskuteret. Ovenstående afgrænsende betragtninger leder til følgende problemformulering.

¹³ Næsborg Jensen (1997), s. 309-312.

1.1.1 Problemformulering

Følgende speciale vil søge at drage en grænse imellem lovlig skatteplanlægning – beskyttet af EU-retten og ulovligt misbrug, der ikke nyder den EU-retlige beskyttelse. Grænsen bestemmes gennem en undersøgelse af, hvad EU-retten på dennes nuværende udviklingstrin definerer som værende misbrug – specielt med fokus på det EU-retlige misbrugsbegreb inden for skatteretten.

1.2 Metodevalg

Følgende speciale tager udgangspunkt i den almindelige retsdogmatiske metode, hvilket vil sige en fremgangsmåde, hvor formålet, gennem en systematisering af relevante retskilder, er at beskrive, analysere og fortolke gældende ret som denne er (de lege lata).¹⁴ Nærværende søger at beskrive misbrugsbegrebet i den europæiske skatteret med henblik på at fastlægge, hvor grænsen går i mellem lovlig skatteplanlægning og ulovlig misbrug. Det primære fokus er på den internationale rets disciplin, der betegnes EU-retten, herunder den primære retskilde i form af Traktaten, sekundære retsakter i form af direktiver samt afgørelser fra den Europæiske Unions Domstol (herefter benævnt EU-Domstolen eller Domstolen). Derudover anvendes anden juridisk litteratur som støtte for den analyserende del af specialet.

1.2.1 Fortolkning i EU-Domstolens praksis

Det følgende studie inden for EU-retten vil bære præg af, at der imellem EU-retten og intern dansk ret er en væsentlig forskel i Domstolens funktion. I EU-retten har Domstolen en fremtrædende rolle når det kommer til fortolkning og udfyldning af bestemmelserne i Traktaten. EU-retten indtager en retstradition præget af domspraksis og lægger sig således op af Common Law. Specialet vil være præget af denne retstradition og vil medtage den væsentligste praksis på området. Udgangspunktet for Domstolens afgørelser er en ordlydsfortolkning. Det følger dog af Domstolens fortolkningsstil, at når der skal falde afgørelser vedrørende Traktatens bestemmelser, så vil en formålsfortolkning som oftest være den primære, da bestemmelserne heri synes at have en meget generel formulering. En sådan fortolkning medfører, at frihedsrettighederne i Traktaten skal fortolkes udvidende, og at undtagelsesbestemmelser skal fortolkes indskrænkende, hvilket også vil følge af nærværende speciale vedrørende muligheden for at nægte anvendelse af Traktatens frihedsrettigheder for så vidt gældende situationer, hvor der er tale om

¹⁴ Blume (2014), s. 40

misbrug.¹⁵ Hvad angår de sekundære retsakter, som i specialet vil være genstand for en indledende analyse, anvendes præambelen som led i en formålsfortolkning, hvor ordlyden ikke synes tilstrækkelig klar.¹⁶

Der vil i det følgende blive præsenteret korte gennemgange af de af Domstolens afgørelser der bærer det primære fokus. Gennemgangen koncentrerer sig om de dele af en given afgørelse, der vedrører betragtninger i forhold til misbrug. Yderligere henvises der tilbage til de relevante gennemgange, hvor det synes nødvendigt. Afgørelser med sekundær fokus refereres ikke i deres helhed, men der vil udelukkende ske en henvisning til den relevante præmis, hvor en afgørelse anvendes til at underbygge påstande eller andre afgørelses udsagn.

Ud over begrebsafgrænsningen i afsnit 1.1 vil begrebsindhold og –anvendelse blive defineret løbende i projektet, hvor dette findes nødvendigt for den rette forståelse for problemstillingen.

1.2.2 Specialets struktur

Den første del af specialet tager udgangspunkt i de oven for nævnte sekundære retsakter og de respektive misbrugsbegreber, der defineres heri, jf. afsnit 2, specielt med fokus på fusionsskattedirektivet. Herunder inddrages foruden det nyligt vedtagne ændringsdirektiv til moder-/datterselskabsdirektivet, forslaget til en fælles selskabsskattebase i CCCTB, da dette indeholder et selvstændigt kapitel vedrørende misbrug. Dernæst søges det almindelige og generelle retsmisbrugsbegreb i den primære EU-ret defineret igennem EU-Domstolens praksis samt juridisk litteratur, jf. afsnit 3.1. I det efterfølgende afsnit 3.2 søges misbrugsbegrebet defineret i relation til skatteretten. Afsnit 4 vil i forlængelse heraf analysere og diskutere, hvorvidt de netop analyserede skatteretlige misbrugsbegreber set i lyset af de almindelige fortolkningsprincipper, synes at være i overensstemmelse med den primære EU-ret, herunder etableringsretten og det generelle retsmisbrugsbegreb, samt hvilken betydning det har for rækkevidden af misbrugsbegrebet. Specialet vil afslutningsvist i afsnit 6 perspektivere til, hvorvidt et holdingselskab, ud fra specialets misbrugsbetragtninger kan anfægtes som værende misbrug af retten til fri etablering.

¹⁵ Sørensen (2010), s. 122-124 og Rønfeldt (2013), s. 168.

¹⁶ Sørensen (2010), s. 124. Se hertil afsnit 2.

2 Misbrugsbegrebet i de sekundære retsakter

Der er, i den noget begrænsede sekundære EU-skatteord, positivt levnet medlemsstaterne en mulighed for at nægte anvendelse af bestemmelserne i direktiverne, hvor en skatteyder søger at anvende disse i en misbrugshensigt. I det følgende afsnit vil der ske en analyse af misbrugsbegrebet i de sekundære retsakter, herunder fusionsskattedirektivet, moder-/datterselskabsdirektivet samt forslag til CCCTB.¹⁷

Misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet af 1990 er den bestemmelse, der ved formuleringen af misbrugsbestemmelsen i rente-/royaltydirektivet samt kapitlet i forslaget til CCCTB er skelet til, hvorfor denne bestemmelse danner udgangspunktet for det følgende afsnit.¹⁸ Fusionsskattedirektivet er siden ændret ved direktiv 2005/19/EF, og senest kodificeret i direktiv 2009/133/EF, og der i forbindelse hermed sket en begrænset ændring i ordlyden af bestemmelsen, der ydermere nu findes i artikel 15 frem for artikel 11. Ændringen synes dog ikke ud fra betragtningerne, specielt den 13. betragtning, at skulle tillægges en væsentlig betydning, hvorfor følgende afsnit vil tage udgangspunkt i den seneste formulering af bestemmelsen.¹⁹ Henset til ovenstående vil rente-/royaltydirektivet ikke være genstand for en selvstændig gennemgang i det følgende, da misbrugsbestemmelse heri, hvilket også er gældende for fusionsskattedirektivet, antages at være udtryk for det almindelige retsmisbrugsbegreb, og Domstolens afgørelser på området derfor synes at have betydning ved begrebsklarlægning i direktivets artikel 5.²⁰

De enkelte afsnit vedrørende de sekundære retsakter vil begyndelsesvist kort gennemgå formålet med og anvendelsesområdet for det pågældende direktiv, hvor dette synes nødvendigt set i forhold til misbrugsbestemmelsens anvendelsesområde. Efterfølgende vil misbrugsbegrebet i fusionsskattedirektivet blive analyseret gennem henholdsvis ordlydsfortolkning og fortolkning af de af Domstolens afgørelser, der har haft betydning for begrebsdannelsen. Betragtninger og andre forarbejder til henholdsvis forslag til CCCTB og ændringen til moder-/datterselskabsdirektivet vil blive inddraget med korte bemærkninger hvor dette synes relevant.

¹⁷ Ordet misbrugsbestemmelse vil blive anvendt i det følgende, uanset det differentierede ordvalg.

¹⁸ Rønfeldt (2013), s. 214

¹⁹ Forskellen består i, at hvor bestemmelsen før søgte at regulere imod skattesvig og skatteunddragelse, så regulerer bestemmelsen i dag imod skatteunddragelse og skatteundgåelse. Den engelske oversættelse anvender i begge udgaver af direktivet, *tax evasion* og *tax avoidance*, hvorfor ændringen i den danske oversættelse ikke tillægges en videre betydning.

²⁰ Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR 2007, 508. For yderligere afgrænsning her fra se afsnit 1.1.

2.1 Fusionsskattedirektivet

Det følger af den anden betragtning i fusionsskattedirektivet, at formålet med direktivet er at bidrage til, at det indre marked skal fungere effektivt, hvorfor transaktionerne omfattet af direktivet, *fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier*, ikke må hindres af medlemsstaternes skatteregler. Derfor søger direktivet at fastsætte skatteregler, der konkurrencemæssigt er neutrale via en fælles beskatningsordning, der skal sikre muligheden for skattemæssig succession ved grænseoverskridende omstruktureringer. Endvidere er det en ordning der dog ligeledes skal ”... *tilgodese de finansielle interesser i den medlemsstat, hvor det indskydende eller det erhvervede selskab er hjemmehørende*”. Ordningen sikrer med andre ord, at de involverede medlemsstater ikke mister deres beskatningskompetence, herunder specielt den medlemsstat, hvor det indskydende selskab er hjemmehørende.²¹

2.1.1 Misbrugsbestemmelsen

Bestemmelsen, der skal sikre medlemsstaterne en mulighed for at hindre imod misbrug af fusionsskattedirektivet har i direktivets artikel 15 følgende ordlyd:²²

”1. En medlemsstat kan nægte at anvende eller kan tilbagekalde anvendelsen af alle eller enkelte af bestemmelserne i artikel 4-14, hvis en af de i artikel 1 nævnte transaktioner:

- a) *som hovedformål eller et af hovedformålene har **skatteunddragelse eller skatteundgåelse**; forholder det sig sådan, at transaktionen **ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager** som f.eks. **omstrukturering eller rationalisering** af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er **skatteunddragelse eller skatteundgåelse.**”* (Egen fed markering.)

En transaktion omfattet af direktivet må følgelig ikke have skatteunddragelse eller -undgåelse som hovedformål, og det følger af bestemmelsen, at en transaktion, der foretages uden gyldige forretningsmæssige bevæggrunde vil skabe en formodning for at der er tale om misbrug af direktivets bestemmelser til skatteundgåelse eller -unddragelse. En gyldig forretningsmæssig årsag er søgt positivt afgrænset ved hjælp af en eksemplificering, hvoraf fremgår, at omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne vil være accepterede bevæggrunde. Bestemmelsen

²¹ Jf. fusionsskattedirektivets femte og syvende betragtning.

²² Det er udelukkende bestemmelsens første del i artikel 15, stk. 1, litra a, der vil blive behandlet.

synes efter ordlyden at begrænse sin egen anvendelse i denne afgrænsning, og synes i medfør heraf at have skabt stor usikkerhed om dens anvendelse²³, hvorfor EU-Domstolens afgørelser i det følgende vil bidrage med en fortolkning heraf.

2.1.1.1 C-28/95, *Leur-Bloem*

A. Leur-Bloem (herefter Leur-Bloem) påtænkte som eneste selskabsdeltager og direktør i to hollandske anpartsselskaber, at erhverve anparterne i et tredje selskab. Betalingen skulle ske som en aktieombytning, således at Leur-Bloem indirekte ville blive eneste selskabsdeltager i de to først nævnte selskaber.²⁴ Leur-Bloem hævdede over for de hollandske skattemyndigheder, at en sådan aktieombytning måtte være omfattet af den hollandske lovgivning, til gennemførelse af fusionsskattedirektivet, hvorfor der ville være tale om en skattefri omstrukturering. Skattemyndighederne var ikke enig heri, og sagen anlagdes af Leur-Bloem for Gerechtshof, Amsterdam, der var af den overbevisning, at en afgørelse af denne tvist krævede en fortolkning af fusionsskattedirektivets bestemmelser af EU-Domstolen.

I relation til spørgsmålet om fortolkningen af fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse, anerkender Domstolen medlemsstaternes mulighed for at hindre misbrug, dog med det forbehold, at de nationale myndigheder ikke i lovgivningen kan anvende generelle regler og kriterier, men skal foretage en samlet undersøgelse af den pågældende transaktion. Yderligere bemærker Domstolen, at medlemsstaterne ved gennemførelse af bestemmelsen skal tage hensyn til proportionalitetsprincippet, da det vil være i strid med direktivets formål at gå yderligere end, hvad der synes nødvendigt til undgåelse af misbrug.²⁵

Misbrugsbestemmelsen synes således at skulle fortolkes ud fra både ordlyd samt ud fra formålet med direktivet, herunder formålet med misbrugsbestemmelsen.²⁶ Domstolen bemærker, at det fremgår af såvel ordlyd som formål med misbrugsbestemmelsen, at begrebet der ligger heri, *forsvarlige økonomiske betragtninger*, ”... er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en skattemæssig fordel”.²⁷ Domstolen lægger med denne bemærkning op til, at en omstrukturer

²³ Rønfeldt (2013), s. 214 og Rønfeldt (2010), s. 658

²⁴ C-28/95, *Leur-Bloem*, præmis 3

²⁵ C-28/95, *Leur-Bloem*, præmis 40-44

²⁶ Rønfeldt (2013), s. 214

²⁷ Formuleringen er fra direktiv 90/434 EØF, jf. C-28/95, *Leur-Bloem*, præmis 47

ring der kun tjener det formål, at opnå en skattemæssig fordel ikke udgør en økonomisk forsvarlig betragtning, og en sådan dermed kan skabe en formodning for, at der er tale om misbrug af rettighederne i fusionsskattedirektivet.

Sammenfattende kan det således udledes vedrørende misbrugsbegrebet i fusionsskattedirektivet, at det til anvendelsen heraf er nødvendigt med en fortolkning af såvel direktivets som selve bestemmelsens formål og dermed ikke udelukkende ordlyden heraf. Det kan ydermere udledes, at begrebet *forsvarlige økonomiske betragtninger* i bestemmelsen ikke kan udstrækkes til at dække en udelukkende skattemæssig fordel, hvorfor det kan skabe en formodning for, at der foreligger misbrug, hvor en omstrukturering efter direktivets bestemmelser udelukkende bærer en skattemæssig fordel som i Leur-Bloem var en mulighed for horisontal tabsudligning.

I Leur-Bloem lægger Domstolen således ikke videre fast, hvad der efter fusionsskattedirektivet skal defineres som værende misbrug. Uanset at afgørelsen udgør et væsentligt fortolkningsbidrag til misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet, synes afgørelsen i C-321/05, *Kofoed* at komme nærmere en anvendelig definition heraf.

2.1.1.2 C-321/05, *Kofoed*

Hans Markus Kofoed (herefter Kofoed) og Niels Toft (herefter Toft) ejede hver 50 % af Cosmopolit Holding ApS (herefter Cosmopolit). Den 26. oktober 1993 erhvervede de hver én af to aktier i det irske kapitalselskab Dooralong Ltd (herefter Dooralong). Dooralong forhøjede herefter sin selskabskapital med 21000 nye aktier – en forhøjelse der den 29. oktober 1993 efterfulgtes af en ombytning af Kofoed og Tofts anparter i Cosmopolit med de nyudstedte aktier i Dooralong, der medførte at Kofoed og Toft nu ejede hver 50 % af Dooralong, der ejede 100 % af Cosmopolit. Umiddelbart efter denne skattefrie aktieombytning, den 1. november 1993, modtog Dooralong en udbytteudlodning på 2.742.616 IEP (ca. 26.000.000 kr.) fra Cosmopolit, og den 3. november besluttedes det på en generalforsamling i Dooralong en udbytteudlodning på 2.742.116 IEP til selskabsdeltagerne Kofoed og Toft. De danske skattemyndigheder anerkendte ikke den skattefrie ombytning, da udbytteudlodningen ansås som værende en del af ombytningen af selskabsandele, hvorfor den tilladte kontante udligningssum på max 10% var overskredet. Kofoed indbragte sagen for Landsskatteretten, der stadfæstede skattemyndighederne

afgørelse. Kofoed anlagde herefter sag ved Østre Landsret, som udsatte sagen og forelagde EU-domstolen et præjudicielt spørgsmål.

