

12. maj | 2016

Den nye misbrugsbestemmelse til moder- /datterselskabsdirektivet

- Hjemmel til en international omgåelsesklausul?

Udarbejdet af Julie Nielsen

Titelblad

Projekttitel: Den nye misbrugsbestemmelse til moder-/datterselskabsdirektivet
- Hjemmel til en international omgåelsesklausul?

English title: The new anti-abuse rule in the Parent-Subsidiary Directive
- Legal basis for an international clause of circumvention?

Uddannelse: Erhvervsøkonomi-Jura

Uddannelsessted: Aalborg Universitet

Vejleder: Thomas Rønfeldt

Afleveringsdato: 12. maj 2016

Antal sider: 67

Antal anslag: 143.607

Udarbejdet af: Julie Nielsen

Studienummer: 2011-4233

Indholdsfortegnelse

1.0 INDLEDNING	3
1.1 EMNE- OG BEGREBSAFGRÆNSNING	5
1.2 PROBLEMFORMULERING	7
1.3 METODEVALG	7
1.4 SPECIALETS STRUKTUR	9
2.0 MISBRUG AF EU-SKATTERETTEN	10
2.1 MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	10
2.2 MISBRUGSBESTEMMELSEN I DIREKTIV 2015/121/EU	12
2.2.1 BAGGRUND FOR INDFØRELSEN	14
2.2.2 BESTEMMELSENS INDHOLD	16
2.3 MISBRUG AF SEKUNDÆR EU-SKATTERET.	23
2.3.1 FUSIONSSKATTEDIREKTIVET	24
2.3.2. RENTE-/ROYALTYDIREKTIVET	28
2.4 MISBRUG AF PRIMÆR EU-RET	29
2.4.1 MISBRUG AF RETTEN TIL FRI ETABLERING	30
2.4.2 RENT KUNSTIGE ARRANGEMENTER	31
3.0 DEN DANSKE IMPLEMENTERING	36
3.1 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 1 OG 2	36
3.1.1 DANSK PRAKSIS FØR VEDTAGELSEN AF OMGÅELSESKLAUSULEN	40
3.1.2 EN FÆLLES OMGÅELSESKLAUSUL FOR DE SEKUNDÆRE SKATTERETLIGE DIREKTIVER	41
3.2 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 3	43
3.3 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 4	46
4.0 DEN DANSKE IMPLEMENTERINGS OVERENSSTEMMELSE MED EU-SKATTERETTEN	47
4.1 FORMEL OVERENSSTEMMELSE	47
4.2 MATERIEL OVERENSSTEMMELSE	47

4.2.1 OVERENSSTEMMELSE MED MISBRUGSBESTEMMELSEN TIL MODER- /DATTERSELSKABSDIREKTIVET	48
4.2.2 OVERENSSTEMMELSE MED MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	52
4.2.3 OVERENSSTEMMELSE MED PRIMÆR EU-RET OM DEN FRIE ETABLERINGSRET I TEUF ART. 49	54
5.0 KONKLUSION	57
6.0 ENGLISH ABSTRACT	59
7.0 LITTERATUR	61
7.1 BØGER	61
7.2 EUROPA-KOMMISSIONENS DOKUMENTER	61
7.3 ARTIKLER	62
8.0 LOV- OG DOMSREGISTER	64
8.1 LOVE OG FORARBEJDER	64
8.2 DOMME	64
8.2.1 EU-DOMSTOLENS	64
8.2.2 NATIONALE AFGØRELSER	65

1.0 Indledning

Harmoniseringen på skatteområdet inden for den Europæiske Union (herefter EU) synes begrænset, og kompetencen til at vedtage regler om direkte beskatning tilkommer derfor stadig medlemsstaterne. Dette skyldes blandt andet, at direktiver vedrørende direkte beskatning skal vedtages med enstemmighed, jf. TEUF art. 114-115 og 352.¹ Da direkte beskatning er et område, der berører nationale interesser i væsentlig grad, er det svært at opnå denne enighed blandt medlemsstaterne.²

Denne begrænsede harmonisering, sammenlagt med et hav af forskellige nationale skatteregler, har medført en betydelig skattemæssig konkurrence mellem medlemsstaterne imellem. En konkurrence, der gør det muligt for erhvervsdrivende virksomheder at skatteplanlægge i mere eller mindre aggressiv grad. Med aggressiv skatteplanlægning menes i nærværende speciale at udnytte alle teknikaliteter i et skattesystem eller uforeneligheder mellem to eller flere skattesystemer, for at slippe med lavere skattebetaling.³ En skatteplanlægning der i sidste ende kan føre til kunstige kapitalstrømme og skatteyderbevægelser, der skader det indre markeds funktion og samtidig undergraver medlemsstaternes beskatningsgrundlag. Misbrug af skattelovgivning har derfor været højt på dagsordenen de seneste år både i flere EU-lande, i lande uden for EU og i OECD-regi.⁴

Direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, direktiv 2009/133/EF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater og direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (herefter rente-/royaltydirektivet, fusionsskattedirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet) er eksempler på harmonisering af skatteområdet, som det er lykkedes EU at vedtage. Disse giver de

¹ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde af 2007 (Lissabontraktaten) benævnt TEUF, jf. Thomas Rønfeldt, Skatteværn og EU-frihed, 2010 s. 20.

² Thomas Rønfeldt, Skatteværn og EU-frihed, 2010 s. 20 og Niels Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 2013 s. 606.

³ C (2012) 8806 af 6. december 2012, Kommissionens henstilling af 6. December 2012 om aggressiv skatteplanlægning, anden betragtning.

⁴ 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.

grænseoverskridende koncerner mulighed for at etablere sig i en anden medlemsstat, uden at dette medfører skattemæssige hindringer, som de nationale koncerner ikke konfronteres med. Der er dog på baggrund af de divergerende nationale skatteregler også mulighed for at anvende direktivernes bestemmelser til at omgå skattebetalingen, eksempelvis gennem dobbelt ikke-beskatning, hvilket medfører at de grænseoverskridende koncerner stilles bedre end de nationale koncerner.

Direktiverne har i flere år givet medlemsstaterne en mulighed for at nægte skatteyderne de rettigheder direktiverne giver, hvis de anvendes i en misbrugshensigt. Denne mulighed for at beskytte sig mod misbrug har dog hidtil været valgfri for medlemsstaterne og dette har bevirket, at der har været en betydelig forskel i medlemsstaternes misbrugsbestemmelser. Hvor nogle medlemsstater ingen misbrugsbestemmelse har haft i national lovgivning, har andre medlemsstater alene haft specifikke misbrugsbestemmelser, eksempelvis vedrørende CFC-beskatning og tynd kapitalisering, og nogle har haft mere generelle misbrugsbestemmelser. Dette har blot forøget muligheden for aggressiv skatteplanlægning. Europa-Kommissionen har på den baggrund fremlagt meddelelser, henstillinger og direktivforslag, der skal komme skatteplanlægningen til livs, blandt andet ved indførelsen af en ny misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet, der er gjort obligatorisk for medlemsstaterne at indføre.