Det præjudicielle spørgsmål gik på hvorvidt en udbytteudlodning skal indgå ved beregningen af den kontante udligningssum, hvilket ikke vil blive behandlet yderligere i denne sammenhæng. Endvidere spurgte Østre Landsret EU-Domstolen, hvorvidt det er muligt at reagere på et eventuel *retsmisbrug*, i en situation, hvor misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivets artikel 11 (nu 15) ikke er implementeret i den nationale lovgivning.²⁸

Domstolen gør sig nogle tanker vedrørende misbrugsbegrebet i fusionsskatteloven, og lægger først og fremmest til grund, at begrebet afspejler det almindelige retsmisbrugsbegreb.²⁹ I samme ombæring bekræfter Domstolen, at det ikke er en del af hensigten med fællesskabsbestemmelserne, at disse skal kunne anvendes med henblik på misbrug. Anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne er således ikke ment til at skulle udvides til situationer, hvor en given transaktion ikke har fundet sted som led i en almindelige kommerciel transaktion, men for retsstridigt at opnå en fordel.³⁰

I afgørelsen lægger Domstolen, med henvisning til Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, fast, at der synes at være visse indicier, der umiddelbart kan begrunde anvendelsen af misbrugsbestemmelsen.³¹ Østre Landsret har blandt andet bemærket, at der ikke forelå nogen konkret forretningsmæssig anledning til den omtvistede aktieombytning, men snarere at formålet for så vidt udelukkende var en skattebesparelse. En aktieombytning hvormed der tilstræbes rent skattemæssige fordele opfylder ikke direktivets krav om *et forsvarligt økonomisk formål*. Som yderligere indikation for, at der er tale om misbrug af muligheden for at disponere efter fusionsskattedirektivet, er det forhold, at der er en nær tidsmæssig sammenhæng imellem udbytteudlodningen og den omstridte aktieombytning. I forbindelse hermed står det forhold at Kofoed og Toft var vidende om, at en nærtforestående ændring i den dansk-irske dobbeltbeskatningsoverenskomst ville medføre, at en udbyttebetaling ikke efter ikrafttrædelsesdatoen, 7. november 1993, ville kunne ske på de samme fordelagtige vilkår. Kofoed og Toft synes for så

²⁸ C-321/05, *Kofoed*, præmis 23

²⁹ Se hertil C-321/05, *Kofoed*, præmisserne 37-48. Det almindelige retsmisbrugsbegreb i den primære EU-ret vil blive genstand for selvstændig analyse i afsnit 3.

³⁰ C-321/05, *Kofoed*, præmis 38

³¹ C-321/05, *Kofoed*, præmis 39 med henvisning til Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i C-321/05, *Kofoed*, pkt. 59.

vidt således at undgå en allerede konstateret skattepligt, ved at disponere ud fra de muligheder som fusionsskattedirektivet giver for skattefrie grænseoverskridende omstruktureringer.

Sammenfattende siger Domstolens afgørelse flere centrale ting vedrørende misbrugsbegrebet i fusionsskattedirektivet. Vigtigst for nærværende, synes Domstolen at lægge til grund, at misbrug foreligger, hvor en transaktion foretages for ”... at afværge en allerede konstateret og faretruende skattepligt”.³² Domstolen går dermed ind og vurderer på, hvad der kan være med til at definere misbrug, men afviser dog anvendelsen af bestemmelsen, grundet manglende implementering i dansk ret.

Det udslagsgivende forhold i den omtvistede sag var således, at Danmark ikke havde implementeret fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse i sin nationale lovgivning, hvilket er påkrævet, for direkte at kunne anvende denne til ulempe for borgeren, i dette tilfælde Kofoed. Det ville ifølge Domstolen være i strid med retssikkerhedsprincippet, hvis en direktivbestemmelse i sig selv kunne skabe forpligtelser for borgeren, hvorfor en direkte anvendelse af misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet over for Kofoed ikke var mulig. Domstolen, herunder Generaladvokat Kokotts, gør sig nogle tanker vedrørende medlemsstaternes pligt til at fortolke nationale regler direktivkonformt, og bemærker, at der er levnet medlemsstaterne en mulighed for selv at bestemme med hvilken form og med hvilke midler direktiverne skal implementeres i national ret. En generel retlig ramme, hvorefter bestemmelsens anvendelse på en klar og præcis måde sikres, synes således tilstrækkelig til at overholde retssikkerhedsprincippet.³³

Det er vigtigt at bemærke, at det følger af Domstolens bemærkninger i Kofoed, at en dansk implementering ikke nødvendigvis havde medført, at den omstridte omstrukturering i sagen var blevet afvist med en begrundelse om misbrug. ”I hovedsagen foreligger der ganske vist, således som generaladvokaten har anført i punkt 59 i forslaget til afgørelse, visse indicier, **som eventuelt kunne begrunde** en anvendelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434.”³⁴ (Egen fed markering.) Det følger af afgørelsen, at de fremhævede forhold udelukkende skal anses som værende indicier, der givet vis kan begrunde anvendelsen af misbrugsbestemmelsen, men at det

³² Citat Rønfeldt(2011), s. 218

³³ Se hertil Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i C-321/05, *Kofoed*, punkt 65-66 samt C-321/05, *Kofoed*, præmis 42.

³⁴ C-321/05, *Kofoed*, præmis 39.

er op til den nationale ret at bedømme dette ud fra en eventuel implementering af misbrugsbestemmelsen.

De danske omstruktureringsregler er siden Kofoed blev ændret, men dette synes ikke at indebære en implementering af den fulde ordlyd af misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet.³⁵ Domstolen lagde dog til grund i afgørelsen, at en direkte implementering af misbrugsbestemmelsens ordlyd ikke var en nødvendighed, men at blandt andet en national grundsætning til bekæmpelse af misbrug synes tilstrækkelig. Den gængse opfattelse synes dog at være, at der ikke i dansk national ret, har været en sådan almindelig omgængelsesregel³⁶, men dette synes dog at være fortid efter implementeringen af direktiv 2015/121/EU, om ændring af direktiv 2011/96/EU, *moder-/datterselskabsdirektivet*, der i Danmark vil blive implementeret med virkning for både moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet, jf. lovforslag nr. L 167 med ikrafttrædelse den 1. maj 2015.³⁷

Endnu en vigtig ting at notere sig af afgørelsen i Kofoed er, at hvor en transaktion er direktivbeskyttet, som eksempelvis dækket af fusionsskattedirektivet i Kofoed, så vil det ikke være muligt for medlemsstaterne at påberåbe sig det almindelige generelle retsmisbrugsbegreb, som defineret i afsnit 3.1, hvis misbrugsbestemmelsen i det pågældende direktiv, som i Danmark, ikke er implementeret. En sådan anden chance for at kunne nægte anvendelse af et direktivs bestemmelser vil underminere det faktum, at direktiver ikke uden videre kan skabe forpligtelser, men at det skal implementeres i national lovgivning for at finde anvendelse.³⁸

Af ovenstående analyse kan følgende betragtninger om misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet udledes. Udtrykket *gyldige forretningsmæssige årsager* i bestemmelsens formodningsregel kan ikke udstrækkes til at gælde fordele, der udelukkende har karakter af skattemæssige fordele, jf. afgørelsen i Leur-Bloem. Et indicium herfor kan være, at en omstrukturering foretages for en forholdsvis kort periode eller en udbytteudlodning foretages i nær tilknytning

³⁵ Jeppe R. Stokholm i SU 2007, 342, s. 734 og Dennis Ramsdahl Jensen i Festskrift til Jan Pedersen, s. 190-191. De danske omstruktureringsregler vil ikke blive omtalt yderligere, da fokus i afsnittet er på, hvorvidt der er tale om en implementering af fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse, og ikke det tekniske i reglerne. Werlauff bemærker i Werlauff (2014), at "... systemet med forhåndsgodkendelse til de skatteneutrale dispositioner..." er en implementering af misbrugsbestemmelsen i dansk ret, jf. s. 393. Spørgsmålet om hvorvidt der er tale om en korrekt og tilstrækkelig implementering vil ikke blive besvaret i nærværende speciale – se hertil Sanne Neve Damgaard i SU 2008, 88.

³⁶ SU 2008, 88, s. 275 og Werlauff (2014), s. 393.

³⁷ Se for ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet, afsnit 2.2.

³⁸ Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i C-321/05, *Kofoed*, punkt 67.

til en aktieombytning.³⁹ Som det også vil fremgå af det senere afsnit 3, så er skattehensyn lovlige hensyn, og det skal bemærkes i forbindelse hermed, at strukturændringer og koncernstrukturer i langt de fleste tilfælde er båret af blandt andet skattemæssige overvejelser.⁴⁰ I Kofoed kommer Domstolen frem til, at det forhold, at en skatteyder søger at *undgå en skattepligt*, der allerede er konstateret kan være en indikation for, at der er tale om misbrug – her vil det altså være den *efterfølgende transaktion* der af medlemsstaterne kan anfægtes som værende misbrug af rettighederne.⁴¹ Det vil sige, når et selskab som eksempelvis i Kofoed indsættes, imellem fysiske personer og et selskab, for at afværge en skat, der vil blive aktuel, hvis denne omstrukturering ikke foretages.

En vigtig bemærkning skal knyttes til det forhold, at formålet med direktivet og misbrugsbestemmelsen skal inddrages i fortolkningen heraf, som Domstolen lægger det til grund i Leur-Bloem. I Domstolens afgørelse i C-126/10, *Foggia*, der ligeledes vedrørte omstrukturering efter fusionsskattedirektivet, bemærker Domstolen at en fusion imellem to selskaber, hvoraf det ene ingen økonomisk virksomhed udøver, men udelukkende overfører tab til det overtagende selskab, kan være en indikation for, at der ikke er tale om *gyldige forretningsmæssige årsager*⁴² dette uanset at der synes at ske en besparelse i de strukturelle omkostninger, da de administrative omkostninger og forvaltningsomkostninger nedsættes som følge af den omstridte omstrukturering. Domstolen bemærker: ”Ved systematisk at antage, at en besparelse i de strukturelle omkostninger, ... udgør en forsvarlig økonomisk betragtning uden at tage hensyn til andre formål med den påtænkte transaktion, og særligt de skattemæssige fordele, vil bestemmelsen ... være frataget hele sit formål, som består i at bevare medlemsstaternes finansielle interesser...”⁴³

Det synes således som et væsentligt forhold, at der tages højde for formålet bag fusionsskattedirektivet og formålet med misbrugsbestemmelsen, når det skal vurderes, hvorvidt et givent forhold falder ind under bestemmelsens anvendelse, og at anvendelse heraf ikke kan afvises under den blotte omstændighed, at der består andre hensyn og fordele ved den pågældende

³⁹ Jf. hertil C-28/95, *Leur-Bloem*, præmis 42 samt C-321/05, *Kofoed*, præmis 39 med henvisning til Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, punkt 59.

⁴⁰ Sanne Neve Damgaard i SU 2008, 88, s. 270.

⁴¹ Rønfeldt (2013), s. 206.

⁴² Formuleringen af formodningsreglen i afgørelsen bruger *forsvarlige økonomiske betragtninger*. Ændringen af den danske ordlyd i direktiv 2005/19/EF tillægges ikke i nærværende speciale nogen videre betydning, jf. afsnit 1.1.

⁴³ Jf. C-126/10, *Foggia*, p. 49-50.

omstrukturering. Det vil sige, at det ikke er tilstrækkeligt at konstatere, at de formelle forhold synes accepterede, men at det primære formål med en omstrukturering og realiteten heri ikke forfølger de formelle forhold.⁴⁴ Dette synes for så vidt også at gøre sig gældende i Kofoed, hvor alle de formelle regler omkring den omstridte omstrukturering var på plads, men at realiteten heri ikke kunne bære de formelle forhold. Som tidligere bemærket i afsnit 1.2.1, så skal en undtagelsesbestemmelse fortolkes indskrænkende, hvorfor medlemsstaterne i medfør af ovenstående ikke kan anfægte enhver strukturændring med misbrugsbestemmelsen i fusionsskatte-direktivet.

2.2 Moder-/datterselskabsdirektivet

Af moder-/datterselskabsdirektivets tredje og fjerde betragtning fremgår det, at formålet med direktivet er at udbytter fra datterselskaber til moderselskaber skal fritages for kildeskat og dobbeltbeskatning af de omfattede indkomster skal afskaffes på moderselskabsniveau. Formålet skal sikre, at Unionen fungerer bedst muligt, og skal således skabe lige vilkår for koncerner, hvad enten disse opererer inden for den samme medlemsstat eller i flere medlemsstater. Direktivet skal dermed fjerne eventuelle hindringer for etableringsfriheden sikret i Traktatens artikel 49. Formålet synes for så vidt at være lignende det integrationsformål, der er at finde i etableringsfriheden, jf. C-196/04, *Cadbury Schweppes*⁴⁵ - et formål der derfor synes at få betydning ved nedenstående begrebsfastlæggelse.

Misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet har hidtil været at finde i direktivets artikel 1, stk. 2 og har indtil den nylige ændring haft følgende ordlyd:

*”2. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at **hindre svig og misbrug.**”* (Egen fed markering).

Denne tidligere formulering skulle fortolkes i overensstemmelse med det generelle fællesskabsretlige misbrugsbegreb.⁴⁶ Misbrugsbestemmelsen har manglet klarhed, og den har for så vidt

⁴⁴ Rønfeldt (2013), s. 218-219.

⁴⁵ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 53-54 jf. Martin Poulsen i SU 2009, 278.

⁴⁶ Martin Poulsen i SU 2009, 278. Se hertil afsnit 3.1

skabt forvirring, hvorfor en mere konkret misbrugsbestemmelse er blevet vedtaget.⁴⁷ Af anden til femte betragtning til direktiv 2015/121/EU, om ændring af direktiv 2011/96/EU, *moder-/datterselskabsdirektivet*, fremgår det, at det for at sikre imod misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet er nødvendigt med en fælles minimumsregel, da den hidtidige misbrugsbestemmelse i direktivet udelukkende sigtede på anvendelsen af interne nationale bestemmelser, hvilket potentielt medførte en diversitet i anvendelsen af direktivet afhængig af de særlige forhold der gælder i de enkelte medlemsstater. Yderligere er der medlemsstater der ikke har interne bestemmelser med det formål at hindre misbrug.⁴⁸

For at sikre en mere effektiv anvendelse af den nyligt vedtagne direktivændring er medlemsstaterne forpligtede til at implementere den følgende generelle misbrugs klausul, hvorved der opnås mere ensartede standarder sammenlignet med retstilstanden før direktivændringen, hvor de allerede eksisterende nationale foranstaltninger breder sig over mange forskellige former og mål, til håndtering af de specifikke problemer medlemsstaterne har stået over for, samt set i forholdt til de specifikke skattesystemer medlemsstaterne har.⁴⁹ Kommissionen har med ændringen skærpet medlemsstaternes mulighed for at sikre imod aggressiv skatteplanlægning, og skærpet muligheden for at ”... udelukke skattedrevne strukturer fra at nyde godt af direktivets fordele”.⁵⁰ Ordlyden af misbrugsbestemmelsen i direktivet er efter ændringen som følger af direktiv 2015/121/EU, artikel 1, stk. 2:

”2. Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med dette direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

⁴⁷ Jakob Bundgaard i SU 2014, 45 med henvisning til COM(2013) 814 Final, s. 3. Begge omhandler det første udkast til en generel misbrugs klausul, der dog ikke blev vedtaget i første omgang, og i det efterfølgende arbejde hermed er blevet omformuleret fra at vedrøre *kunstige til ikke reelle arrangementer*. Yderligere er der ikke som i det først forslag lavet en oplistning af eksempler på sådanne arrangementer.

⁴⁸ Betragtningerne til direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/EU, *moder-/datterselskabsdirektivet*.

⁴⁹ COM(2013) 814 Final, s. 6. Danmark har ved lovforslag L167 af 26. januar 2015, som netop vedtaget den 21. april 2015, taget de første skridt mod implementering heraf, og har sågar udvidet den generelle omgåelses klausul til også at gælde i forhold til rente-/royaltydirektivet og fusions skattedirektivet. Se ligeledes herom i afsnit 2.1.

⁵⁰ Jakob Bundgaard i SU 2014, 45, s. 95.

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

4. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre **skatteunddragelse, skattesvig og misbrug**. ” (Egen fed markering).

Af ordlyden af den ændrede misbrugsbestemmelse kan det i artikel 1, stk. 2 udledes, at der skal være tale om et arrangement, der ikke er reelt, og som har hovedformålet at opnå en skattefordel, der ikke er i overensstemmelse med formålet med direktivet. I stk. 3 defineres et arrangement som værende *ikke reelt*, hvis det ikke er tilrettelagt ud fra *velbegrundede kommercielle årsager* afspejlende den *økonomiske virkelighed*. Uanset den forskellige formulering synes ovenstående betragtninger vedrørende begrebet *gyldige forretningsmæssige årsager* (tidligere formulering: *forsvarlige økonomiske betragtninger*) i fusionsskattedirektivet at kunne tillægges betydning ved fortolkningen heraf, hvorfor der henvises til ovenstående afsnit 2.1. Af direktivets ottende betragtning fremgår det, at der både kan være tale om, at et arrangement i sin helhed ikke er reelt, samt at der kan være tilfælde, hvor det er enkelte dele af et arrangement, der ikke synes at være reelle. Det giver således medlemsstaterne mulighed for at iagttage proportionalitetsprincippet ved at kunne differentiere imellem de dele af et givent arrangement, der er reelt og de dele, der ikke er reelt og dermed kun anvende misbrugs klausulen på sidstnævnte.⁵¹

Det bemærkes afslutningsvist vedrørende ændringen til moder-/datterselskabsdirektivet, at Kommissionen i sin henstilling C(2012) 8806 vedrørende aggressiv skatteplanlægning og sit forslag til ændring af moder-/datterselskabsdirektivet i COM(2013) 814 har anvendt formuleringen *kunstigt arrangement*, hvilket leder tankerne over på en fortolkning i overensstemmelse med Domstolens afgørelse i Cadbury Schweppes, som denne tager sig ud i nedenstående afsnit 3.2.1.1. Det fremgår ikke af det endelige ændringsdirektiv, hvilke tanker der ligger til grund for valget af formulering heri. Det bemærkes i øvrigt, at Kommissionen henstiller til, at hovedformålet med et kunstigt arrangement skal være at *undgå beskatning* og derved *opnå en skattemæssig fordel*. Rådets ændringsdirektiv bemærker hertil, at hovedformålet skal være at opnå en

⁵¹ Betragtningerne til direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/EU, *moder-/datterselskabsdirektivet*.

skattefordel. Sondringen vil blive kommenteret yderligere nedenfor i henholdsvis afsnit 3.2.1.1 og afsnit 4, og vil således ikke være genstand for yderligere diskussion i nærværende afsnit.

2.3 Forslag til CCCTB

I 2011 fremsatte Europa-Kommissionen direktivforslaget om CCCTB, der ved en eventuel vedtagelse vil medføre, at koncerner med aktivitet i flere lande inden for EU ved et aktivt valg kan anvende ét fælles regelsæt til beskatning, og dermed konsolidere alle overskud og underskud samt eliminere interne transaktioner i koncernen. Den konsoliderede skattepligtige indkomst, opgjort inden for EU, fordeles herefter ved hjælp af en fordelingsnøgle, sådan at hver medlemsstat, hvori en koncern har haft aktivitet, får mulighed for at beskatte med sin egen selskabsskattesats og mulighed for at beskatte den del af den skattepligtige indkomst, der faktisk vedrører aktiviteten i den pågældende stat. Fordelingsnøglen omfatter henholdsvis salg, arbejdskraft og aktiver.⁵² Der ses i forslaget til CCCTB en mulighed for at komme ud over de problemstillinger, herunder underminering af skattebaser, der opstår og er et resultat af den begrænsede harmonisering på området for direkte beskatning, og de forskellige skattesystemer, der dermed findes i medlemslandene.⁵³ Nævnes bør det dog, at direktivforslaget stort set har ligget stille siden forslaget i 2011.

I forslaget til CCCTB er der affattet et misbrugskapitel, hvori en generel misbrugsbestemmelse er at finde i artikel 80 med følgende ordlyd:⁵⁴

*”**Kunstige transaktioner**, der udelukkende gennemføres for at **undgå beskatning**, lades ude af betragtning ved beregning af skattegrundlaget.*

*Stk. 1 finder ikke anvendelse på **egentlig kommercielle aktiviteter**, såfremt skattesubjektet vil kunne vælge mellem to eller flere mulige transaktioner, som har det samme kommercielle resultat, men som giver forskellige skattepligtige beløb.*” (Egen fed markering.)

Misbrugsbestemmelsen i forslaget til CCCTB er begrænset af to forhold i sin eventuelle anvendelse. Først og fremmest, skal der være tale om en kunstig transaktion, og dernæst skal denne

⁵² Peter Koerver Schmidt og Jakob Bundgaard i SU 2015, 38

⁵³ Rønfeldt (2010), s. 655

⁵⁴ Det vil udelukkende være den generelle misbrugsbestemmelse i forslaget til CCCTB, der vil blive behandlet i det følgende.

udelukkende have som formål at undgå skat. Til en kort fortolkning og forståelse af begrebet kunstig transaktion, skeles der til EU-Domstolens bemærkninger i C-196/04, *Cadbury Schweppes*, vedrørende nationale værneregler i forbindelse med CFC-beskatning. Ifølge Domstolen er det en betingelse, for at noget kan kvalificeres som kunstigt, at der *ikke* er tale om en *reel økonomisk aktivitet* - det vil sige, at der for så vidt *ikke* er et behov for den pågældende transaktion eller etablering. Yderligere skal en given transaktion eller etablering kunne kontrolleres af myndigheder eller tredjemand, hvorved denne ikke kan kvalificeres som værende *kunstig* hvis dette synes muligt. En fast indretning over en ubestemt tidsperiode synes at argumentere for, at der er tale om en reel økonomisk aktivitet, der kan kontrolleres, hvorfor en sådan transaktion eller etablering ikke vil kunne kvalificeres som kunstig.⁵⁵

Hvad angår formuleringen *kunstig transaktion* og det faktum at denne skal have til formål at *undgå beskatning* ledes tankerne hen på ovenstående gennemgang af C-321/05, *Kofoed*, og det deri beskrevne forhold, at der skal være tale om en *efterfølgende transaktion*. Det skal hertil bemærkes, at selve etableringen i en anden medlemsstat ikke i sig selv kan anses som værende skatteundgåelse, jf. blandt flere C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Den efterfølgende transaktion kan dog godt være en etablering, jf. C-321/05, *Kofoed*.⁵⁶

Der er i bestemmelsen indbygget en undtagelse og dermed også en negativ afgrænsning af, hvad der er misbrug i medfør af forslaget til CCCTB. Det er givet i bestemmelsen, at hvor der er tale om egentlige kommercielle aktiviteter, vil medlemsstaterne ikke kunne anvende misbrugsbestemmelsen i stk. 1. Mere specifikt vil det sige, at hvor skatteyderen har valget mellem to scenarier med det samme kommercielle slutresultat, men hvor det skattepligtige beløb er mere fordelagtigt i det ene scenarie frem for det andet – i en sådan situation vil det ikke være udtryk for misbrug at vælge den mest fordelagtige mulighed.⁵⁷ Dette går ganske godt i tråd med den følgende behandling af misbrugsbegrebet i den primære EU-ret.

⁵⁵ Se afsnit 3.2.1.1 for mere omfattende analyse af begrebet og C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁵⁶ Som også bemærket af Rønfeldt (2013), s. 205-207

⁵⁷ Rønfeldt (2013), s. 207

3 Misbrugsbegrebet i den primære EU-ret

EU-Domstolen synes at have anlagt en betragtning om, ”... at EU-retten ikke skal og kan strækkes til at beskytte situationer, der anvender Traktatens bestemmelser til at opnå en position, der er til skade for det indre markeds formål.”⁵⁸ Det vil således sige, at misbrugsbegrebet synes at have et anvendelsesområde, hvor det ikke er en national lovgivning, der skal retfærdiggøres, og hvor det ikke er en transaktion, der er dækket af de sekundære retsakters rettigheder, men en situation, der endda ikke synes dækket af de rettigheder, der følger af EU-retten, da der er tale om misbrug heraf. Den domstolsskabte EU-retlige grundsætning om misbrug af rettigheder fungerer med andre ord sådan, at hvis Domstolen konstaterer et misbrug, vil der ikke kunne støttes ret på rettighederne, idet disse bortfalder i en sådan situation.⁵⁹

3.1 Det generelle retsmisbrugsbegreb

Det følgende vil analysere og klarlægge misbrugsbegrebet i den primære EU-ret – det generelle retsmisbrugsbegreb, først og fremmest med udgangspunkt i den negative afgrænsning, der følger af Domstolens praksis. Dernæst vil der ske en analyse af EU-Domstolens praksis med henblik på at definere det generelle retsmisbrugsbegreb og ydermere det mere specifikke misbrugsbegreb på skatteområdet med primært fokus på retten til fri etablering.

3.1.1 Negativ afgrænsning

Misbrugsbegrebet i den primære EU-ret – det vil sige misbrug af de rettigheder, der følger af Traktaten, kan spores tilbage til C-33/74, *Van Binsbergen*, hvor Domstolen i en sag vedrørende den frie bevægelighed for tjenesteydelser lagde til grund, at medlemsstaterne er tilladt muligheden for at hindre omgåelse af national lovgivning. Domstolen synes dog at have indtaget en anden holdning til, hvad der kan anses som værende misbrug af Fællesskabsretten – eller i hvert fald til, hvad der *ikke* anses for at være misbrug. Domstolen har netop i sin nyere praksis i flere omgange fastlagt, at det er fuldt ud accepteret af denne, at Unionens borgere, herunder selskaber, disponerer ud fra det faktum, at der findes forskellig lovgivning i de enkelte medlemsstater, hvad enten der er tale om selskabsretlige regler eller skatteretlige regler.⁶⁰ Jf. hertil følgende

⁵⁸ Citat Rønfeldt (2013), s. 220

⁵⁹ Karsten Engsig Sørensen i SU 2008, 84, s. 230

⁶⁰ Karsten Engsig Sørensen i Common Market Law Review vol. 43, 2006, s. 444

vedrørende C-212/97, *Centros* på selskabsrettens område, og kort vedrørende C-294/97, *Euro-wings* og C-315/02, *Lenz* på det skatteretlige område.

3.1.1.1 C-212/97, *Centros*

Centros Ltd (herefter Centros) - et engelsk *private limited company* (efter dagældende dansk ret et udenlandsk anpartsselskab) lod sig registrere den 18. maj 1992 i England og Wales. Selskabet bestod af to anparter ejet af ægtefællerne Tonny og Marianne Bryde, der som danske statsborgere havde bopæl i Danmark. Marianne Bryde var direktør for selskabet i England, der havde hjemsted i England hos en ven af Tonny Bryde. Da der i sommeren 1992 ansøgte om registrering af en filial i Danmark, afviste Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at en sådan etablering kunne finde sted, med begrundelsen, at Centros ikke siden sin registrering havde drevet erhvervmæssig virksomhed i England, og reelt søgte at oprette sin hovedetablering i Danmark igennem denne filial. Dette for at omgå den danske selskabslovgivning, der på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder bestod i, at der ved oprettelsen af et anpartsselskab skulle erlægges minimum 200.000 danske kr. i indskudskapital. I England var der på tidspunktet ikke lovgivning med krav om mindste selskabskapital og indskud i forbindelse med registreringen. Centros blev stiftet med en selskabskapital på kun 100 britiske pund, der ydermere ikke indbetaltes. Centros var registreret i England fuldstændig efter de britiske regler.

Centros indbragte sagen for Østre Landsret, der gav Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medhold, hvorfor Centros ankede til Højesteret, der valgte at udsætte sagen og forelægge denne for EU-Domstolen. Højesteret ville med sit spørgsmål til Domstolen vide, hvorledes det var foreneligt med Traktatens regler om fri etableringsret at nægte registrering af en filial i Danmark under den forudsætning, at hovedetableringen i England, der godt nok var oprettet i overensstemmelse med denne medlemsstats lovgivning, ikke drev erhvervmæssig virksomhed, og dermed udelukkende var foretaget for at omgå de danske regler om indskudskapital.

De danske myndigheder gjorde i sagen gældende, at ægtefællerne Brydes selskabskonstruktion udelukkende var foretaget for at omgå de danske regler om selskabsstiftelse, og der var efter deres overbevisning tale om misbrug af etableringsretten, hvorfor denne ikke kunne påberåbes

i forbindelse med nægtelsen af filialstiftelsen i Danmark.⁶¹ Vedrørende misbrug bemærker Domstolen, at det ganske vist følger af praksis, at medlemsstaterne er tilladt at møde sine statsborgere med foranstaltninger til hindring af misbrug af Traktatens bestemmelser til omgåelse af national lovgivning i den enkelte medlemsstat. Yderligere bemærker Domstolen blandt andet med henvisning til C-33/74, *Van Binsbergen*, at borgerne i Unionen ikke kan anvende fællesskabsbestemmelserne med henblik på misbrug. Bemærkes skal det i denne sammenhæng, at medlemsstaterne vil kunne afvise at tildele en fordel efter de påberåbte bestemmelser, men de skal under alle omstændigheder tage formålet med de pågældende bestemmelser med i deres betragtninger. I det pågældende tilfælde etableringsfriheden, hvis formål er ”... *at sætte selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, ... er beliggende inden for Fællesskabet, i stand til at udøve virksomhed i andre medlemsstater gennem ... en filial...*”.⁶² Eftersom Centros er stiftet i overensstemmelse med den britiske lovgivning, falder den omstridte konstruktion dermed ind under etableringsrettens formål.

I forhold til spørgsmålet om, hvad der kan udgøre misbrug af fællesskabsbestemmelserne, bidrager Domstolen i Centros således til den negative afgrænsning af begrebet, da den i sagen fastslår, at blot fordi en borger inden for Unionen udnytter, at der i et andet land er mindre byrdefuld lovgivning vedrørende, eksempelvis som i dette tilfælde, selskabsstiftelse, betyder det ikke i sig selv, at der er tale om misbrug af etableringsretten.⁶³ Endvidere kan det forhold, at der i Centros ikke drives virksomhed, men at virksomheden for så vidt drives igennem filialen i Danmark, ifølge Domstolen ikke godtgøre, at der foreligger misbrug af etableringsretten.

På baggrund heraf synes misbrugsbegrebet for så vidt at have flere nuancer, alt efter hvilket retsområde dette skal kobles op på. Af Centros kan det udledes, at en ren proforma tilstedeværelse ikke udgør misbrug af etableringsretten på selskabsrettens område, hvorimod misbrugsbegrebet i relation til skatteretten, som det også vil fremgå af senere afsnit, indtager en anden holdning til at virksomheder anvender sådanne tomme selskaber til at opnå de mest gunstige skattemæssige forhold.⁶⁴

⁶¹ C-212/97, *Centros* præmis 23

⁶² C-212/97, *Centros* præmis 24-26.

⁶³ C-212/97, *Centros* præmis 27

⁶⁴ Se hertil Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i TfS 2006, 603, s. 2229 og nærværende afsnit 3.2.

Af Centros kan det således på det generelle plan udledes at det ikke udgør misbrug at gøre brug af de rettigheder, der følger af fællesskabsbestemmelserne, dette uanset, at rettighederne anvendes til at vælge den mest fordelagtige lovgivning af flere mulige.⁶⁵ Endvidere noteres det til senere anvendelse, at medlemsstaterne ved vurderingen af, om der foreligger misbrug, skal bringe formålet med den anvendte fællesskabsbestemmelse i anvendelse.

På skatterettens område er det ligeledes accepteret, at der ikke er tale om misbrug, hvis en virksomhed disponerer ud fra det faktum, at der i medlemsstaterne er forskellige selskabsskattesatser, og at nogle således er lavere end andre og dermed mere gunstige. Yderligere har Domstolen konstateret, at skatteregler ikke kan arrangeres sådan, at disse rammer selskaber, der søger mod medlemsstater med mere fordelagtig beskatning, hvilket synes at bekræfte, at det er acceptabelt at *"... unddrage sig regulering i én medlemsstat ved at underlægge sig regulering i en anden medlemsstat, uden at dette kan betegnes som misbrug."*⁶⁶ Misbrugsbegrebet på skatterettens område vil blive yderligere behandlet nedenfor i afsnit 3.2.