Denne adgang til at indføre misbrugsbestemmelser skal ses i lyset af formålet med den Europæiske Union, der netop er at skabe fleksibilitet inden for Unionen, hvilket blandt andet indebærer, at der er adgang til frit at kunne etablere sig i en hvilken som helst medlemsstat, uden at dette skal hindres gennem nationale lovgivninger, jf. TEUF art. 49. Dette gælder for så vidt også i situationer, hvor etableringen tager sigte på at opnå gunstigere skattemæssige vilkår, jf. C.196/04, *Cadbury Schweppes*. Samtidig er det også fastslået at fælleskabets bestemmelser ikke skal finde anvendelse, når de anvendes i en misbrugshensigt, jf. blandt andet C-212/97, *Centros*.

På det ene side synes der altså at være et hensyn til det indre markedes effektivitet, således at medlemsstaterne ikke kan påberåbe sig misbrug i enhver henseende, de finder modstridende med national lovgivning. På den anden side er der hensynet til medlemsstaternes beskatningskompetence og samtidig også deres tiltro til det indre markedes funktion, således at fælleskabsbestemmelserne ikke blot anvendes, til at omgå de nationale skatteregler gennem aggressiv skatteplanlægning. Adgangen til at nægte et selskab en skattelempelse på baggrund af

misbrug skal således ses som en undtagelse til hovedreglen om, at selskaber har ret til frit at etablere sig indenfor EU's medlemsstater uden at dette medfører en øget skattebetaling.

Den nye misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet er udtryk for en minimums-harmonisering, hvorfor der yderligere gives medlemsstaterne mulighed for at hindre misbrug ved andre metoder, end direktivet foreskriver.

Bestemmelsen er i dansk lovgivning implementeret i en klausul, der medimplementerer misbrugsbestemmelserne fra fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet. Derudover indeholder den også en misbrugsklausul, som skal gælde overfor alle dobbeltbeskatningsoverenskomster (herefter DBO'er), jf. ligningslovens § 3. Denne sammensmeltning af forskellige misbrugsbestemmelser får karakter af en generel international omgåelsesklausul.

Det synes på denne baggrund nærliggende at undersøge hvad indholdet af den nye EU-retlige misbrugsbestemmelse indført i moder-/datterselskabsdirektivet er, samt hvorvidt den danske implementering stemmer overens hermed.

1.1 Emne- og begrebsafgrænsning

I nærværende speciale er det hovedsageligt selskabsskatteretten, der vil blive behandlet, hvorfor der afgrænses overfor fysiske personers etableringsfrihed, selvom denne må forventes at have afsmittende effekt. Dette skyldes til dels, at misbrug efter direktiverne sker som følge af koncernplanlægning på tværs af grænser. Der er således tale om en sekundær etablering, før end der kan tales om misbrug af direktiver.⁵ Det selskabsretlige misbrugsbegreb vil kun blive behandlet, hvor det synes nødvendigt, for at skabe et klart billede af det skatteretlige misbrugsbegreb.

Specialet behandler alene misbrug af rettigheder, der omhandler direkte beskatning. Dette begrundes i, at fokus ligger på misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet, der udelukkende omhandler direkte skatter. Der vil således ikke blive taget stilling til misbrug af indirekte beskatning, som eksempelvis told og moms.

Misbrugsbegrebet vil blive behandlet som et selvstændigt begreb, der ved sin påberåbelse medfører, at det pågældende arrangement ikke er beskyttet af EU-retten, hvorfor denne ikke

⁵ Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret 1, 2013 s. 206.

finder anvendelse. Misbrugsbegrebet vil derfor ikke blive behandlet i sin anvendelse som et retfærdiggørende hensyn til lovliggørelse af en ellers restriktiv national lovgivning. Til analysen af det skatteretlige misbrugsbegreb vil der dog blive anvendt afgørelser, der undersøger nationale værnsregler, men da misbrugsbegrebet på begrebsdefinitivisk niveau ikke synes at have en anden betydning, tillægges forskellen i anvendelsen ikke en væsentlig betydning. Derudover er det alene principper om misbrug i disse afgørelser, der lægges vægt på. Fokus vil således være på det selvstændige misbrugsbegreb, hvad enten dette er klart lovgivet i de sekundære retsakter, eller om det udspringer af Den Europæiske Unions Domstols (herefter EU-Domstolen) praksis.

Det er primært misbrug efter moder-/datterselskabsdirektivet der behandles, hvorfor misbrug efter øvrige sekundære skatteretlige retskilder, herunder fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet ikke vil blive behandlet i dybden. Disse direktivers misbrugsbestemmelser er udelukkende analyseret, fordi den danske implementering af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, også skal gælde for misbrug af disse direktiver. Yderligere vil der være en kortfattet analyse af EU-Domstolens misbrugsbegreb i forhold til den fri etableringsret i TEUF art. 49.

Direktivernes misbrugsbestemmelser anvender en forskellig ordlyd i deres formulering. Rente-royaltydirektivet anvender således formuleringen *svig og misbrug*, fusionsskattedirektivet anvender *skatteunddragelse og skatteundgåelse*, og moder-/datterselskabsdirektivet anvender *skatteunddragelse, skattesvig og misbrug*. Denne forskellighed vil ikke blive tillagt betydning, da den materielle anvendelse af bestemmelserne synes ens. Bestemmelserne har endvidere samme formål, som er at give medlemsstaterne en mulighed for at bekæmpe en utilsigtet og uønsket anvendelse af direktiverne.⁶ *Misbrug* vil derfor blive anvendt som en samlet betegnelse, der til dels kan bestå af skatteunddragelse og skattesvig.

Udgangspunktet for specialet er forhold indenfor Unionen, da den fri etableringsret i TEUF art. 49 og de sekundære skatteretlige direktiver kun gælder inden for Unionens grænser. Der afgrænses følgelig overfor OECD's arbejde med at bekæmpe misbrug som følge af BEPS-initiativet og indsættelsen af en "generel anti-abuse rule" i DBO'er. Misbrug af

⁶ Søren Næsberg Jensen, EU-selskabsskatteret, 1997 s. 309-312.

DBO'er vil dog kort blive behandlet i forbindelse med den danske implementering af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, da denne også indeholder en misbrugsklausul gældende for alle DBO'er indgået med Danmark.

Misbrug er i Danmark tidligere blevet hindret gennem en undersøgelse af, hvem der er retmæssig ejer. Dette begreb vil imidlertid ikke blive undersøgt nærmere, da det er et begreb, der udelukkende opereres med i rente-/royaltydirektivet og i DBO'er.⁷

1.2 Problemformulering

Med udgangspunkt i ovenstående vil problemformuleringen for nærværende speciale være:

Hvad er formålet med og indholdet af den nye misbrugsbestemmelse i direktiv 2015/121/EU? Kan denne bestemmelse antages at være hjemmel til en international omgåelsesklausul i dansk skatteret?