3.1.2 Testen: Et objektivt og et subjektivt element

Det følgende afsnit vil bekræfte flere af de ovenstående udledte pointer, men vil i modsætning til ovenstående søge at definere det almindelige retsmisbrugsbegreb, der er udviklet i Domstolens praksis i positive vendinger.⁶⁷

3.1.2.1 C-110/99, Emsland-Stärke

Emsland-Stärke GmbH (herefter Emsland-Stärke) udførte i 1987 af flere omgang to forskellige varer til selskaberne Fuga AG (herefter Fuga) og Lukowa AG (herefter Lukowa), begge med hjemsted i Schweiz. De to selskaber i Schweiz hørte hjemme på samme adresse, og de var ledet og repræsenteret af en og samme kreds af personer. Emsland-Stärke fik på baggrund af denne eksport udbetalt eksportrestitution af de tyske myndigheder. Myndighederne fandt imidlertid ud af ved nogle efterfølgende kontrolundersøgelser, at varerne umiddelbart efter indførelsen i Schweiz *"... i uforandret stand og med de samme transportmidler var blevet transporteret..."*

⁶⁵ Se hertil Rønfeldt (2013), s. 223 med henvisning til C-167/01, *Inspire Art*.

⁶⁶ Citat Karsten Engsig Sørensen i SU 2008, 84, s. 231 med henvisning til C-315/02, *Lenz* samt C-294/97, *Eurowings*

⁶⁷ For en mere grundig analyse af begrebets eksistens og anvendelse, se Karsten Engsig Sørensen i *Common Market Law Review* vol. 43, 2006 og Tom O' Shea i *The EC Tax Journal*, 2010-11.

henholdsvis tilbage til Tyskland og til Italien.⁶⁸ De tyske myndigheder krævede på baggrund af denne information den udbetalte eksportrestitution tilbagebetalt, hvilket Emsland-Stärke klagede over med begrundelsen, at varerne var overgået til fri omsætning i Schweiz, hvorved betingelserne for udbetaling af eksportrestitution var opfyldt. Emsland-Stärke lagde i denne forbindelse til grund, at varerne var blevet solgt fra Fuga til Lukowa, førend de var sendt henholdsvis tilbage til Tyskland og til Italien, og at der således ikke lå en svigagtig hensigt til grund for genindførelsen, da det desuden ikke var Emsland-Stärke bekendt, hvad køberne i Schweiz foretog sig med varerne.⁶⁹

Det skal først og fremmest bemærkes, at Kommissionen, hvad angår misbrug i forbindelse med den omstridte sag gør sig nogle tanker vedrørende artikel 4, stk. 3 i forordning nr. 2988/95, *om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser*, der indeholder en bestemmelse med følgende ordlyd: ”*Handlinger, som bevisligt har til formål at opnå en fordel, der er i modstrid med sigtet for de på området gældende fællesskabsregler, ved kunstigt at skabe de nødvendige forudsætninger for at opnå denne fordel, bevirker, alt efter tilfældet, enten at fordelene ikke indrømmes, eller at den tilbagekaldes.*”⁷⁰ (Egen fed markering) Det bemærkes, at forordningen på tidspunktet for sagens præjudicielle forelæggelse ikke fandt anvendelse, men at bestemmelsen, efter Kommissionens overbevisning, er et udtryk for et almindeligt retsprincip allerede gældende i Fællesskabet – her med henvisning til det almindelige retsprincip om misbrug af rettigheder. Generaladvokaten bekræfter i sit forslag til afgørelse, at der, uanset den tidsmæssige ugyldighed for bestemmelsen, kan udledes nogle retningslinjer i forhold til vurderingen af misbrug i den pågældende sag.⁷¹

Kommissionen bemærker således tre forhold, der skal være opfyldt, for at der kan være tale om misbrug af rettigheder. Et objektive element, bestående i et bevis for at omstændighederne omkring brugen af en rettighed er kunstigt skabt, hvormed menes, at den pågældende transaktion ikke har et erhvervsmæssigt formål, men udelukkende det formål at opnå den pågældende fordel. For at konstatere sådanne objektive forhold, er det Kommissionens opfattelse at formålet med den påberåbte rettighed bringes i anvendelse. Yderligere skal der ifølge Kommissionen

⁶⁸ C-110/99, *Emsland-Stärke* p. 7-11.

⁶⁹ C-110/99, *Emsland-Stärke* p. 14-15.

⁷⁰ Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 af 18. december 1995 *om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser*, jf. C-110/99, *Emsland-Stärke* p. 37-38.

⁷¹ Generaladvokat Albers forslag til afgørelse i C-110/99, *Emsland-Stärke* pkt. 64.

kunne identificeres et subjektivt element – det vil sige det faktum, at den pågældende transaktion er sat i værk for at opnå en økonomisk fordel, der synes i strid med formålet med ordningen inden for Fællesskabet. Slutteligt bemærker Kommissionen, at der også skal bestå et yderligere element i forhold til bevisbyrden.⁷²

Domstolen knytter ikke i sin afgørelse nogle direkte kommentarer til forordningens anvendelse, men anerkender, at vurderingen af, hvorvidt der er tale om misbrug af frihedsrettighederne skal foretages ud fra henholdsvis et objektive og et subjektivt element. Det objektive element består i en række omstændigheder, der medfører, at formålet med de anvendte fællesskabsbestemmelser ikke synes opfyldt, uanset at de eventuelle betingelser i bestemmelserne formelt set er opfyldt.⁷³ Det følger dermed af Domstolens afgørelse, som det også fulgte af den tidligere behandlede Centros, at det ved en vurdering af, om der er tale om misbrug af en given rettighed, er nødvendigt som udgangspunkt at opstille formålet med den pågældende rettighed, for at kunne vurdere, hvorvidt dette synes opfyldt eller ej i lyset af den omstridte transaktion eller etablering.⁷⁴ Kommissionen anfører i forbindelse hermed, at betingelserne for denne fordel skal være kunstigt skabt, hvormed menes, at den pågældende transaktion ”... ikke forfølger et selvstændigt økonomisk formål”, men udelukkende søger at opnå den omhandlende fordel. Domstolen har i sin afgørelse medtaget tanken om den kunstigt skabte transaktion i det subjektive element, hvorved skal forstås en intention om at opnå den pågældende fordel i medfør af fællesskabsretten ved kunstigt at skabe forudsætningerne for at opnå denne.⁷⁵

Det subjektive element synes umiddelbart i litteraturen at være omdiskuteret. En årsag hertil er blandt andet, at et sådan element synes at have en for bred anvendelse. Diskussionen omhandler hvorvidt det overhovedet synes nødvendigt at anvende en sådan betingelse. *“The abuse test..., after Emsland-Stärke case law, is an objective test, focusing on the purpose and scope of EC law: even when the subjective intention test is given application, the judge has to look at the objective circumstances to discover the taxpayer’s intention.”*⁷⁶ Den subjektive del af testen i Emsland-Stärke synes således i medfør ovenstående at have en objektiv natur. Dette grundet, at de objektive omstændigheder er dem, der som en helhed skal påvise de subjektive motiver.

⁷² C-110/99, *Emsland-Stärke* p. 39. Bevisbyrdeproblematikken vedrørende misbrug vil blive behandlet særskilt i senere afsnit 4.2.1.

⁷³ C-110/99, *Emsland-Stärke* p. 52.

⁷⁴ Dette følger af Kommissionens kommentarer i afgørelsens præmis 39 samt af Karsten Engsig Sørensen i *Common Market Law Review* vol. 43, 2006 s. 451.

⁷⁵ C-110/99, *Emsland-Stärke* p. 39 og ligeledes p. 53.

⁷⁶ Citat Paolo Piantavigna i *INTERTAX* 2009, vol. 37, issue 3, s. 171, med henvisning til Dennis Weber.

Disse kan således ikke i sig selv udgøre et bevis for, at der er tale om misbrug.⁷⁷ Dette bakkes op af det tidligere omtalte princip om, at det i EU-retten er accepteret, at Unionens rettigheder anvendes med det formål at udnytte en mere favorabel lovgivning, hvad enten der er tale om selskabslovgivning, skattelovgivning etc.

Det synes endvidere besværligt overhovedet at skulle vurdere en skatteydere motiver og intentioner – ligesom det synes vanskeligt at få en skatteyder til at indrømme, hvis hovedformålet med en given transaktion er at opnå eksempelvis en skattefordel, velvidende at dette forhold vil medføre at den pågældende transaktion vil blive kvalificeret som misbrug af rettighed.⁷⁸

Sammenfattende kan det af Domstolens afgørelse i *Emsland-Stärke* udledes, at misbrug foreligger, når en række objektive omstændigheder og subjektive motiver omkring en etablering eller transaktion beviser, at retten til en fordel synes skabt på kunstigt grundlag og at etableringen eller transaktionen er gennemført med sigte på en fordel, der synes uforenelig med formålet med fællesskabsbestemmelserne, uanset at de formelle forhold synes overholdt. I *Emsland-Stärke* var det et såkaldt u-turn, der fandtes omtvisteligt. Domstolen lægger i sin afgørelse vægt på det faktum, at varerne reimporteres umiddelbart efter frigivelsen til fri omsætning i tredjelandet, og bemærker yderligere, at det forhold, at der består et økonomisk og personligt forhold imellem parterne involveret – specielt med henblik på det salg der forgår i tredjelandet, kan tages i betragtning ved vurderingen af transaktionens kunstige karakter, og dermed, om der er tale om misbrug.⁷⁹

Kommissionen bemærker i sit indlæg til afgørelsen, at varerne praktisk talt er blevet reimporteret ved hjælp af de samme transportmidler, og at der heller ikke er sket hverken forarbejdning eller bearbejdning inden varerne reimporteredes tilbage til Fællesskabet. Domstolen tager dog ikke i *Emsland-Stärke* umiddelbart stilling til, om manglende forarbejdning eller bearbejdning er et forhold, der kan tages i betragtning ved vurderingen af, hvorvidt der er tale om misbrug af rettigheder. Et sådan forhold tager Domstolen dog stilling til i C-515/03, *Eichsfelder*, der ligeledes vedrører et u-turn, dog med varer, der i tredjelandet ”... *undergår en væsentlig bearbej-*

⁷⁷ Jf. hertil Karsten Engsig Sørensen i *Common Market Law Review* vol. 43, 2006 s. 451 og 457 samt Generaladvokat Maduros forslag til afgørelse i C-255/02, *Halifax*, der vil blive behandlet yderligere nedenfor.

⁷⁸ Martin Poulsen i *INTERTAX* 2013, vol. 41, issue 4, s. 243.

⁷⁹ C-110/99, *Emsland-Stärke*, p. 59.

ning eller forarbejdning”, inden disse reimporteres til Fællesskabet, hvorved motivet for misbrug umiddelbart frafalder.⁸⁰ I relation til det tidsmæssige aspekt, som omtalt ovenfor, så bemærkes det, at dette synes at være en af de omstændigheder, der kan tages i betragtning ved vurderingen af, hvorvidt formålet med en bevægelse inden for Unionen har til formål rent faktisk at bruge fællesskabsrettighederne efter deres formål, eller om det eneste formål er at opnå en given fordel i strid med formålet.⁸¹ Domstolen kommer i C-9/02, *du Saillant* frem til, at det kan være en indikation for at der er tale om misbrug, hvis en person kun for en meget kort periode tager ophold i en anden medlemsstat. Men det synes ikke givet *hvor* kort tid, der skal til, for at tidsmæssige forhold kan tages i betragtning ved vurderingen af misbrug.

Misbrugsbegrebet som defineret i Emsland-Stärke, er efterfølgende gentaget i flere afgørelser ved Domstolen og således også i C-255/02, *Halifax*,⁸² omhandlende en momsfrataget bank (med et momsfradrag på 5%), der igennem transaktioner, der passerede et datterselskab, der var fuldt momspligtigt, havde til formål at opnå fuldt momsfradrag. Det fremgår af C-425/06, *Part Service*, der søger at præcisere misbrugsbegrebet, ved at undersøge, ”... hvorvidt grænsen for retsmisbrug er nået, når de økonomiske overvejelser – ud over opnåelse af en afgiftsfordel – er ganske marginale eller irrelevante, og der ikke foreligger nogen anden forklaring”⁸³, at misbrugsbegrebet som fastlagt i C-255/02, *Halifax*, er udtryk for det almindelige retsmisbrugsbegreb, hvorfor der i det følgende vil blive knyttet nogle bemærkninger hertil. Misbrug foreligger ifølge *Halifax*, når de omtvistede transaktioner, uanset at de formelle betingelser formelt synes overholdt, medfører en afgiftsfordel, hvis tildeling strider imod formålet med bestemmelserne. Yderligere skal det fremgå af en række objektive omstændigheder, at hovedformålet med disse transaktioner er netop at opnå denne fordel.⁸⁴ Henset hertil synes der at være åbnet op for en skønsmulighed for de nationale retter for at vurdere, med hvilken grad formålet vedrører den pågældende fordel og i hvilken grad, der ligger andre virksomhedsrelaterede årsager bag den omtvistede transaktion.

⁸⁰ C-515/03, *Eichsfelder*, p. 41.

⁸¹ Se hertil Karsten Engsig Sørensen i *Common Market Law Review* vol. 43, 2006 s. 445-446.

⁸² Dennis Ramsdahl Jensen i *Festskrift til Jan Pedersen*, s. 178.

⁸³ C-425/06, *Part Service*, p. 31.

⁸⁴ C-255/02, *Halifax*, p. 74-75.

Retsstillingen vedrørende misbrug i Halifax synes en smule uklar, da Domstolen i samme ombering bemærker med henvisning til Generaladvokat Maduros forslag til afgørelse, at misbrugsbegrebet ingen relevans har i tilfælde, hvor der kan være en anden begrundelse for at foretage den pågældende transaktion end den blotte fordelsbetragtning.⁸⁵ Det præciseres i C-425/06, *Part Service*, at der i medfør af formuleringen i Halifax kan konstateres et misbrugstilfælde, hvor det primære formål med den omstridte transaktion er at opnå den pågældende fordel, for begge sagers vedkommende en afgiftsfordel. ”Misbrugsbetragtninger er således ikke begrænset til transaktioner, der **udelukkende** har til formål at opnå en afgiftsfordel, men også kan anlægges i forhold til transaktioner, der i et vist mindre omfang kan begrundes i kommercielle formål.”⁸⁶ (Egen fed markering)

Der synes af ovenstående citat at kunne udledes, at hvor en transaktion alene har som formål at opnå en, i dette tilfælde afgiftsfordel, er der tale om misbrug, og modsætningsvist kan det siges, at hvor en transaktion vil blive gennemført uden en afgiftsfordel realiseres, antages der ikke at kunne blive tale om misbrug.⁸⁷

Det domstolsskabte retsmisbrugsbegreb synes på baggrund af ovenstående analyse at finde anvendelse, hvor det primære formål med en given konstruktion (hvori indgår både transaktioner og etableringer), er at spekulere i EU-retten, og at denne uanset, at det formelle indhold heri synes accepteret, fremstår kunstig, hvorved en opnået fordel i medfør heraf vil være i strid med formålet med de påberåbte fællesskabsbestemmelser.⁸⁸ Det er vigtigt at bemærke, at der ikke nødvendigvis foreligger misbrug, og det er givet vis ikke i sig selv et udtryk for misbrug, at der gøres brug af de rettigheder, der følger af fællesskabsbestemmelserne, så længe at betingelserne for at opnå disse fællesskabsretlige fordele ikke opfyldes på baggrund af kunstige omstændigheder, der er i strid med Fællesskabsretten.

Kernen af retsmisbrugsbegrebet synes, henset til ovenstående, at være, at de EU-retlige bestemmelser anvendes imod formålet hermed, til at konstruere en mere fordelagtig situation, da den umiddelbare situation ikke findes ønskværdig. Dette uanset hvilket retsområde der i det pågældende tilfælde er tale om. Dette fremgår også af den tidligere behandlede afgørelse i *Kofoed* i

⁸⁵ C-255/02, *Halifax*, p. 75 med henvisning til Generaladvokat Maduros forslag til afgørelse pkt. 89.

⁸⁶ Citat Dennis Ramsdahl Jensen i Festskrift til Jan Pedersen, s. 178.

⁸⁷ Jakob Bundgaard i SU 2010, 111, s. 260.

⁸⁸ Se hertil Dennis Ramsdahl Jensen i Festskrift til Jan Pedersen, s. 178.

afsnit 2.1.1.2, hvorefter en analyse af misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet artikel 15, der antages at være et udtryk for det almindelige retsmisbrugsbegreb, synes at komme frem til samme resultat med formuleringen: ”... *transaktioner, som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i fællesskabsretten.*”⁸⁹ Udgangspunktet for den følgende behandling af misbrugsbegrebet i EU-skatte retten i afsnit 3.2 er, at det netop udledte retsmisbrugsbegreb danner kernen og dermed udgangspunktet for misbrugsbetragtningerne uanset retsområde,⁹⁰ men at der for hvert enkelt retsområde består nogle særlige hensyn, der således udmønter sig i nogle ekstra lag og dermed udvidelser til misbrugsbegrebet. Det vigtige i denne sammenhæng er at notere sig, at det skatteretlige misbrugsbegreb ikke må gå ud over det almindelige retsmisbrugsbegreb.⁹¹

⁸⁹ C-321/05, *Kofoed*, p. 38.