1.3 Metodevalg

Dette speciale behandler misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet ved anvendelse af den retsdogmatiske metode, der fortolker og systematiserer relevante retskilder, for at finde gældende ret (de lege lata).⁸ Gældende ret kan beskrives som summen af de regler, der finder anvendelse på et givent område, og dermed vil en lovregel ikke nødvendigvis i sig selv være gældende ret, men i stedet blot være et bidrag til fortolkningen heraf.⁹

Nærværende fremstilling behandler både EU-ret og national ret, hvis retssystemer er væsentligt divergerende, hvilket medfører metodemæssige forskelligheder. Dette ses særligt i forhold til hvilke retskilder, der anses for væsentlige. I national ret anvendes primært en subjektiv fortolkningsstil, hvor forarbejder inddrages i fortolkningen af en lovtekst for at finde lovgivers motiver med indførelsen af den pågældende bestemmelse.¹⁰ Det skal imidlertid holdes for øje, at selvom forarbejderne anvendes til at udfylde eventuelle huller, vil den pågældende bestemmelse fortsat skulle fortolkes efter en EU-konform fortolkning og ud fra princippet om EU-rettens forrang i forhold til national ret. Forarbejder vil derfor med tiden få mindre betyd-

⁷ LFF nr. 167 af 20 februar 2015 s. 9.

⁸ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: EU-ret, 2011 s. 109.

⁹ Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode, 2014 s. 57.

¹⁰ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og retsteorier, 2011 s. 85.

ning på områder, der er EU-reguleret.¹¹ Disse vil dog stadig blive analyseret i afsnit 3.0, da formålet med analysen er at undersøge om den danske implementering af misbrugsbestemmelsen stemmer overens med EU-retten.

Retssystemet i EU adskiller sig som nævnt fra det danske, da der er en væsentlig forskel på domstolenes funktion. Hvor de danske domstole skal lovgive ud fra lovteksten og dennes forarbejder, har EU-Domstolen en mere fremtrædende rolle i forhold til at fortolke og udfylde bestemmelser i EU-retsakter.

Det er derfor vigtigt at sætte sig ind i EU-Domstolens egen fortolkningsstil, for at kunne anvende den retsdogmatiske metode korrekt¹². EU-Domstolen anvender primært en objektiv fortolkningsstil, hvor der grundlæggende ses på lovteksten, EU-rettens udviklingstrin på tidspunktet og på formålet med alle relevante bestemmelser.¹³ Ved formål forstås ikke nødvendigvis lovgivers hensigt med bestemmelsen som i national ret, men i stedet søges det at finde den forståelse af en retsakt, der mest effektivt kan realisere EU's målsætninger. Denne slags formålsfortolkning kaldes også teleologisk fortolkning.¹⁴

Forarbejdet til en EU-retsakt anvendes ikke til fortolkning af gældende ret, fordi ingen af EU's organer er tildelt kompetence til at lovgive gennem dem. Derudover vil det være en krænkelse af den gældende kompetencefordeling, da forarbejdet til en lov ikke udelukkende bliver lavet af den lovgivende magt.

Denne fortolkningsstil medfører for dette speciale, at direktivbestemmelsen vil blive fortolket i lyset af dennes ordlyd, samt indledende betragtninger i præambelen dertil. Forarbejdet til bestemmelsen har som skrevet ingen generel værdi, men vil imidlertid blive inddraget til at forstå hvilke hensyn der muligvis ligger bag indførelsen af bestemmelsen. Dette gøres alene på baggrund af, at EU-Domstolen endnu ikke har afgjort nogen sager om bestemmelsen.

Trods brugen af den retsdogmatiske metode, vil nærværende fremstilling indeholde elementer af retspolitiske overvejelser, da det er uundgåeligt at perspektivere over, hvordan gældende ret kan tænkes at udvikle sig (de lege ferenda). Dette skyldes netop, at der på nuværende tids-

¹¹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og retsteorier, 2011 s. 48.

¹² Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: EU-ret, 2011 s. 110.

¹³ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og retsteorier, 2011 s. 208.

¹⁴ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og retsteorier, 2011 s. 241.

punkt kun er direktivbestemmelsen og den danske implementering heraf at holde sig til og dermed ingen praksis, der anvender disse.

1.4 Specialets struktur

Specialet vil bestå af en tredelt analyse. Den første del tager udgangspunkt i den nye misbrugsbestemmelse til moder-/datterselskabsdirektivet, der er vedtaget i direktiv 2015/121/EU. Det undersøges hvad baggrunden for bestemmelsen er, samt hvilket indhold den forventes at have. For at forbedre forståelsen af bestemmelsen vil der i samme del være en kort analyse af formålet med moder-/datterselskabsdirektivet. Yderligere vil der være en kort gennemgang af misbrugsbestemmelserne i fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet, samt en overordnet analyse af EU-Domstolens praksis om misbrug af etableringsretten. Baggrunden herfor er, at den danske implementering udstrækker anvendelsesområdet for moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, til også at gælde for de øvrige direktiver.

Anden del af specialet er en analyse af den danske implementering af misbrugsbestemmelsen i ligningslovens § 3. Denne del anvendes i del tre, til at vurdere hvorvidt den danske implementering og lovgivers hensigt hermed stemmer overens med den vedtagne misbrugsbestemmelse i direktiv 2015/121/EU, samt EU-Domstolens praksis om misbrug af den fri etableringsret. Tredje del vil således være en analyse af den danske omgængelsesklausuls formelle og materielle overensstemmelse med EU-retten.

2.0 Misbrug af EU-skatte retten

I den noget begrænsede sekundære EU-skatte ret, samt gennem EU-Domstolens praksis gives medlemsstaterne en mulighed for at nægte anvendelsen af direktiv- og traktatmæssige rettigheder, i tilfælde hvor skatteyderen søger at anvende disse i en misbrugshensigt. Det følgende afsnit vil hovedsageligt være en analyse af den nyligt indførte misbrugsbestemmelse i direktiv 2015/121/EU, der er et ændringsdirektiv til moder-/datterselskabsdirektivet. For at lette forståelsen af denne bestemmelse, vil der forinden være en kort analyse af formålet med moder-/datterselskabsdirektivet, hvilke rettigheder dette giver de europæiske skatteydere, samt af den førgældende misbrugsbestemmelse i direktivets art. 1, stk. 2. Analysen af den nye misbrugsbestemmelse vil indeholde et kort afsnit om baggrunden for indførelsen af bestemmelsen, herunder af det arbejde Kommissionen har lavet forinden den endelige bestemmelse blev vedtaget. Dette gøres i et forsøg på at forstå ordlyden af den endelige bestemmelse.

Der vil desuden være en kort analyse af misbrugsbestemmelserne i den øvrige sekundære EU-skatte ret, herunder i fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet, samt af EU-Domstolens praksis omhandlende disse bestemmelser. Fokus vil imidlertid ikke ligge her, men afsnittet er essentielt i forhold til vurderingen af ligningslovens § 3, der implementerer misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet sammen med misbrugsbestemmelserne fra de øvrige direktiver, og på denne måde skaber en generel omgåelsesklausul.

Afslutningsvist vil afsnittet indeholde en analyse af EU-Domstolens praksis om misbrug af den fri etableringsret. Dette gøres for i del fire at kunne undersøge hvorvidt den danske implementering af misbrugsbestemmelsen stemmer overens med praksis omkring den primære EU-skatte ret.

2.1 Moder-/datterselskabsdirektivet

Det følger af direktivets tredje og fjerde betragtning, at det grundlæggende formål med direktivet er at skabe lige vilkår for koncerner af moderselskaber og datterselskaber i forskellige medlemsstater og koncerner af moderselskaber og datterselskaber i den samme medlemsstat. Dette gøres ved at afskaffe dobbeltbeskatning og fritage udbytte og andre udlodninger af overskud for kildebeskatning, når disse betales fra et datterselskab til et moderselskab. Herved sikres at det indre marked fungerer bedst muligt, da grænseoverskridende koncerner ikke

hæmmes af restriktioner eller forskelsbehandling, som følge af medlemsstaternes forskellige beskatningsregler. Et selskab betegnes som et moderselskab efter direktivets forstand, når det ejer mindst 10 % af aktiekapitalen i et andet selskab.¹⁵

Inden det oprindelige moder-/datterselskabsdirektiv (90/435/EØF) trådte i kraft blev beskatningen af udbytte fra datterselskaber enten lempet gennem unilaterale bestemmelser og/eller i overensstemmelse med regler i DBO'er. Dette medførte sjældent en fuldstændig ophævelse af dobbeltbeskatningen, hvorfor det i mange tilfælde førte til varierende beskatning af udlodninger afhængig af hvor i EU henholdsvis datter- og moderselskabet var hjemmehørende.¹⁶ Dette blev anset som en væsentlig hindring for den fri etableringsret i TEUF art. 49. Indførelsen af direktivet ophævede derfor denne hindring og det sikrer nu, at grænseoverskridende koncerner skattemæssigt bliver behandlet på lige vilkår med nationale koncerner. Dette sker konkret ved at den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, skal undgå at beskatte et udbytte, som moderselskabet modtager fra sit datterselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat (exemptionslempelse). Alternativt skal medlemsstaten lade moderselskabet fratrække den del af datterselskabets skat, der vedrører udbyttet, i sin egen skattebetaling (credit-lempelse). Medlemsstaterne vælger selv, hvilken metode der anvendes. I Danmark anvendes exemptionslempelse. Yderligere skal den medlemsstat, hvori datterselskabet er hjemmehørende, undgå at kildebeskatte de udbytter, der betales til et moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat.

Den hidtil gældende misbrugsbestemmelse var indført i direktivets art. 1, stk. 2 og havde indtil den nylige ændring følgende ordlyd: *"Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug"*.

Medlemsstaterne blev derved givet mulighed for at indføre bestemmelser, der hindrer at direktivet misbruges til at opnå en utilsigtet skattemæssig fordel.

Misbrugsbestemmelsen skulle fortolkes i overensstemmelse med det generelle EU-retlige misbrugsbegreb.¹⁷ Derudover gav artiklen alene medlemsstaterne en ret, men ikke en pligt til at indføre nationale bestemmelser, hvilket medførte at de nationale bestemmelser dækkede

¹⁵ Direktiv 2011/96/EU, moder-/datterselskabsdirektivet art. 3, stk. 1, litra a.

¹⁶ Søren Næsborg Jensen, EU-selskabsskatteret, 1997 s. 211.

¹⁷ Martin Poulsen i SU 2009, 278.

over en bred vifte af former og formål, der var affattet efter specifikke problemstillinger i medlemsstaterne. Yderligere har bestemmelsen ikke været implementeret af alle medlemsstater. Bestemmelsen savnede derfor klarhed og skabte potentielt forvirring for både skatteydere og skatteadministrationer.¹⁸

2.2 Misbrugsbestemmelsen i direktiv 2015/121/EU

Den nye misbrugsbestemmelse i direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/121 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (herefter ændringsdirektivet), blev vedtaget i januar 2015 med følgende ordlyd:

I direktiv 2011/96/EU erstattes artikel 1, stk. 2, af følgende stykker:

”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.

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.”

Det følger af direktivets anden, tredje og fjerde betragtning, at formålet med ændringsdirektivet er at sikre, at moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelser ikke bliver misbrugt, som følge af divergerende nationale bestemmelser og overenskomster, der søger at imødegå skat-

¹⁸ 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 og Jakob Bundgaard i SU 2014, 45. Denne artikel omhandler det første udkast til en generel misbrugs klausul, som imidlertid ikke blev vedtaget i første omgang, men senere ændret fra at hindre kunstige konstruktioner, til at omhandle reelle arrangementer.

teunddragelse, skattesvig og misbrug på en generel eller specifik måde. Problemet med de nationale bestemmelser er ifølge fjerde betragtning, at de kan have forskellig strengthed og at de ”under alle omstændigheder er udformet til at afspejle de særlige forhold i den enkelte medlemsstats skattesystem”. Yderligere var der, som tidligere beskrevet, flere medlemsstater, der hidtil hverken havde interne bestemmelser eller overenskomster, der søgte at hindre misbrug. Med ændringsdirektivets vedtagelse er der nu pligt til at indføre en fælles minimumsregel og derved sikres en større sammenhæng i anvendelsen af interne bestemmelser, hvis formål er at hindre misbrug.¹⁹ Yderligere forventes det, at indførelsen af en ensartet misbrugsbestemmelse vil skabe en bedre sammenhæng i anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelser.²⁰

Ændringen skal ses i lyset af, at vi i dag er i en tid, hvor der kan opstå situationer hvor grænseoverskridende koncerner stilles bedre end nationale koncerner, eksempelvis gennem dobbelt ikke-beskatning, som følge af anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelser, om skattefritagelse for udbyttebetalinger som et moderselskab modtager fra sit datterselskab i en anden medlemsstat. En skattefritagelse der kan ske, selvom udlodningen har været fradragsberettiget i den medlemsstat, hvori datterselskabet er hjemmehørende. Da moder-/datterselskabsdirektivet i 1990 blev vedtaget var situationen modsat, idet grænseoverskridende koncerner ofte blev stillet ringere end nationale koncerner.²¹ Misbrugsbestemmelsen i ændringsdirektivet forsøger at lukke disse ”loopholes” til en mere fordelagtig beskatning, som er opstået på baggrund af rettigheder givet til grænseoverskridende koncerner, med tanke om at ligestille disse med nationale koncerner. Misbrugsbestemmelsen handler derfor ikke udelukkende om at sikre medlemsstaternes beskatningskompetence, men i høj grad også om at ligestille nationale koncerner med grænseoverskridende koncerner.