⁹⁰ For dette synspunkt se Jakob Bundgaard i SU 2010, 111, s. 260 og Paolo Piantavigna i INTERTAX 2009, vol. 37, issue 3, s. 170 med henvisning til Pasquale Pistone.

⁹¹ Rønfeldt (2013), s. 219. For kommentarer hertil se nedenstående afsnit 4.

3.2 Misbrugsbegrebet i EU-skatte retten

Af det tidligere anførte kan det udledes, at skattehensyn er accepterede hensyn, og det udgør dermed i udgangspunktet ikke misbrug af fællesskabsbestemmelserne, i det følgende mere specifikt etableringsretten, når koncerner ved valg af etableringsland inddrager skattemæssige motiver i sine overvejelser.⁹² Denne form for udnyttelse af de differentierede skatteregler, medlemsstaterne imellem, betegnes i nærværende speciale for lovlig skatteplanlægning. Det ovenfor analyserede retsmisbrugsbegreb finder ligeledes anvendelse på det EU-skatte retlige område, hvilket understøttes af det forhold, at Domstolen i nedenfor behandlede C-196/04, *Cadbury Schweppes* henviser tilbage til afgørelserne i henholdsvis C-212/97, *Centros*, C-110/99, *Emsland-Stärke* og C-255/02, *Halifax* som behandlet oven for i afsnit 3.1.

3.2.1 Rent kunstige arrangementer

Som det blev bemærket i ovenstående afsnit 3.1, så synes det EU-retlige misbrugsbegreb at have flere nuancer, alt efter hvilket retsområde dette skal anvendes på, og begrebet synes da også at skulle tillægges et yderligere niveau inden for skatterettens område, for at udnyttelse af frihedsrettighederne, som eksempelvis etableringsretten ikke ”... *udarter sig til et rent skattemæssigt tag-selv-bord.*”⁹³ Hermed menes, at det ikke skal accepteres, at selskaber på vilkårlig vis bestemmer, hvor beskatningen skal ske.⁹⁴ I modsætning til Domstolens afgørelse i *Centros*, der i forhold til etableringsretten accepterer en tilstedeværelse der kan karakteriseres som ren proforma, tillader skatteretten ikke denne form for konstruktioner, da grænsen imellem brug og misbrug af etableringsretten her drages ud fra, hvorvidt den pågældende etablering synes reel. Der opereres således med begrebet *rent kunstige arrangementer*⁹⁵ - et begreb der i flere af Domstolens afgørelser er blevet anvendt i forbindelse med retfærdiggørelse af en restriktiv lovgivning, men først i *Cadbury Schweppes* er søgt videre defineret af Domstolen, jf. afsnit 3.2.1.1 nedenfor.

⁹² Jf. Se hertil Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i TfS 2006, 603, s. 2228.

⁹³ Citat Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i SU 2006, 603, s. 2229.

⁹⁴ Jf. Rønfeldt (2010), s. 558 med henvisning til C-446/03, *Marks & Spencer*.

⁹⁵ Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i SU 2006, 603, s. 2229. Begreberne rent kunstige arrangementer og rent kunstige konstruktioner, vil i specialet anvendes som et og samme begreb. Se for anvendelse af begrebet C-264/96, *ICI*, vedrørende EU-Domstolens test af nationale regler om sambeskatning – og ligeledes C-9/02, *du Saillant*, vedrørende fiktiv afståelsesbeskatning af værdipapirer ved fraflytning.

3.2.1.1 C-196/04 Cadbury Schweppes

Cadbury Schweppes koncernen bestod af selskabet CS, hjemmehørende i UK og moderselskab i koncernen, og flere selskaber hjemmehørende i henholdsvis UK, andre medlemsstater og i tredjelande. To af selskaberne i koncernen, CSTS og CSTI, der indirekte ejedes gennem en kæde af datterselskaber med endnu et selskab, CSO, på toppen, var hjemmehørende i Irland og deres virksomhed bestod i at rejse midler, der skulle stilles til rådighed for datterselskaberne i koncernen. Den pågældende etableringskæde medførte en fordelagtig beskatning, der i CFC-lovgivningens forstand karakteriseredes som værende beskatning på et lavt niveau, hvorfor overskuddet i CSTI for regnskabsåret 1996 beskattedes umiddelbart i selskabets moderselskab CSO som CFC-indkomst. Koncernen fandt ikke en sådan skatteansættelse korrekt, hvorfor der anlagdes sag med påstand om, at den britiske CFC-lovgivning var i strid med Traktatens frihedsrettigheder i artikel 43, 49 og 56 EF. Den forelæggende ret stod over for en række spørgsmål, da denne i situationen tvivlede på anvendelsen af Fællesskabsretten.

I forbindelse med det præjudicielle spørgsmål stiller den britiske ret først og fremmest spørgsmålstegn ved, hvorvidt det at stifte og indskyde et selskab i en medlemsstat udelukkende med det formål at drage fordel af en fordelagtig skattelovgivning, er misbrug af de rettigheder, der følger af Traktaten. Det vil sige, om der er tale om brug eller misbrug af fællesskabsbestemmelserne, når et selskabs skattemæssige forhold søges optimeret gennem etableringer i medlemsstater med en mere fordelagtig skatteordning.⁹⁶ Yderligere spørger den britiske ret til, hvorledes den eventuelt restriktive CFC-lovgivning kan begrundes i hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse.

Hvad angår den forelæggende rets indledende overvejelser om sondringen mellem brug og misbrug af frihedsrettighederne i EU-rettens bestemmelser bemærker Domstolen nok engang, at fællesskabsbestemmelserne ikke kan påberåbes med henblik på misbrug, men som det ligeledes fremgår af C-212/97, *Centros*, jf. ovenstående afsnit 3.1.1.1, noterer Domstolen sig endvidere, at etableringsretten ikke kan begrænses udelukkende på baggrund af det forhold, at en skatteyder lader sig omfatte af en skattemæssigt mere fordelagtig lovgivning i en anden medlemsstat, end den skatteyderen er hjemmehørende i. Det vil sige, at skattemæssige hensyn er helt acceptable at inddrage i overvejelserne om, hvor en etablering skal foretages, og kan således ikke

⁹⁶ C-196/04, *Cadbury Schweppes* p. 13-24. Se hertil Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i TfS 2006, 603 vedrørende netop denne sondring.

udgøre misbrug af etableringsretten som et enkeltstående forhold i vurderingen.⁹⁷ Den blotte omstændighed, at CS i den pågældende sag har oprettet CSTS og CSTI i Irland ”... med det erklærede formål at drage fordel af den fordelagtige skatteordning, som opnås med en sådan etablering...”, ikke i sig selv kan udgøre misbrug.⁹⁸

For så vidt angår skatteunddragelse (her med lighedstegn til misbrug) som et tvingende alment hensyn, fastlægger Domstolen i Cadbury Schweppes, med henvisning til de tidligere kort omtalte ICI og du Saillant, at der skal være tale om et *kunstigt arrangement* førend hensynet kan retfærdiggøre en restriktion på etableringsfriheden. I Cadbury Schweppes søger Domstolen at definere, hvad der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der er tale om et kunstigt arrangement, og anvender her til, som det også er set tidligere i dette speciale, formålet med den EU-retlige frihed, hvis anvendelse søges anfægtet. Domstolen fastslår, at der bag ved den frie etableringsret er et integrationsformål, hvormed menes, at etableringsfriheden skal kunne give fællesskabsborgere mulighed for at kunne tage del i det økonomiske liv i en anden medlemsstat på en vedvarende og stabil måde, og således drage fordel heraf.

Af dette integrationsformål følger det, at der skal udøves en faktisk aktivitet i den pågældende etablering, med en fast indretning i et tidsrum, der ikke er nærmere angivet. Der skal således være tale om en faktisk tilstedeværelse, hvorfra der faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed. Indretningen må ikke være af midlertidig karakter. Det følger i denne sammenhæng af Domstolens afgørelse, at en restriktion på etableringsfriheden udelukkende kan begrundes i hensynet til bekæmpelse af misbrug, hvor formålet med den restriktive lovgivning er ”... at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat...”⁹⁹ Udledes kan det af Cadbury Schweppes, at misbrug foreligger hvor en etablering er kunstig, ikke bygger på nogen økonomisk realitet og søger at undgå en skat der normalvis ville være skyldig. Domstolen synes i afgørelsen at definere misbrug ved hjælp af såvel et subjektivt som objektive forhold, nøjagtig som det også sås i Emsland-Stärke ovenfor i afsnit 3.1.2.1. Et subjektivt forhold bestående i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, i den konkrete sag, for at undgå en normalt skyldig skat, og objektive omstændigheder, der ifølge Domstolen eksempelvis kan være graden af

⁹⁷ C-196/04, *Cadbury Schweppes* p. 23-24. Se ligeledes hertil Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i TfS 2006, 603, s. 2228.

⁹⁸ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, p. 38.

⁹⁹ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, p. 53-55.

en etablerings fysiske eksistens, målt på lokaler, personale og udstyr. De objektive omstændigheder skal ifølge Domstolen være identificerbare for tredjemand.¹⁰⁰

Det er i denne ombæring vigtigt at bemærke, at der hvad angår misbrugsbegrebet er tale om en undtagelse til og en restriktion af frihedsrettighederne, hvorfor en fortolkning skal ske indskrænkende. Dette indebærer en konkret vurdering af de objektive omstændigheder på *case by case* basis, hvorfor de i afgørelsen opstillede kriterier udelukkende skal ses som værende en del af flere elementer ved vurderingen af det pågældende arrangement og realiteten bag dette. Det skal således forstås sådan, at det handler om en vurdering af de objektive omstændigheder, og ikke specifikt de tre forhold opstillet i afgørelsen. ”*Afsløringen af et rent kunstigt arrangement svarer således i grunden til en komparativ analyse af indhold og form.*”¹⁰¹ De omstændigheder misbrugsbetragtningerne knyttes op på skal være tilpasset det pågældende selskabs aktivitet. Med andre ord kan der ikke stilles generelle krav til eksempelvis faciliteter eller personale, men at selskaber blot skal råde over hvad der synes *tilstrækkeligt* set i forhold til aktiviteten.¹⁰²

Ud over en vurdering af de objektive omstændigheder omkring en given etablering eller transaktion, så følger det også af Domstolens afgørelse i Cadbury Schweppes, at der skal foreligge en hensigt om at undgå en allerede skyldig skat. Sagt på en anden måde skal der være tale om en situation, hvor der potentielt vil bestå en skattepligt, hvis ikke den pågældende skatteyder ved en anvendelse af fællesskabsrettighedernes fordele konstruerer sig ud af denne. Domstolen synes i sine afgørelser at forbinde begrebet rent kunstige konstruktioner med hensigten om at undgå en allerede skyldig skat. Det bekræftes af Domstolens bemærkninger vedrørende begrebet rent kunstige arrangementer i flere afgørelser, herunder blandt andet C-231/05, *OY*, omhandlende underskudsfremførsel og C-105/07, *Lammers & Van Cleff*, vedrørende renters omkvalificering til skattepligtigt udbytte, der begge gentager formuleringen, og betinger anvendelsen af begrebet *rent kunstige arrangementer* med, at det omstridte arrangement skal medføre, at der undgås en skat, der uden arrangementets beståen var blevet en realitet i hjemstaten.

I ovenstående praksis synes der at være en vigtig sondring imellem opnåelsen af den blotte fordel, og så mere konkret at undgå en normalt skyldig skat. Det synes at ligge implicit, at der

¹⁰⁰ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, p. 67.

¹⁰¹ COM (2007), 785, s. 4.

¹⁰² Martin Poulsen i TFS 2011, 905, s. 6070.

skal foretages en proportionalitetstest ved anvendelsen af begrebet *rent kunstige arrangementer*, hvorfor medlemsstaterne således ikke må gå ud over, hvad der synes nødvendigt, hvor Fællesskabets frihedsrettigheder begrænses eller helt afvises. Derfor synes det af Cadbury Schweppes at skulle bemærkes, at medlemsstaternes mulighed for at kvalificere et arrangement som værende kunstigt ikke bør udvides, som denne mulighed umiddelbart synes gjort i C-330/07, *Jobra*, hvor begrebet ligeledes påberåbtes, men hvor Domstolen anvendte formuleringen ”... når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis eneste formål er at opnå en skattefordel.”¹⁰³ En skattefordel kan for så vidt udgøre mange ting, herunder scenarier, der ikke nødvendigvis indeholder undgåelse af skat i hjemstaten, men eksempelvis blot henstand og dermed udskydelse heraf, hvorfor formuleringen i *Jobra* umiddelbart synes for vidtgående.

Det fremgår i samme forbindelse, af den ovenfor behandlede Kofoed i afsnit 2.1.1.2, at der skal foreligge en hensigt om at undgå en allerede konstateret skattepligt, for at en given omstrukturering efter fusionsskattedirektivet kan falde ind under misbrugsbestemmelsen i direktivets artikel 15. Formuleringerne i Cadbury Schweppes og Kofoed synes således at stemme overens. En videre behandling af rækkevidden af de forskellige misbrugsbegreber vil ske i nedenstående afsnit 4. Uanset om der anlægges en fordelsbetragtning eller en betragtning om, at der skal bestå en subjektiv hensigt om at undgå en normalt skyldig skat, så synes de objektive omstændigheder og de omstridte transaktioners økonomiske realitet, henset til ovenstående, at have Domstolens primære fokus, hvilket understøttes af det faktum, at tab af skatteindtægter ikke af medlemsstaterne kan påberåbes som et hensyn, der kan retfærdiggøre en restriktiv lovgivning. Medlemsstaterne kan ikke regne med en skatteindtægt førend den pågældende transaktion er effektueret, hvorfor der således heller ikke er tale om misbrug, hvor en skatteyder konstruerer sig ud af en beskatning af indtægter, der foreligger i fremtiden, så længe en sådan konstruktion ikke foretages på kunstige vilkår, netop med det skattemæssige motiv som hovedformål.¹⁰⁴

Udledt af ovenstående betragtninger minder misbrugsbegrebet i EU-skatte retten mest af alt om en slags *substance over form* – betragtning, hvor selskaber, der umiddelbart synes etableret efter reglerne i et givent medlemsland, og dermed i udgangspunktet nyder etableringsrettens beskyt-

¹⁰³ C-330/07, *Jobra*, p. 35.

¹⁰⁴ Se hertil Rønfeldt (2013), s. 193.

telse, ikke består denne form for substanstest, hvorfor frihedsbestemmelsen ikke finder anvendelse på den pågældende transaktion.¹⁰⁵ Generaladvokat Léger diskuterer i sit forslag til afgørelse de kriterier som Kommissionen blandt andet henviser til –herunder niveauet af den fysiske tilstedeværelse, det faktiske indhold af den etablerede virksomhed samt den økonomiske værdi af virksomheden vurderet i forhold til den samlede virksomhed i hele koncernen. Hvad angår det andet og tredje kriterium bemærker Generaladvokat Léger således at det kan undersøges, hvorvidt selskabets personale besidder de relevante egenskaber, der synes nødvendige for at selskabet kan udføre den aktivitet der påstås udført. Yderligere kan det tages med i vurderingen, hvorvidt den indkomst der allokeres til selskabet er retvisende for den aktivitet der finder sted.¹⁰⁶ Der kan for så vidt på det generelle plan udledes, at kravet til tilstedeværelse er et spørgsmål om, at den skattepligtige indkomst eller for den sags skyld den fradragsberettigede udgift skal stå i et rimeligt forhold til den aktivitet, der synes at være i den omstridte etablering.¹⁰⁷

Henset til det ovenstående synes misbrug således at foreligge, hvor en etablering sker i en anden medlemsstat alene med det formål at *undgå en allerede konstateret skat* i den umiddelbare hjemstat. Dette eksempelvis som det behandles i det senere afsnit 6, hvor der etableres et selskab i et land med lav beskatning for at låne penge til det primære selskab i en medlemsstat med væsentlig højere beskatning, således at der skabes et skattemæssigt fradrag for dette selskab, samtidig med at renten for dette lån beskattes med en lempelig sats i etableringsstaten. I en sådan situation synes etableringen udelukkende at være foretaget for at skabe det skattemæssige fradrag for selskabet beliggende i medlemsstaten med høj beskatning, sådan at dette selskab kan undgå den ellers normalt skyldige skat.¹⁰⁸ Endvidere vil en konstruktion, hvor der *efterfølgende* indskydes et holdingselskab, som skal fungere som skattemæssigt bindeled imellem eksempelvis et dansk selskab og dets ejere uden for EU således, at der kan undgås en ellers normalt skyldig kildeskat til Danmark, formodentligt ligeledes kunne anfægtes som værende misbrug af EU-retten. Problemstillingen omkring holdingselskaber vil blive uddybet yderligere i nedenstående afsnit 6.