EU-medlemsstaterne er forpligtet til at implementere misbrugsbestemmelsen senest 31. december 2015, jf. art. 2, stk. 1.

¹⁹ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015, 203.

²⁰ Direktiv 2015/121/EU om ændring af moder-/datterselskabsdirektivet, 5. betragtning.

²¹ Jakob Bundgaard i SU 2014, 45.

2.2.1 Baggrund for indførelsen

Ændringsdirektivet er et resultat af en proces, der allerede d. 6. december 2012 blev indledt med Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning og senere fulgt op af Kommissionens forslag til direktiv om ændring af moder-/datterselskabsdirektivet af 25. november 2013.

Kommissionens henstilling af 2012, der henvender sig til medlemsstaterne omhandler imidlertid ikke en misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet, men retter sig snarere imod at bekæmpe dobbelt ikke-beskatning ved at lade medlemsstaterne indføre en generel misbrugsbestemmelse, der både er egnet til indenlandske forhold, forhold på tværs af grænser i EU og forhold, der involverer tredjelande.²²

Kommissionen foreslår en bestemmelse med følgende ordlyd:

”Der skal ses bort fra et kunstigt arrangement eller en kunstig serie af arrangementer, som er tilrettelagt med det hovedformål at undgå beskatning, og som medfører en skattefordel. Skattemæssigt skal myndighederne behandle disse arrangementer ud fra deres reelle økonomiske indhold”²³

Denne bestemmelse synes ved første øjekast at ligne den bestemmelse, som er vedtaget i ændringsdirektivet. Der er dog flere forskelle, eksempelvis tales der her om *kunstige* arrangementer, mens ændringsdirektivet omhandler *reelle* arrangementer. Forskellen formodes at være ganske lille, for så vidt der overhovedet er forskel. Denne problematik vil blive behandlet nærmere nedenfor, når ændringsdirektivets bestemmelser behandles.

Yderligere kræver denne bestemmelse, at arrangementet er tilrettelagt med det *hovedformål*, at undgå beskatning, mens ændringsdirektivet blot kræver at det er *et af hovedformålene*. Ændringsdirektivet synes derfor at omfatte en del flere arrangementer, end Kommissionens henstilling.

Det følger af henstillingens niende betragtning at Kommissionen sideløbende er i gang med at overveje hvorvidt rente-/royaltydirektivet, fusionsskattedirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet skal revideres, således at de principper der ligger til grund for henstillingen skal implementeres i disse. Det må på denne baggrund antages, at den foreslåede bestemmelse vil

²² C (2012) 8806 af 12. december 2012, Kommissionens henstilling af 6. December 2012 om aggressiv skatteplanlægning, art. 4.1.

²³ C (2012) 8806 af 12. december 2012, Kommissionens henstilling af 6. December 2012 om aggressiv skatteplanlægning, art. 4.2.

danne grundlag for udformningen af den endelige misbrugsbestemmelse, der er vedtaget i ændringsdirektivet.

Henstillingen er imidlertid kritiseret af flere jurister. Et af modargumenterne for en generel misbrugsklausul er, at den ikke vil virke, så længe den lovgivning som den beskytter ikke er ensartet.²⁴ Med andre ord vil en harmoniseret misbrugsbestemmelse ikke have effekt på en ikke harmoniseret lovgivning. Yderligere kritiseres den for, ikke at skelne klart mellem lovlig, men uønsket adfærd og ulovlig adfærd, som eksempelvis skattesvig og skatteunddragelse.²⁵

Der er dog enighed om, at en ensartet misbrugsbestemmelse vil beskytte medlemsstaternes skattegrundlag bedre end en national misbrugsbestemmelse, da nationale bestemmelser vil bevirke, at nogle lande er mindre attraktive at investere i, end lande, der ingen misbrugsbestemmelse har, eller har en mindre streng bestemmelse.²⁶

Europa-Parlamentet vedtog i maj 2013 en beslutning, der tilskyndede medlemsstaterne at implementere denne henstilling.

Som et yderligere forsøg på at hindre skatteretligt misbrug fremlagde Kommissionen i november 2013 et forslag til Rådets direktiv om ændring af moder-/datterselskabsdirektivet. Kommissionen forventer, at man ved at indføre en fælles bestemmelse om bekæmpelse af misbrug i alle medlemsstater vil kunne opnå klarhed og sikkerhed for alle skatteydere og skatteadministrationer. Derudover forventes det, at man gennem en ensartet anvendelse af direktivet lukker for muligheden for ”directive-shopping”, hvor erhvervsdrivende virksomheder investerer i mellemlid i medlemsstater, hvor der ingen misbrugsregler er, eller hvor der er regler, der er mindre stringente end i andre medlemsstater.²⁷ De fremlægger derfor et ønske om en ensartet misbrugsbestemmelse, der er tilpasset formålet med og målene i moder-/datterselskabsdirektivet.²⁸

Formuleringen minder stort set om formuleringen i henstillingen af 2012, dog tales der her om at opnå en *”uretmæssig skattefordel i henhold til dette direktiv, og som virker mod målet for, ånden i og formålet med de pågældende skattebestemmelser”*. Bestemmelsen er således

²⁴ Tobias Franz i Intertax 2015, Volume 43, Issue 11 s. 660-672

²⁵ Mirugia Richardson i EC Tax Review 2015/4 s. 220-231

²⁶ Tobias Franz i Intertax 2015, Volume 43, Issue 11, s. 660-672

²⁷ 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.

²⁸ 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, fjerde betragtning.

specifikt rettet mod at undgå, at selskaber anvender direktivets bestemmelser på en måde, som virker mod hensigten af direktivets bestemmelser.

Både forslaget og henstillingen definerer yderligere hvad der menes med *arrangement* og giver vejledning om hvilke aspekter, der kan være fordelagtige at inddrage i vurderingen af, hvorvidt et arrangement er kunstigt. På trods heraf finder Det Økonomiske og Sociale Udvalg stadig at begreberne i forslaget til ændringsdirektivet bør defineres i tydelige juridiske termer, for ikke at vanskeliggøre anvendelsen for selskaber, skatteforvaltninger og retsvæsnen.²⁹ Dette er interessant i forhold til den endeligt vedtagne bestemmelse, der omend ikke medtager alle begreberne fra forslaget, men alligevel udelader definitioner af adskillige af de anvendte juridiske termer. Den endelige misbrugsbestemmelse er nemlig meget kortere både hvad angår subjektive og objektive elementer.³⁰ Dette bliver behandlet nærmere i afsnit 2.2.2.