¹⁰⁵ For betragtninger vedrørende substanskravet og en eventuel ligestilling med den danske realitetsgrundsætning, se Werlauff (2014), s. 407-408. Se ligeledes Dennis Ramsdahl Jensen i Festskrift til Jan Pedersen, s. 173, der sonderer imellem realitets- og misbrugsbetragtninger, men dog bemærker, at det i praksis synes uklart hvor grænsen herimellem drages, jf. note 9.

¹⁰⁶ Martin Poulsen i INTERTAX 2013, vol. 41, issue 4, s. 240.

¹⁰⁷ Se hertil Rønfeldt (2013), s. 236 og ligeledes Martin Poulsen i INTERTAX 2013, vol. 41, issue 4, s. 240.

¹⁰⁸ For denne opfattelse, se Rønfeldt (2013), s. 246.

Bemærkes skal det i relation til problemstillingen vedrørende lån imellem koncernforbundne med hjemsted i hver sin medlemsstat, at det fremgår af C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, at den blotte omstændighed, at der ydes lån imellem koncernforbundne med hjemsted i hver sin medlemsstat ikke kan skabe en generel formodning, for at der er tale om misbrug, og bekræfter efterfølgende det netop udledte af Cadbury Schweppes, at der skal være tale om et kunstigt arrangement, uden nogen økonomisk realitet, der søger at undgå en normalt skyldig skat.¹⁰⁹ Endvidere kommer Domstolen i afgørelsen med et fortolkningsbidrag til, hvilke objektive omstændigheder, der i den pågældende sagstype kan vurderes på. Det fremgår således, at koncerninterne lån, foretaget imellem flere medlemsstater kan vurderes ud fra et armslængdeprincip. Det leder til, at koncerninterne lån imellem medlemsstater, der ikke er foretaget på armslængdevilkår – det vil sige vilkår, som låneprovener samt rente, aftalt uden en særlig forbindelse selskaberne imellem, kan skabe en formodning for, at der er tale om kunstige transaktioner, der kan betragtes som misbrug.¹¹⁰

Domstolen i Cadbury Schweppes eksemplificerer sin vurdering af rent kunstige arrangementer igennem såkaldte postkasse- og skærmselskaber som defineret i C-341/04, *Eurofoods IFSC* (herefter Eurofoods). I afgørelsen i Eurofoods ligger der i ordene postkasse- og skærmselskab, at der ingen faktisk virksomhed udøves i det land, hvor den omdiskuterede etablering har hjemsted. Med denne eksemplificering klarlægger Domstolen i afgørelsen i Cadbury Schweppes den forskel der består selskabsretten og skatteretten imellem, da det fremgår af afgørelsen i Centros, at sådanne selskaber uden en økonomisk aktivitet netop civilretligt er accepteret. I den konkrete situation i Cadbury Schweppes var datterselskabet CSTI udtryk for en reel etablering, hvilket underbygger, at selskaber, der virker som finansieringsselskab for en hel koncern således ikke antages at falde ind under begrebet *kunstig konstruktion*, da et sådan finansieringsselskab synes at tage del i værtsmedlemsstatens økonomi, og dermed falder i tråd med etableringsrettens integrationsformål.

Sammenfattende kan det om det EU-retlige misbrugsbegreb på EU-rettens nuværende udviklingstrin udledes, at misbrug kan påberåbes, hvor der består såvel et subjektivt som et objektivi

¹⁰⁹ C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, p. 73-74.

¹¹⁰ C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, p. 81.

element. Et subjektivt element bestående i hensigten om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne til undgåelse af en normalt skyldig skat, og et objektive element bestående i, at formålet med de påberåbte fællesskabsbestemmelser ikke synes forfulgt, uanset at et sådan formål formelt set synes opfyldt. Det subjektive element synes som konstateret ovenfor at være en omdiskuteret faktor i forhold til misbrugsbetragtningen, men Domstolen synes ikke desto mindre alligevel at tillægge den subjektive intention en væsentlig betydning i såvel Emsland-Stärke som Cadbury Schweppes. Følgende bekræfter som også tidligere bemærket, at den subjektive hensigt formodentligt antager en sekundær karakter set i forhold til substansen og realiteten som udtrykt gennem de objektive kriterier: ”... *if there is an effective economic transaction on the basis of objective criteria which third parties can ascertain, the tax motive becomes irrelevant, even if it is significantly more important than the economic content of the transactions.*”¹¹¹

¹¹¹ Citat Frans Vanistendael i EC TAX REVIEW 2006/4, s. 195.

4 Misbrugsbegrebets udstrækning

Det primære fokus i det følgende afsnit er de forskelligheder i definitionen af misbrug, der følger af hele den ovenstående fremstilling. Dette være sig særligt den sondring der består selskabsretten og skatteretten imellem. Fokus er på det generelle retsmisbrugsbegreb, der for så vidt ikke må udvides igennem hverken de sekundære retsakters specielle misbrugsbestemmelser eller igennem misbrugsbegrebet som defineret inden for skatteretten. Netop de specielle misbrugsbestemmelser som affattet i de sekundære retsakter, jf. ovenstående afsnit 2 kan betragtes som værende en form for kodificering af det generelle misbrugsbegreb, hvorfor disse bestemmelser således også skal fortolkes i overensstemmelse hermed.¹¹²

4.1 Moder-/datterselskabsdirektivet og CCCTB

Der skal i nærværende afsnit indledningsvist knyttes nogle bemærkninger til den nylige ændring i moder-/datterselskabsdirektivet som kort gennemgået oven for i afsnit 2.2. Ændringen indfører som tidligere beskrevet en generel klausul til bekæmpelse af misbrug, der ud fra ovenstående betragtninger skal fortolkes i overensstemmelse med, og ikke må gå videre i beskyttelsen af medlemsstaternes interesser, end det oven for definerede misbrugsbegreb. Den endelige formulering i ændringsdirektivet 2015/121/EU, synes ud fra den umiddelbare analyse af ordlyden i ovenstående afsnit 2.2 at være for vidtgående og således i strid med den primære EU-ret, Traktaten. For at skitsere netop denne uoverensstemmelse, skal der drages nogle paralleller til den generelle regel til bekæmpelse af misbrug, som formuleret i forslaget til CCCTB, jf. ovenstående afsnit 2.3. Denne synes ud fra sin ordlyd at skitsere netop kernen i det EU-retlige misbrugsbegreb på skatterettens område, med sin anvendelse af såvel begrebet *kunstige transaktioner* som betragtningen om, at der skal foreligge en hensigt om at *undgå beskatning*.

Ændringen i moder-/datterselskabsdirektivet synes ikke at følge den samme linje – dette uanset, at Kommissionens henstilling i C(2012) 8806 lægger op til en formulering indholdene disse elementer. Ændringen i moder-/datterselskabsdirektivet kan således bidrage til den diskussion, der kortvarigt i afsnit 3.2.1.1 blev introduceret, hvori der blev sat spørgsmålstegn ved formule-

¹¹² Paolo Piantavigna i EC TAX REVIEW 2011/3, s. 140. Se ligeledes COM (2013) 814, der pointerer vigtigheden af, at medlemsstaterne ikke går videre end EU-rettens generelle princip, og at medlemsstaternes foranstaltninger imod misbrug ikke må være uforenelige med EU-rettens grundlæggende frihedsrettigheder, jf. s. 6.

ringen anvendt i afgørelsen i C-330/07, *Jobra*. I Domstolens afgørelse i *Jobra* såvel som i ændringen til moder-/datterselskabsdirektivet benyttes udtrykket *at opnå en skattefordel*, hvilket henset til ovenstående samt den omtalte diskussion synes at række videre end det definerede misbrugsbegreb i afsnit 3. Misbrugsbestemmelsen synes som en helhed at være formuleret i bredere og mere generelle vendinger, end både de formuleringer, der fremgår af ovenstående definition af misbrugsbegrebet, samt formuleringen i forslaget til CCCTB. Som bemærket i den tidligere behandling af direktivændringen, er begrebet *kunstige arrangementer* ikke anvendt, som udtryk for de arrangementer, der i medfør af bestemmelsen kan afvise de fordele, der følger af direktivet, men derimod *ikke reelle arrangementer*. Det synes således at følge af ordlyden af misbrugsbestemmelsen, at der ikke ubegrænset ved anvendelsen heraf, kan støttes ret på de betragtninger, der følger af Cadbury Schweppes vedrørende kunstige arrangementer. Derimod lægges der formodningsvist ved afgrænsningen af, hvad der ikke er reelt i artiklens stk. 3, op til, at der skal skeles til anvendelsen af misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet og udtrykket heri *gyldige forretningsmæssige årsager*, jf. ovenstående afsnit 2.1.1.

Et vigtigt element i formuleringen af den generelle misbrugsbestemmelse i ændringen til moder-/datterselskabsdirektivet formodes at ligge i udtrykket *der virker mod indholdet eller formålet med dette direktiv*, der således synes at inddrage det vigtige element fra ovenstående analyse af misbrugsbegrebet, at formålet med den påberåbte retsakt, skal inddrages i eventuelle misbrugsbetragtninger. Denne anskuelse formodes således at bløde op for den eventuelle strikthed, der måtte foreligge i forhold til det generelle misbrugsbegreb som defineret ovenfor.

4.2 Krav om substans og realitet i EU-skatte retten

Efter en analyse af såvel misbrugsbegrebet i C-212/97, *Centros* som misbrugsbegrebet i C-321/05, *Kofoed*, fremstår det med ret stor overbevisning, at der består en væsentlig forskel, i de krav der stilles til en given etablerings eller transaktions substans, alt efter, om der er tale om civilretlig vurdering eller en skatteretlig. I C-212/97, *Centros*, tillades det, at etableringsretten udnyttedes til omgåelse af de danske kapitalkrav, og etableringsretten skildres således i afgørelsen som værende nærmest ubegrænset, med en absolut ret til sekundær etablering, og således en accept af oprettelsen af etableringskæder, uanset en ren proforma tilstedeværelse i hjemstaten for den primære etablering. Udgangspunktet er således, at et selskab etableret i en anden medlemsstat, fuldt ud efter lovgivningen for selskabsetableringer i den pågældende stat, under alle

omstændigheder vil være omfattet af denne medlemsstats lovgivning – også medlemsstatens skattelovgivning.

En sådan mangel på substans synes skatteretten ikke at acceptere, hvilket først og fremmest søges udtrykt igennem fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse i artikel 15, og Domstolens afgørelse i C-321/05, *Kofoed*. En udnyttelse af de fordele, der følger af fusionsskattedirektivet forudsætter i medfør af afgørelsen i *Kofoed*, at det ikke blot er de formelle forhold omkring en omstrukturering, der skal være opfyldt, men ligeledes skal der foretages en form for realitetsvurdering af den pågældende transaktion, med henblik på at vurdere, hvorvidt realiteterne omkring forholdet lever op til de formelle omstændigheder. Det er i forhold til fusionsskattedirektivets formulering vigtigt at bemærke, at overvejelserne omkring omstruktureringer altid vil bære præg af skattemæssige overvejelser, hvorfor der således implicit formodes at ligge i formuleringen i misbrugsbestemmelsen i artikel 15, at en skatteyder kan pålægges at bevise, at en fordel efter direktivets bestemmelser, ud fra en samlet vurdering af realiteterne, berettiget er udnyttet af denne.¹¹³ I relation her til, vil der i afsnit 4.2.1 knyttes nogle flygtige bemærkninger til denne umiddelbare mulighed for medlemsstaterne til at vende bevisbyrden, hvor en skatteyder søger at opnå en fordel, enten gennem de sekundære retsakter eller Traktatens frihedsbestemmelser.

I overensstemmelse med det udledte krav til realitet i afgørelsen i *Kofoed*, består der i afgørelsen i *Cadbury Schweppes* ligeledes en form for substanstest ved vurderingen af, hvorvidt en etablering udgør et kunstigt arrangement. Domstolen bestrider ikke afgørelsen i *Centros* for så vidt gældende retten til fri etablering, uanset hvor denne etablering måtte finde sted og med hvilken form.¹¹⁴ Dog skitserer afgørelsen i *Cadbury Schweppes* den allerede omtalte forskel, der synes at foreligge ved grænsedragningen mellem brug og misbrug af etableringsretten. Skatteretten accepterer ikke rene proformainstrumenter som skærm- og postkasseselskaber, men kræver, at en etablering og aktiviteterne heri er reelle.¹¹⁵ Domstolen synes i medfør af afgørelsen i *Cadbury Schweppes* at acceptere, at skatteretten går et spadestik dybere i sin fortolkning af etableringsretten og formålet hermed, og således stiller krav om deltagelse i det økonomiske liv i etableringsstaten.

¹¹³ Jf. Sanne Neve Damgaard i SU 2008, 88, s. 270.

¹¹⁴ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, p. 37-38.

¹¹⁵ Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i TfS 2006, 603, s. 2229.

Kernen i substans- og realitetsbetragtningerne i afgørelsen i Cadbury Schweppes synes at bestå i, at skatteretten udelukkende vil acceptere en udnyttelse af den frie etableringsret, så længe der kan påvises en grad af substans og realitet i denne, hvad enten der er tale om den konkrete etableringssituation eller transaktioner, der foretages i medfør heraf. Søger en skatteyder således at flytte et skattetilsvær imellem to medlemsstater, vil der, i medfør af disse realitetsbetragtninger, bestå et krav om, at den dertilhørende aktivitet ligeledes flyttes fra den ene medlemsstat til den anden, for at blive omfattet af den pågældende skattelovgivning og dermed ikke at falde ind under betegnelsen *rent kunstige arrangementer*, der har til hensigt *at undgå en allerede konstateret skyldig skat*.¹¹⁶ Det synes for så vidt at være aktivitetens omfang, der således udgør det springende punkt, hvilket i relation til afsnit 6 både komplicerer, men på samme vis også udgør et vigtigt element i diskussionen om, hvorvidt holdingselskaber kan anfægtes som værende misbrug af EU-retten, da holdingselskaber per definition har en begrænset, hvis overhovedet nogen anden aktivitet end at eje kapitalandele.

Henset til ovenstående sondring imellem den civilretlige og den skatteretlige accept af udnyttelsen af retten til fri etablering, skal der knyttes en kommentar til rækkevidden af EU-skatterettens misbrugsbetragtninger. Henset til ovenstående speciale er udgangspunktet, at der ikke på en utilsigtet måde, kan ske en udnyttelse af de muligheder, der eksempelvis er for fri bevægelighed, herunder etableringsretten.¹¹⁷ I EU-skatte retten må kunstigt opstillede forudsætninger for opnåelsen af en fordel i medfør af fællesskabsbestemmelserne, for så vidt gældende denne generelle betragtning, ligestilles med en utilsigtet udnyttelse af EU-rettens bestemmelser, hvorfor misbrugsbetragtningerne inden for skatteretten synes at gå ganske godt i tråd med de indledende bemærkninger til det generelle misbrugsbegreb oven for i afsnit 3. Misbrugsbetragtningerne i EU-skatte retten antages ligeledes at anerkende de generelle betragtninger om, at det ikke udgør misbrug at unddrage sig en skattepligt i Danmark, hvis en skatteyder på reel vis indretter sin virksomhed og sine transaktioner efter at svare mindst muligt i skat, og derfor lader sig underlægge lovgivningen i en anden medlemsstat. Det bekræfter de tidligere anførte betragtninger om, at den blotte udnyttelse af retten til fri etablering ikke i sig selv kan anses som værende et udtryk for misbrug – dette uanset, at en udnyttelse heraf umiddelbart er et udtryk for skatteplanlægning. Misbrug må modsætningsvist formodes at kunne anfægtes i skatteretten,

¹¹⁶ Karsten Engsig Sørensen i SU 2008, 84, s. 231-232.

¹¹⁷ Se hertil Paolo Piantavigna i EC tax review 2011-3, s. 146, der beskriver misbrug i generelle vendinger som: "... individuals must not improperly take advantage of provision of Community Law."

hvor en skatteyder via kunstige arrangementer søger at flytte en indkomst, der umiddelbart er skattepligtig i én medlemsstat, og derved få denne til at fremtræde som værende skattepligtig i en anden medlemsstat.¹¹⁸ Dette hvad enten det sker igennem eksempelvis en undgåelse af en konstateret kildeskattepligt eller ved en nedsættelse af den skattepligtige indkomst i aktivitetsstaten ved hjælp af lånearrangementer etc.

Nærværende afsnit sluttet henset til ovenstående betragtninger bedst af med følgende citat: *”Det må derfor også konkluderes, at spørgsmålet om misbrug af EU-retten og ”kunstige arrangementer” ikke nødvendigvis blot er et spørgsmål om at vurdere tilstedeværelsen af lokaler, personale og udstyr, men at konstateringen af misbrug nok nærmere forudsætter en vurdering af de økonomiske realiteter i konkrete transaktioner, selskabsetableringer m.v. og de skattemæssige følger, som vil være en konsekvens heraf.”*¹¹⁹

4.2.1 Dokumentationspligt og -ret

De anførte bemærkninger vedrørende omvendt bevisbyrde i afsnit 4.2 skal ikke forstås som omvendt bevisbyrde i sin bogstavelige forstand, hvorfor en skatteyder ikke kan pålægges at føre bevis for, at der *ikke* er tale om misbrug, men nærmere som en form for dokumentationspligt. Det vil sige, at det er accepteret af Domstolen, at skatteyderen pålægges at dokumentere, at denne er berettiget til at udnytte en EU-retlig fordel, og dermed opfylder betingelserne herfor. Dette under iagttagelse af proportionalitetsprincippet, hvorfor det ikke skal ses som værende en endegyldig mulighed for medlemsstaterne til at vende bevisbyrden, hvor en skatteyder drager nytte af de fordele, der følger af EU-retten. Princippet herom kan, blandt flere af Domstolens afgørelser, udledes af C-310/09, *Accor* (herefter *Accor*), omhandlende et moderselskab, der i en periode modtog udbytte fra sine datterselskaber, beliggende i andre medlemsstater, og i forbindelse med en videreudlodning heraf, betalte forskudsskat. En sådan forskudsskat kunne, i de tilfælde, hvor udbyttet var modtaget fra et hjemmehørende datterselskab, godtgøres i medfør af den franske lovgivning, men ikke, hvor udbyttet var modtaget af ikke-hjemmehørende datterselskaber. I afgørelsen bemærker Domstolen, at skattemyndighederne har ret til at kræve, at skatteyderen ved påberåbelsen af en fordel godtgør, at denne er berettiget hertil.¹²⁰ Pligten til at

¹¹⁸ Karsten Engsig Sørensen i SU 2008, 84, s. 232.

¹¹⁹ Citat Martin Poulsen i TFS 2011, 905, s. 6078.

¹²⁰ C-310/09, *Accor*, p. 82.

godtgøre berettigelsen af en fordel, må dog ifølge *Accor* ikke gå ud over det nødvendige, hvorfor denne ikke kan kræves at ske på en bestemt form, og at de pågældende informationer ikke, synes umulige og uforholdsmæssigt vanskelige at anskaffe.¹²¹

Endvidere må det antages, at denne dokumentationspligt kun kan pålægges skatteyderen, hvor en, som i dette tilfælde, etableringskæde medfører en risiko for misbrug, herunder en risiko for, at en sådan kan anvendes til at undgå en allerede konstateret skattepligt.¹²² Dette synes for så vidt i overensstemmelse med de oven for anførte bemærkninger vedrørende formodningsreglen i fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse, hvor det må antages, at en skatteyder, der ønsker at drage fordel af direktivets bestemmelser, udelukkende kan pålægges dokumentationspligten, hvor der i udgangspunktet *ikke* synes at foreligge en gyldig forretningsmæssig årsag til den pågældende omstrukturering. Denne umiddelbare mulighed for at vende bevisbyrden om, må også formodes at have karakter af en dokumentationsret, således at skatteyderen ikke blot kan pålægges at godtgøre en berettiget fordel, men ligeledes kan påberåbe sig retten til at godtgøre, at denne er berettiget til at drage fordel af en given fællesskabsbestemmelse. I den allerede omtalte afgørelse i *C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, fremgår det således, at en umiddelbart restriktiv lovgivning, der bygger på en vurdering af objektive omstændigheder, ikke går for vidt, hvor der i den omstridte bestemmelse er levnet skatteyderen en mulighed for at dokumentere, at der rent faktisk består forretningsmæssige bevæggrunde for den pågældende transaktion.¹²³

¹²¹ C-310/09, *Accor*, p. 99-100.

¹²² Jf. Rønfeldt (2013), s. 213.

¹²³ Se hertil *C-524/04, Test Claimant in the Thin Cap Group Litigation*, p. 82. Se ligeledes *C-423/00, Lankhorst-Hohorst*, hvor Kommissionen for så vidt antages at anerkende denne dokumentationsret, med en bemærkning til den i sagen omstridte lovgivning, der således levner skatteyderen en mulighed for at godtgøre, at det anfægtede lån kunne være optaget hos en tredjemand på de vilkår, der gjorde sig gældende moder- og datterselskabet imellem.

5 Konklusion

Fokus i nærværende speciale er på grænsen imellem den lovlige EU-retsbeskyttede skatteplanlægning, der udspringer af mangel på harmonisering på området for direkte skatter, og den ulovlige misbrug, der ikke på samme vis kan antages at være beskyttet af de EU-retlige bestemmelser. Grænsen er søgt draget ved hjælp af en undersøgelse af, hvorledes EU-retten, på dennes nuværende udviklingstrin definerer misbrugsbegrebet, både for så vidt gældende det klart lovfæstede misbrugsbegreb i de sekundære retsakter som det EU-domstolsskabte grundprincip – generelt såvel som det mere specifikke på skatterettens område. Det er ubestridt af EU-Domstolen, at fællesskabsbestemmelserne ikke er ment til at skulle anvendes i en misbrugshensigt, og anerkender således medlemsstaternes mulighed for at møde sine borgere med foranstaltninger til hindring heraf.

Indledningsvist kan det om misbrugsbegrebet som defineret i fusionsskattedirektivet konkluderes, at udtrykket *gyldige forretningsmæssige årsager* i bestemmelsens formodningsregel ikke kan udstrækkes til at gælde fordele, der udelukkende har karakter af skattemæssige fordele, jf. afgørelsen i Leur-Bloem. Et indicium herfor kan være, at en omstrukturering foretages for en forholdsvis kort periode eller en udbytteudlodning foretages i nær tilknytning til en aktieombytning. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at strukturændringer og koncernstrukturer i langt de fleste tilfælde er båret af blandt andet skattemæssige overvejelser, hvorfor der lægges op til en vurdering af realiteterne bag den omstridte transaktion sat op imod formålet med henholdsvis fusionsskattedirektivet og misbrugsbestemmelsen heri. Af Kofoed kan det konkluderes, at det forhold, at en skatteyder søger at *undgå en allerede konstateret skattepligt*, kan være en indikation for, at der er tale om misbrug – henset her til vil det således være den *efterfølgende transaktion* der af medlemsstaterne kan anfægtes som værende misbrug af rettighederne.

Det kan endvidere konkluderes, at misbrugsbegreberne i de sekundære retsakter kan anses som en form for kodificering af det generelle misbrugsbegreb, hvorfor disse følgelig fortolkes i overensstemmelse hermed. Domstolen bemærker således i Kofoed, at misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet er et udtryk for det almindelige retsmisbrugsbegreb, men for at begrebet kan finde anvendelse kræver det en implementering igennem national lovgivning. Hvis en sådan ikke kan identificeres, vil det ikke være muligt for medlemsstaterne at påberåbe sig det

generelle retsmisbrugsbegreb, hvorved muligheden for at anfægte den pågældende transaktion forpasses.

Hvad angår den nylige ændring af misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet konkluderes det, at denne med sin formulering, og udtryk som *ikke reelle og skattefordel*, umiddelbart synes for vidtgående, da anvendelsesområdet efter en ordlydsfortolkning synes udvidet. Betragtningen ansues i specialet ud fra en sammenligning med den misbrugsbestemmelse, der følger af forslaget til CCCTB, der netop anvender udtryk som *kunstige transaktioner* og *undgå beskatning* i sin ordlyd, og således lægger sig op af misbrugsbegrebet som defineret i henholdsvis Kofoed og Cadbury Schweppes.

Efter de indledende betragtninger vedrørende misbrugsbegrebet som defineret i de sekundære retsakter, er misbrugsbegrebet i sin egenskab af et EU-domstolsskabt retsprincip søgt defineret, og det kan her af konkluderes, at etableringsretten i udgangspunktet synes ubegrænset, hvorfor det ikke i sig selv kan udgøre misbrug af etableringsretten, at selskaber disponerer ud fra, at der i en anden medlemsstat findes en mindre byrdefuld lovgivning, som det eksempelvis gjorde sig gældende i Centros. Med udgangspunkt i formålet med etableringsretten fastlægger Domstolen således, at det er accepteret, at søge at unddrage sig lovgivningen i én medlemsstat, såfremt en anden medlemsstats lovgivning påtages. Dette udgangspunkt finder for så vidt også anvendelse på skatteretlige dispositioner, hvilket i nærværende speciale må betegnes som værende den lovlige skatteplanlægning, beskyttet af EU-retten.

Endvidere kan det om det generelle misbrugsbegreb konkluderes, at der ved en positiv afgrænsning heraf skal iagttages såvel et objektivt som et subjektivt element. Et objektivt element bestående i en vurdering af, hvorvidt formålet med de påberåbte fællesskabsbestemmelser ikke synes opfyldt, ud fra en række omstændigheder, uanset at de formelle betingelser i udgangspunktet er opfyldt – og et subjektivt element udtrykt i en vurdering af, hvorvidt ønsket har været at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de forudsætninger, der gælder herfor. Uanset at sidstnævnte ud fra nærværende studie synes omdiskuteret, kan det konkluderes, at Domstolen ikke desto mindre betragter såvel det subjektive element som det objektive ved sine efterfølgende afgørelser. Henset her til kan det konkluderes, at kernen i det generelle misbrugsbegreb består i, at fællesskabsbestemmelserne anvendes på en utilsigtet måde i strid med

formålet hermed. De rettigheder der følger af Fællesskabsretten anvendes således til at konstruere en mere fordelagtig situation, men på baggrund af nogle kunstige forudsætninger for anvendelsen heraf.

For så vidt gældende misbrugsbegrebet, som det finder anvendelse på skatterettens område konkluderes det, at den netop udledte kerne i det generelle misbrugsbegreb danner udgangspunktet herfor. Dog består der inden for skatteretten nogle særlige hensyn, der skal forhindre, at der ikke bliver tale om et ”*skattemæssigt tag-selv-bord*”, hvor selskaberne, med aktivitet inden for Unionen, selv på vilkårlig vis kan bestemme stedet for beskatning. Der kan ud fra Domstolens afgørelse i C-196/04, *Cadbury Schweppes* konkluderes, at misbrug foreligger, hvor der er tale om et *kunstigt arrangement*, uden nogen økonomisk *realitet*, med henblik på at *undgå en normalt skyldig skat*. Domstolen anvender således en betragtning af de objektive og subjektive omstændigheder, og specielt hvad angår de objektive omstændigheder opstiller Domstolen et krav om, at det er identificerbart for tredjemand, at formålet med etableringsretten er opfyldt – her specielt det integrationsformål, der følger heraf. Konkluderes kan det, at vurderingen af en given konstruktions karakter, det vil sige om denne er kunstig eller ej, skal foretages på baggrund af de objektive omstændigheder, herunder eksempelvis graden af den *fysiske eksistens*, som udtrykt ved *lokaler, personale og udstyr*. Det konkluderes endvidere, at vurderingen skal foretages under iagttagelse af proportionalitetsprincippet, og dermed på *case by case* basis, hvorfor en sådan skal tilpasses den konkrete aktivitetsudøvelse.

Det kan på baggrund af Kofoed og Cadbury Schweppes sat op imod afgørelsen i Centros konkluderes, at det EU-skatte retlige misbrugsbegreb opererer med en form for krav om *substance over form*, i situationer, hvor de civilretlige forudsætninger umiddelbart synes opfyldt, men hvor substansen og realiteterne bag ved den omstridte transaktion ikke synes at have andre motiver end skattemæssige. Grænsen imellem lovlig skatteplanlægning og ulovligt misbrug skal henset her til drages, hvor fællesskabsbestemmelserne anvendes på en utilsigtet måde, hvormed menes, at en fællesskabsretlig fordel opnås i strid med formålet hermed. Dette uanset at de formelle betingelser for så vidt synes opfyldt. Misbrug kan, henset til dette speciale i sit hele, bedst defineres som *den efterfølgende transaktion*, der har til hensigt at *undgå en normalt skyld skat*.

6 Misbrugsbegrebet og etablering af et holdingselskab

Til konkretisering af det netop definerede misbrugsbegreb i EU-skatte retten, skal der i nærværende afsnit perspektiveres til, hvorvidt det vil være muligt at underkende eksistensen af et holdingselskab som etableret i eksempelvis sagerne vedrørende det danske selskab ISS. Konstruktionen i de danske sager bestod af flere holdingselskaber i både Danmark og Luxembourg, indskudt imellem det danske selskab og de umiddelbare ejere, bestående af kapitalfonde i henholdsvis Delaware i USA, på Guernsey, i Tyskland og på Bermuda. Der kunne i medfør af denne struktur undgås dansk kildeskat af udbytte udloddet til moderselskabet i Luxembourg, og ligeledes var rentebetalinger betalt til samme selskab fritaget for kildebeskatning. Det fremgår af sagen, at melleholdingselskaberne ikke havde anden aktivitet end at eje samt finansiere deres datterselskab.¹²⁴

De danske skattemyndigheder anfægtede det pågældende arrangement med henvisning til begreberne *beneficial owner* og *gennemstrømning*, og gjorde gældende, at holdingselskabet i Luxembourg fremstod som tomt uden nogen form for ret til at disponere over henholdsvis det modtagne udbytte og de modtagne renter. Skattemyndighederne fik ikke hverken ved Landskatteretten eller Østre Landsret medhold heri, blandt andet begrundet med det forhold, at holdingselskabet i Luxembourg ikke umiddelbart videreførte de modtagne midler til de ultimative ejere, hvorfor der umiddelbart ikke kunne være tale om *gennemstrømning*. Der bør i denne forbindelse knyttes nogle kommentarer til, hvorvidt denne holdingstruktur ikke nærmere burde have været anfægtet som værende misbrug af EU-rettens rettigheder, for at stille et kritisk spørgsmålstejn ved en konstruktion som denne, der for så vidt kan medføre at pengene uden at blive beskattet i Danmark flyder ud af EU – i en gennemstrømningssituation, og yderligere en situation, hvor konstruktionen kan anvendes til at nedbringe skattebetalingen i Danmark ved hjælp af skattemæssige fradrag for rentebetalinger.¹²⁵

De sekundære retsakter, herunder specielt moder-/datterselskabsdirektivet synes at opfordre med sit, med tiden, faldende kapitalkrav, til at der etableres holdingstrukturer, hvorfor nærvæ-

¹²⁴ Se hertil TfS2010, 502 (SKM2010, 268 LSR) og TfS2012, 182 (SKM2012, 121 ØLR) – Blandt andet for konkrete detaljer omkring de transaktioner, der lå til grund for kapitalfondenes opkøb af den danske koncern, da disse ikke vil blive beskrevet. I afsnittet vil det udelukkende være de faktiske omstændigheder, der har relevans for vurderingen af, om misbrugsbegrebet vil kunne påberåbes i den pågældende sag, der vil blive inddraget. Diskussionen vedrørende *beneficial owner* og *retmæssig ejer* vil ligeledes ikke blive genstand for behandling.

¹²⁵ Se hertil Thomas Rønfeldt i TfS 2011, 403, s. 2644.

rende afsnit vil fokusere på, hvorvidt den primære retsakt, ud fra de tidligere udledte definitioner af misbrugsbegrebet, og grænsedragningen mellem brug og misbrug af etableringsretten i henholdsvis selskabsretten og skatteretten, vil acceptere et holdingselskabs eksistens, i form af passiv kapitalanbringelse, der medfører at et sådan selskab per definition ingen aktivitet udøver.