Udvalget opfordrer i samme udtalelse Kommissionen til at fremlægge en henstilling, der kan hjælpe medlemsstaterne med at gennemføre ændringsdirektivet og henstillingen af 2012 så præcist som muligt ud fra et juridisk synspunkt. Denne opfordring gives på baggrund af, at en generel misbrugsbestemmelse, uanset om denne indføres i et allerede eksisterende direktiv eller om den indføres i national ret, vil skulle fortolkes ud fra EU-Domstolens praksis om misbrug, hvorefter medlemsstaterne i deres bestræbelser på at bekæmpe urimelige forretningsmetoder, ikke må gå videre end EU-rettens generelle misbrugsprincip.³¹

Det må derfor også antages, at den nye misbrugsbestemmelse skal fortolkes i overensstemmelse med det generelle EU-retlige misbrugsbegreb.³²

2.2.2 Bestemmelsens indhold

Efter ordlyden af artikel 1, stk. 1 opstilles der fire kumulative betingelser, der skal bekræftes, førend moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelser kan nægtes anvendt af Unionens selskaber. For det første skal der være tale om et arrangement, eller en serie af arrangementer. Dernæst skal dette/disse arrangement(er) være tilrettelagt med det hovedformål, eller som et

²⁹ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelser om forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, punkt 1.5.

³⁰ Tobias Franz i Intertax 2015, Volume 43, Issue 11 s. 660-672.

³¹ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelser om forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, punkt 1.4.

³² Jakob Bundgaard i SU 2014, 45.

af hovedformålene, at opnå en skattefordel. For det tredje skal denne skattefordel virke mod indholdet af moder-/datterselskabsdirektivet. Slutteligt skal arrangementet eller serien af arrangementer ikke være reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Disse betingelser vil blive behandlet særskilt i det følgende. Efterfølgende vil der være en analyse af artiklens stk. 4, der giver medlemsstaterne hjemmel til fortsat at have interne bestemmelser, der bekæmper misbrug.

Et arrangement, eller en serie af arrangementer

Formålet med, at bestemmelsen ikke blot gælder arrangementer, som i sin helhed ikke er reelle, men også enkelte trin eller dele i et arrangement, som ikke er reelle, er at sikre en proportional anvendelse af misbrugsbestemmelsen.³³ Eksempelvis behøves hele et arrangement ikke at blive nægtet anvendelsen af de fordele som moder-/datterselskabsdirektivet giver, hvis der blot er tale om en enkelt transaktion, der ikke er reel. Derudover sikres en højere effektivitet gennem denne formulering, da den fanger en større mængde af arrangementer, idet et arrangement i sin helhed godt kan være reelt, selvom enkelte dele ikke er. Medlemsstaterne kan derfor anvende bestemmelsen til at imødegå specifikke dele, uden at dette berører de øvrige reelle dele af arrangementet.³⁴

Det oprindelige forslag havde defineret et arrangement som ”*en transaktion, en plan, en handling, en operation, en aftale, en forståelse, et løfte eller et tilsagn*”.³⁵

I det endelige direktiv er det imidlertid overladt til medlemsstaterne – og i sidste ende EU-Domstolen at fortolke, hvad der menes med et arrangement, eller dele heraf.³⁶

Baggrunden herfor kan være, for at sikre den ovenfor nævnte effektivitet, for så længe begrebet ikke er defineret, vil det skulle afgøres fra sag til sag, om der er tale om et arrangement, og på denne måde er der åbnet mulighed for at begrebets indhold kan fortolkes bredere, end hvis formuleringen fra forslaget var indsat i ændringsdirektivet. Modsat kan det også komme til at betyde, at begrebet vil blive defineret mere indskrænkende end forventet. Det må formodes, at

³³ Direktiv 2015/121/EU om ændring af moder-/datterselskabsdirektivet, ottende betragtning.

³⁴ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015.203.

³⁵ 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.

³⁶ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015.203

Kommissionens definition vil blive anvendt som udgangspunkt, selvom den ikke er indskrevet i selve direktivet.³⁷

Arrangementets formål – en vurdering af subjektive motiver.

Anden og tredje betingelse er udtryk for en vurdering af først de subjektive elementer ved arrangementet, og dernæst en vurdering af de objektive elementer af den pågældende direktivbestemmelse. Opdelingen af subjektive og objektive elementer blev første gang set i sag C-110/99, *Emsland-Stärke*. Denne omhandlede imidlertid ikke skatteretlig misbrug, men det blev fastslået at ved vurderingen af, om der foreligger misbrug af EU-retten, skal der indgå to forskellige elementer. Et element vedrørende de subjektive motiver ved arrangementet, herunder eksempelvis hvilket formål, der ligger til grund for arrangementet. Yderligere skal der indgå et objektive element, der indeholder en vurdering af, hvorvidt arrangementet er i modstrid med formålet med den pågældende EU-retlige bestemmelse, ikke bare formelt, men også reelt. Det skal dog bemærkes, at begge elementer er objektive vurderinger, trods et subjektivt indhold i den første betingelse.

Den anden betingelse indebærer, at såfremt det er fastslået, at der er tale om et arrangement eller dele heraf, skal det vurderes om arrangementet har haft som hovedformål, eller som et af hovedformålene, at opnå en uberettiget fordel af direktivet.

En formulering, der imidlertid ikke blev anvendt i Kommissionens forslag til ændring af direktivet, hvorefter det er et krav at det er hovedformålet, og altså ikke blot et af hovedformålene. Den nye formulering, der er vedtaget i ændringsdirektivet, er derfor mere restriktiv end Kommissionens forslag. Den nye klausul må derfor siges at indeholde en meget lav tærskel, taget i betragtning af at alle påpasselige grænseoverskridende selskaber i dag må tage hensyn til hvilke skattemæssige konsekvenser en transaktion har, da skat har betydning ligesom alle andre udgifter i et selskab.³⁸

Det må imidlertid også antages, at den nye formulering er modstridende med EU-Domstolens afgørelse i sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Efter denne kræves der et kunstigt arrangement, der *udelukkende* har et skattemæssigt formål, førend restriktiv national lovgivning kan begrundes i hensynet til misbrug.³⁹ Det kunne derfor godt tyde på, at den nye formulering er

³⁷ Filip Debelva og Joris Luts i *European Taxation 2015*, Volume 55, no. 6, s. 223-234.

³⁸ Filip Debelva og Joris Luts i *European Taxation 2015*, Volume 55, no. 6, s. 223-234.

³⁹ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 61.

modstridende med fortolkningen af primær EU-ret. Det kan imidlertid også diskuteres hvorvidt det overhovedet er muligt at have mere end et hovedformål.⁴⁰ Hvis dette ikke er muligt, vil den nye formulering ikke være modstridende med primær EU-ret, den vil i stedet være uklar, fordi det ikke er tydeligt hvad der menes med formuleringen. Det er følgelig uklart om det er tilstrækkeligt, at et af formålene er at opnå fordel af direktivet, eller om bestemmelsen skal fortolkes som praksis hidtil og kun omfatte arrangementer, der har som hovedformål, at opnå en skattefordel.