Udgangspunktet for vurderingen vil som også tidligere anført være, at et holdingselskab, under den forudsætning, at dette er lovligt stiftet i værtsstaten, altid vil være underlagt lovgivningen i dette land.¹²⁶ Det vil med andre ord sige, at etableringen af et holdingselskab uden for aktivtetsstaten ikke i sig selv kan anfægtes som værende misbrug. Ved vurderingen af, om en holdingstruktur og etableringen af et holdingselskab udgør misbrug af Fællesskabsretten, skal der ske en vurdering af den konkrete situation, og der kan således ikke ske en generel tilsidesættelse, jf. det tidligere anførte vedrørende misbrugsprincippet's indskrænkede fortolkning samt Domstolens afvisning af abstraktpræventive værnsregler, blandt andet i Cadbury Schweppes. Konkret skal det henset til ovenstående vurderes, hvorvidt etableringen af et holdingselskab kan anses som værende en *kunstig konstruktion*, der i strid med etableringsrettens formål ikke bygger på nogen *økonomisk realitet* og således har til formål at *undgå en normalt skyldig skat*, jf. ovenstående analyse af Cadbury Schweppes i afsnit 3.2.1.1.

Bemærkes skal det i relation til anvendelsen af holdingstrukturer, at en stor andel af de internationale koncerner netop gør brug af holdingselskaber, i deres organisatoriske overvejelser, blandt andet til minimering af risiko, hvorfor der skal sondres mellem en generel anvendelse af holdingstrukturer og de kunstige transaktioner, der i medfør af ovenstående analyse af det EU-retlige misbrugsbegreb synes at være det primære element i vurderingen.¹²⁷

Hvad angår de, til vurderingen af kunstige transaktioner, opstillede kriterier til en fysisk tilstedeværelse i afgørelsen i Cadbury Schweppes, bemærker Kommissionen: *"Det er imidlertid ikke helt sikkert, hvordan disse kriterier kan finde anvendelse på f.eks. finanstjenester inden for en koncern og holdingselskaber, hvis aktiviteter normalt ikke kræver en væsentlig fysisk tilstedeværelse."*¹²⁸ Det fremgår således af Kommissionens egen meddelelse i COM(2007) 785, at det

¹²⁶ Se hertil C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, p. 52, omhandlende en koncern, hvor moderselskabet var beliggende i Tyskland, og et udenlandsk datterselskab var ejet gennem et hollandsk holdingselskab, jf. Jakob Bundgaard i SU 2010, 111, s. 260-261.

¹²⁷ Se til denne sondring Martin Poulsen i INTERTAX 2013, vol. 42, issue 4, s. 246, der ligeledes bemærker, *"... that the use of holding companies, finance companies etc. is in principle artificial by nature."*

¹²⁸ COM(2007) 785, s. 5.

ikke synes afklaret, hvorvidt kriterierne opstillet i Cadbury Schweppes kan overføres til vurderingen af holdingselskaber. Den tidligere påstand om, at der udelukkende kan stilles krav om en fysisk eksistens – *nødvendig og tilstrækkelig* for den i selskabet udførte aktivitet synes netop at have sin relevans i nærværende vurdering af holdingselskaber.¹²⁹ Det følger ligeledes af følgende: ”... *It is submitted that the required level of substance depends on the functions of the EU holding company. A holding company does not necessarily need to have its own premises and salaried personnel to carry out genuine economic activity; the company can effectively be run by its directors...*”¹³⁰

Bemærkes skal det i øvrigt, at den omstridte etablering i Cadbury Schweppes er en sekundær etablering, hvor holdingselskaber i udgangspunktet, som det også gør sig gældende i ISS-sagen, fungerer som den primære etablering inden for EU, hvilket ligeledes synes at medføre, at kriterierne i afgørelsen ikke nødvendigvis kan overføres på holdingselskaber og gennemstrømningselskaber, specielt set i forhold til afgørelsen i Centros, der netop accepterer den primære etablering som værende fuld ud i tråd med den frie etableringsret, uanset, at der udelukkende udøves begrænset eller slet ingen aktivitet i holdingselskabet.¹³¹

Grundet denne kvalifikation af et holdingselskab synes det i forhold til præmisserne i afgørelsen i Cadbury Schweppes, at skulle vurderes ud fra den del af misbrugsbegrebet der bestemmer, at en transaktion skal have til formål at *undgå en normalt skyldig skat*, for at kunne karakteriseres som værende kunstig, og at der således kan være tale om misbrug. Der kan i denne forbindelse tilmed drages en parallel til afgørelsen i Kofoed, der som også tidligere anført definerer en transaktion som værende misbrug, hvor der er tale om en *efterfølgende transaktion* til at undgå en allerede *konstateret skattepligt*. For at koble disse bemærkninger sammen med nærværende betragtninger, kan der opstilles det tænkte eksempel, at det kan dokumenteres, at kapitalfondene uden for EU bestemmer sig for at købe den danske koncern og derpå konstaterer, at der vil opstå en kildeskattepligt til Danmark, *hvorefter* der sker en indsættelse af holdingselskaberne i Luxembourg – netop for at undgå den allerede konstaterede skyldige skat. Hvis scenariet ydermere omfatter, at et udbytte der frit kan udloddes fra et datterselskab til et holdingselskab som øverste

¹²⁹ Jf. hertil afsnit 3.2.1.1 med henvisning til Martin Poulsen i TfS 2011, 905, s. 6070.

¹³⁰ Citat Picq. i European Taxation 2009, vol. 49, number 10, s. 474.

¹³¹ For bemærkninger herom, se Martin Poulsen i SU 2008, 89, s. 286 samt SU 2009, 278, s. 287.

selskab inden for EU, udloddes videre til de ultimative ejere uden for EU, således at holdingselskabet får karakter af et gennemstrømningsselskab, vil en sådan konstruktion formodentlig lige så kunne anfægtes som værende i strid med formålet med etableringsretten, grundet manglende økonomisk integration i værtsstaten. I en situation, hvor et holdingselskab som en slags gennemstrømningsselskab, for så vidt ikke har mulighed for at disponere over det udbytte, der udloddes fra datterselskabet synes dette at kunne indikere, at et sådan holdingselskab er en del af en kunstigt etableret situation, netop for at undgå en konstateret skyldig skat.¹³² I de faktiske omstændigheder i ISS-sagen fremgår det, at holdingselskabet i Luxembourg netop *ikke* anvendes til direkte at sende det modtagne udbytte til de ultimative ejere uden for EU, men derimod har en funktion som et finansieringsselskab, hvorfor den omstridte struktur umiddelbart har elementer, der trækker i retningen af, at der faktisk består et andet erhvervmæssigt formål, ud over formålet om at undgå dansk kildeskat. Dette vil vanskeliggøre bevisførelsen for misbrug.

Sammenfattende kan det således udledes, at et holdingselskab ved sin blotte etablering ikke udgør misbrug af EU-retten, da et sådan under alle omstændigheder vil være omfattet af den lovgivning, der er gældende i etableringsstaten og endvidere jf. afgørelsen i Centros, er sikret muligheden for at etablere sig sekundært i en anden medlemsstat. At der for så vidt ikke er en betydelig aktivitet i holdingselskabet, som den primære etablering, betyder jf. ovenstående ikke noget for vurderingen af, hvorvidt der er tale om misbrug af etableringsretten. Det essentielle i forhold til vurderingen af et eventuelt misbrug af EU-retten i form af en holdingstruktur, synes således i medfør af det udledte misbrugsbegreb i Cadbury Schweppes og Kofoed at være de tilfælde, hvor et holdingselskab indskydes imellem et selskab, i eksempelvis Danmark, og ejerne, der tilmed er bosiddende uden for EU, med det formål at undgå en *allerede konstateret skattepligt*. Holdingselskabet indskydes således *efterfølgende*, hvorved der synes at være grundlag for at kunne anfægte konstruktionen som værende kunstig og dermed misbrug af EU-retten. I den konkrete ISS-sag var der som tidligere bemærket ikke umiddelbart tale om egentlig gennemstrømning, men således en holdingstruktur, der formodentlig i grove vendinger var sat i værk, for at skabe et skattemæssigt fradrag for det danske selskab, således at den skattepligtige indkomst i Danmark minimeredes, hvorved en dansk beskatning blev undgået – en skattepligt, der uden denne holdingstruktur ville være blevet en realitet.

¹³² Se hertil Martin Poulsen i INTERTAX 2013, vol. 41, issue 4, s. 249 der ligeledes bemærker: "... an important key element ... will therefore be the existence of "closed systems" between related parties deviating from normal business conduct in terms of for example, risk and the right to dispose of income received."

7 English Summary

This thesis deals with the boundary between legal tax planning - protected by EU law - and illegal abuse not benefiting from the legal protection of EU. The harmonization of taxation within the European Union is limited and direct taxation thus still falls within the competence of the Member States. This limited harmonization seems to be the reason for the various tax systems, and more specifically the different ways of estimating the tax base. The various tax systems within the Union result in competition between Member States on the most favourable conditions – a competition that leads the multinational companies to organise their activities after what seems more attractive in terms of tax. Sometimes the companies get too aggressive in their tax planning and they therefore put together some very creative structures and transactions that consequently will cause erosion of the national tax bases.

It is undisputed by the European Court of Justice (ECJ) that nationals of a Member State *must not improperly or fraudulently take advantage of provisions of Community law* and ECJ therefore accepts that Member States meet their citizens with provisions to prevent such incidents. The Member States though seem to be restricted in this prevention, as EU case law sets the principle that when Member States encounter abusive behaviour, they cannot go beyond what EU defines as the general principle of abuse and furthermore the anti-abuse provisions need to be consistent with the fundamental freedoms.

From these considerations, the thesis defines the principle of abuse of rights, based on EU case law. In *Emsland-Stärke*, ECJ defines abuse as when the provisions of the European Union law are applied in a way contrary to their purposes. This means that abuse should be identified from both objective and subjective elements. In *Centros*, it is stated that the fact that the free movement of establishment is applied to avoid legislation in a Member State is accepted when it comes to the civil law area, and ECJ thus points out the importance of considering the object of the freedom applied.

Case law defines the principle of abuse of rights regarding tax law from the core elements of the general principle but there seem to be a clear distinction from what ECJ in *Centros* considers abusive practice. In *Cadbury Schweppes* ECJ states that tax law will not accept an unlimited right to free establishment when it is characterised as an *artificial arrangement that do not*

reflect economic reality and seek to *avoid a tax normally due*. ECJ seems to have a similar view in Kofoed in which abusive practice regarding the Merger Directive is defined as a transaction being made after finding out that the primary structure potentially will cause a tax liability. From both Cadbury Schweppes and Kofoed it seems to be *the subsequent transaction* that ECJ considers abusive practice. This means after realizing that the present circumstances will cause a taxation – a taxation that can be avoided by applying provisions by European Union law.

ECJ seem to apply a view that primarily can be described as a requirement of *substance over form*. This means that a taxpayer might have carried out a transaction that meet the form required, but the substance from a taxation point of view does not fall within the scope of the provision applied. This should appear from a number of objective circumstances.

The distinction between the ECJ's ruling in Centros and Cadbury Schweppes is expressed in particular when discussing whether or not the establishment of a holding company is an indication of abusive practice. The result of the thesis is not fully applicable to the establishment of a holding company as by definition, because it does not practice any activity other than the mere ownership of shares.

8 Litteraturliste

Bøger:

Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udg., 2014

Fenger, Niels m.fl. *Festskrift til Erik Werlauff.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udg. 2012.

Jensen, Søren Næsborg: *EU-Selskabsskatteret.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udg. 1997

Kerzel, Malene (red.). *Festskrift til Jan Pedersen.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udg. 2011

Rønfeldt, Thomas. *Skatteværn og EU-frihed – Værnsregler i dansk skatteret konfronteret med fællesskabsrettens frihedsrettigheder.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udg., 2010

Rønfeldt, Thomas. *Europæisk skatteret I – Misbrug og andre legitime hensyn.* Karnov Group, 1. udg., 2013

Stokholm, Jeppe R. *EU skatteret.* Forlaget Thomson, 1. udg. 2008

Werlauff, Erik. *Selskabsskatteret 2014/15.* Karnov Group. 16 udgave, 2014

Winther-Sørensen, Niels m.fl. *Skatteretten 3.* Karnov Group, 6. udgave, 2013

Europa-Kommissionens dokumenter:

COM(2007) 786 af 10. december 2007. Meddelelse fra Kommissionen:

”Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – I EU og i relation til tredjelande”

C(2012) 8806 af 6. december 2012. Kommissionens henstilling: *”om aggressiv skatteplanlægning”*

COM(2013) 814 af 25. november 2013. Forslag til Rådets direktiv: *”om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder-og datterselskaber fra forskellige medlemsstater”*

Artikler:**Common Market Law Review**

2006, vol. 43, s. 423-459 af Karsten Engsig Sørensen. *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?*

EC Tax Journal

2010-11, af Tom O'Shea. *Tax Avoidance and Abuse of EU Law.*

EC Tax Review

2006, vol. 15, issue 4, s. 192-195 af Frans Vanistendael. *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*

2011, vol. 20, issue 3, s. 134-147 af Paolo Piantavigna. *Tax Abuse in European Union Law: A Theory.*

European Taxation

2009, vol. 49, number 10, s. 471-478 af Emmanuel Picq. *"Abuse" of EU Holding Companies: Fundamental Freedoms, EC Parent-Subsidiary Directive and the French Constitution – Part 1.*

INTERTAX

2009, vol. 37, issue 3, s. 166-175 af Paolo Piantavigna. *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? 3-4 October 2008, Oxford (UK).*

2011, vol. 39, issue 6/7, s. 296-316 af Rami Karimeri. *A Critical Review of the Definition of Tax Avoidance in the Case Law of the European Court of Justice.*

2013, vol. 41, issue 4, s. 230-251 af Martin Poulsen. *Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law.*

Skat Udland

SU 2008, 83 af Karsten Engsig Sørensen. *Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis.*

SU 2008, 84 af Peter Loft. *Skatteretlige værnsregler og EU-retten.*

SU 2008, 85 af Aage Michelsen. *CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrebet i EU-retten.*

SU 2008, 88 af Sanne Neve Damgaard. *Skatteunddragelse og skattefri omstrukturering – er de nye danske regler fællesskabsstridige?*

SU 2008, 89 af Martin Poulsen. *Gennemstrømningsselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?*

SU 2009, 278 af Martin Poulsen. *Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber.*

SU 2010, 111 af Jakob Bundgaard. *Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnsløvgivning på udenlandske melleholdingselskaber?*

SU 2011, 905 af Martin Poulsen. *Kunstige arrangementer og misbrug af EU-retten.*

SU 2014, 45 af Jakob Bundgaard. *Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning – om ændringsforslaget til EU's moder-/datterselskabsdirektiv.*

SU 2015, 38 af Peter Koerver Schmidt og Jakob Bundgaard. *Ensretning i den internationale skatteret – Om muligheden for indførelse af CCCTB i lyset af Luxleaks.*

SR-Skat

SR 2007, 508 af Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen. *Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. del.*

Tidsskrift for skatter og afgifter

TfS 2006, 603 af Nikolaj Vinther og Erik Werlauff. *Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten.*

TfS 2011, 403 af Thomas Rønfeldt. *Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer.*

TfS 2011, 905 af Martin Poulsen. *Kunstige arrangementer og misbrug af EU-retten.*

9 Domsoversigt

EU-Domstolen:

C-33/74	Van Binsbergen
C-28/95	Leur-Bloem
C-264/96	ICI
C-212/97	Centros*
C-294/97	Eurowings
C-110/99	Emsland-Stärke GmbH*
C324/00	Lankhorst-Hohorst
C-167/01	Inspire Art
C-9/02	du Saillant
C-255/02	Halifax*
C-315/02	Annaliese Lenz
C-446/03	Marks & Spencer
C-515/03	Eichsfelder
C-196/04	Cadbury Schweppes*
C-341/04	Eurofoods
C-524/04	Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation
C-231/05	OY
C-321/05	Hans Markus Kofoed*
C-425/06	Part Service
C-105/07	Lammers & Van Cleff
C-330/07	Jobra
C-352/08	Modehuis
C-310/09	Accor
C-126/10	Foggia

*Generaladvokatens forslag til afgørelse er inddraget i specialets analyse heraf.

Nationale afgørelser:

SKM 2010, 268 LSR (TfS 2010, 502)

SKM 2012, 121 ØLR (TfS 2012, 182)