Det er imidlertid også muligt, at formuleringen skal fortolkes som misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet, der i den danske version ikke afviger i formuleringen, da denne også kræver at det er hovedformålet, eller et af hovedformålene. Formuleringen i den engelske version af fusionsskattedirektivet er dog ikke ens med den engelske formulering af direktiv 2015/121/EU. Hvor fusionsskattedirektivets formulering er ”*principal objective or one of the principal objectives*,” er ændringsdirektivets formulering ”*main purpose or one of the main purposes*”. Det må formodes, at forskellen på om der er tale om et *primær* formål eller et *hovedformål* er ganske ubetydelig. Af denne grund, må det forudsættes at fortolkningen af fusionsskattedirektivets formulering må være vejledende for hvordan ændringsdirektivets formulering skal fortolkes. I sag C-321/05, *Kofoed*, bliver det slået fast, at retsstridige transaktioner er “*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*”⁴¹ (Egen understregning). Derudover gøres det gældende i C-126/10, *Foggia*, at såfremt en transaktion har flere formål, hvori skattemæssige betragtninger kan indgå, udgør dette ikke nødvendigvis misbrug, medmindre de skattemæssige betragtninger har været fremherskende.⁴²

Som følge heraf må formuleringen af ændringsdirektivet ikke formodes at skulle tillægges større betydning og den er derfor også overensstemmende med primær EU-ret. Det er imidlertid muligt, at formuleringen i stedet er uklar, fordi det ikke er beskrevet hvad der menes med ”et af hovedformålene”. Dette er derfor overladt til medlemsstaterne, og i sidste ende EU-Domstolen.

⁴⁰ Cécile Brokelind i *Intertax* 2015, Volume 43, Issue 12, s. 816-824.

⁴¹ C-321/05, *Kofoed*, præmis 38.

⁴² C-126/10, *Foggia*, præmis 35.

En af ulemperne ved udelukkende at formulere denne vurdering ud fra formålet med arrangementet er, at der derved ikke er mulighed for en vurdering af hvorvidt det pågældende selskab har ”begået misbrug” – der ses udelukkende på om formålet – eller et af dem – har været at opnå fordele af direktivet. Som beskrevet ovenfor, kan det ikke undgås at skattemæssige betragtninger inddrages i vurderingen af hvor og hvordan man skal etablere sig og det er da heller ikke ulovligt, så længe disse betragtninger ikke er dominerende. Der kan på baggrund heraf være mulighed for, at et selskab ikke kan anvende direktivets bestemmelser, fordi et andet selskab har misbrugt dem.⁴³ Dog er EU-praksis case-by-case baseret, og det må derfor forventes at denne chance minimeres, når der tages hensyn til de konkrete omstændigheder i de enkelte sager.

En objektiv test af hvorvidt skattefordelen strider mod formålet med moder-/datterselskabsdirektivet.

Denne test kan også kaldes for en formålstest.⁴⁴ Misbrugsbestemmelsen finder kun anvendelse, hvis opnåelsen af skattefordelen modstrider målsætningen med direktivet, hvilket er at ligestille grænseoverskridende selskaber med nationale selskaber, ved at afskaffe dobbeltbeskatning.

Det vil imidlertid være svært at adskille den objektive test med den subjektive test i praksis, for såfremt den subjektive test er bekræftet og der er tale om et arrangement med det hovedformål, at opnå en skattefordel, vil det være svært at modbevise, at det ikke strider mod formålet af direktivet.

Et ikke-reelt arrangement

Den sidste betingelse foreskriver at arrangementet ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Begrebet bliver defineret i artiklens stk. 3, hvor det fremgår, at arrangementer eller serier af arrangementer betragtes som ikke-reelle ”i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed”.

⁴³ Filip Debelva og Joris Luts i European Taxation 2015, Volume 55, no. 6, s. 223-234.

⁴⁴ Filip Debelva og Joris Luts i European Taxation 2015, Volume 55, no. 6, s. 223-234.

Denne test er interessant, fordi det er første gang EU-retten anvender begrebet *reelt* i stedet for *kunstigt* i sammenhæng med at bekæmpe misbrug⁴⁵. Det var også begrebet *kunstigt*, der blev anvendt i Kommissionens forslag til ændring af direktivet. Yderligere er det *kunstigt*, der oftest anvendes af EU-Domstolen, i sammenhæng med misbrug.⁴⁶ Det er derfor bemærkelsesværdigt at det endelige direktiv omhandler *reelle* arrangementer. Hvorvidt der er forskel på begreberne er imidlertid tvivlsomt, men det vil i sidste ende skulle vurderes af EU-Domstolen. Det følger dog af et nyt forslag fra Kommissionen, at de forventer at kunstigt og ikke-reel er det samme.⁴⁷ Der gives imidlertid ikke instrukser om hvad det konkret er, der ikke skal være reelt. I dette tilfælde må det forventes at være det arrangement, der ligger til grund for en udbytteudlodning eller anden udlodning af overskud, der ikke skal være reelt.

Den første del af vurderingen af om et arrangement er reelt, omhandler om det er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Denne vurdering vil formentlig også være en del af den subjektive test, der netop undersøger formålet med arrangementet. Begrebet bliver ikke yderligere defineret og det må ud fra sammenhængen derfor konstateres, at et arrangement i hvert fald ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, hvis det hovedsageligt er tilrettelagt på baggrund af skattemæssige overvejelser.

Sidste del af vurderingen af et reelt arrangement, er en vurdering af om arrangementet afspejler den økonomiske virkelighed. Der findes i direktivet ingen definition af dette begreb og det må derfor i sidste ende være op til EU-Domstolen at vurdere indholdet heraf.⁴⁸ De har allerede i C-282/12, *Itelcar* fastslået at et kunstigt arrangement ikke afspejler den økonomiske realitet.⁴⁹ Hvis der således sættes lighedstegn mellem reel og kunstigt, bliver denne del overflødig, fordi det allerede er fastslået, at for så vidt der er tale om et kunstigt arrangement, vil arrangementet ej heller afspejle en økonomisk virkelighed. Det må samtidig forventes at denne vurdering vil være en del af både den subjektive og den objektive test, fordi et ikke-reelt arrangement ikke har velbegrundede kommercielle årsager og det vil ligeledes stride mod direktivets formål, at oprette ikke-reelle arrangementer, for at opnå en skattefordel.

⁴⁵ Filip Debelva og Joris Luts i *European Taxation* 2015, Volume 55, no. 6, s. 223-234.

⁴⁶ Eksempelvis C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁴⁷ COM (2016) 26 af 28. Januar 2016, Forslag til rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde, s. 14.

⁴⁸ Cécile Brokelind i *Intertax* 2015, Volume 43, Issue 12, s. 816-824.

⁴⁹ C-282/12, *Itelcar*, præmis 34.

Formuleringen af bestemmelsen synes derfor at bygge på allerede velkendte principper og formuleringer om misbrug, som EU-Domstolen løbende har udviklet i praksis, eksempelvis i C-196/04, *Cadbury Schweppes* og C-110/99, *Emsland-Stärke*. Trods dette er det stadig langt fra afklaret, hvad der menes med misbrug.⁵⁰ Dette behandles i afsnit 2.3 og 2.4.

Misbrugsbestemmelsen som minimumsharmonisering

Misbrugsbestemmelsen til moder-/datterselskabsdirektivet er alene udtryk for minimumsharmonisering. Dette kommer til udtryk i ændringsdirektivets art. 1, stk. 4, der fastslår at direktivet ikke er ”til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug.”

Dette betyder at medlemsstaternes allerede vedtagne misbrugsbestemmelser stadig kan finde anvendelse. Det skal i denne sammenhæng understreges, at det kun er den misbrugsbestemmelse, der er vedtaget i ændringsdirektivet og den direkte implementering heraf, der er overensstemmende med EU-retten. En implementering der går ud over, hvad der er hensigten i direktivets misbrugsbestemmelse, vil derfor ikke blot skulle vurderes i forhold til hvorvidt den stemmer overens med direktivets bestemmelser, men vil ligeledes skulle vurderes i forhold til den primære EU-ret og fortolkningen heraf.⁵¹ Medlemsstaterne får derfor ikke mulighed for at eliminere den primære ret, ved at anvende sekundær ret, selvom det måske synes sådan ved første øjekast.⁵² Medlemsstaterne skal ved implementering af misbrugsbestemmelsen sørge for, at den er overensstemmende med hidtil kendelig praksis om den fri etableringsret og de kan derfor ikke vedtage lovgivning, der medfører en EU-stridig forskelsbehandling af grænseoverskridende og rent nationale transaktioner. Det må heraf også udledes, at artikel 1, stk. 4 ikke har til formål at skærpe det EU-retlige misbrugsbegreb, men at der blot gives medlemsstaterne en mulighed for på anden måde at forhindre misbrug, under forudsætning af, at denne alternative måde overholder EU-retten⁵³. I de tilfælde, hvor der ikke er tale om misbrug efter direktivets bestemmelse, men der er efter national lovgivning, vil det være op til

⁵⁰ Martin Poulsen i SR 2015.97 og Filip Debelva og Joris Luts i *European Taxation 2015*, Volume 55, no. 6, s. 223-234.

⁵¹ Romero J.S. Tavares og Bret N. Bogenschneider i *Intertax*, volume 43, issue 8 og 9, s. 486.

⁵² Filip Debelva og Joris Luts i *European Taxation 2015*, Volume 55, no. 6, s. 223-234.

⁵³ Martin Poulsen i SR 2015.97.

EU-Domstolen at afgøre, hvorvidt den nationale værnsregel er overensstemmende med EU-retten.

Som omtalt ovenfor, følger det af ændringsdirektivets femte betragtning, at formålet med misbrugsbestemmelsen er at skabe bedre sammenhæng i anvendelsen af direktivet, da der nu indføres en fælles ensartet minimumsregel. Men spørgsmålet er hvorvidt dette er tilfældet, når der i art. 1, stk. 4 gives adgang til, at interne regler, der forhindrer misbrug, kan bestå.

Dette må følgelig skabe udfordringer for den investor, der påtænker at etablere et datterselskab i en af EU's medlemsstater, da der nu blot er flere forskellige sæt regler, at sætte sig ind i. Nok er der et minimum gældende for alle medlemsstater, men der er stadig mange interne bestemmelser, der er forskellig fra medlemsstat til medlemsstat.⁵⁴

En stor del af den vedtagne misbrugsbestemmelse er altså overladt til EU-Domstolen at definere, og da dette kan tage årevis, må skatteyderen indtil da forholde sig til kravet om, at arrangementet skal tilrettelægges af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed og samtidig sørge for den nødvendige dokumentation herfor.⁵⁵ Derudover er det vigtigt fortsat at sætte sig ind i medlemsstaternes interne bestemmelser, der bekæmper misbrug. Der er formentlig ikke længere medlemsstater, som helt undlader at lovgive om misbrug.

2.3 Misbrug af sekundær EU-skatte

De skatteretlige direktiver giver positivt medlemsstaterne en mulighed for at nægte selskaber anvendelsen af direktivernes bestemmelser, når disse anvendes i en misbrugshensigt. Misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet er allerede ovenfor beskrevet, hvorfor fokus alene ligger på fusionsskattedirektivets og rente-/royaltydirektivets misbrugsbestemmelse i nærværende afsnit. Fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse af 1990 er imidlertid den bestemmelse, der blev skelet til ved udformningen af misbrugsbestemmelsen til rente-/royaltydirektivet, hvorfor der hovedsageligt fokuseres på bestemmelsen i fusionsskattedirektivet.⁵⁶ Der er imidlertid sket en begrænset ændring af ordlyden i fusionsskattedirektivets

⁵⁴ Cécile Brokelind i Intertax 2015, Volume 43, Issue 12, s. 816-824.

⁵⁵ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015, 203.

⁵⁶ Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret 1, 2013 s. 214.

misbrugsbestemmelsen med direktiv 2009/133/EF.⁵⁷ Ændringen synes ikke ud fra direktivets betragtninger, at skulle tillægges væsentlig betydning, hvorfor der ikke skelnes mellem praksis før og efter ordlydsændringen.⁵⁸

Der vil begyndelsesvis være en kort gennemgang af formål og anvendelsesområde for det pågældende direktiv. Derefter vil misbrugsbestemmelsen i det pågældende direktiv blive analyseret gennem henholdsvis en ordlydsfortolkning, samt en fortolkning af de af EU-Domstolens afgørelser, der har haft betydning for anvendelsen af bestemmelsen.

2.3.1 Fusionsskattedirektivet

Det følger af direktivets anden betragtning, at formålet med direktivet er at skabe lige vilkår ved *fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier*, hvad end disse udføres på nationalt område eller på tværs af EU's medlemsstater. Dette er en nødvendighed, hvis det indre marked skal fungere tilfredsstillende. Der ønskes således med direktivet indført skattnetrale regler, der ikke kan hindres af begrænsninger, ulemper eller fordrejninger i medlemsstaternes nationale skattelovgivning. Unionens selskaber skal kunne tilpasse sig vilkårene for det indre marked, øge deres produktivitet, samt styrke deres konkurrencemæssige stilling på det internationale marked, uden at der sker en forskelsbehandling, på baggrund af hvor disse vælger at etablere sig.

Fusionsskattedirektivet indeholder i art. 15, stk. 1, litra a, en misbrugsbestemmelse, med følgende ordlyd:

”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 som 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*

⁵⁷ Ændringen består hovedsageligt i, at bestemmelsen før ændring regulerede mod *skattesvig* og *skatteunddragelse*, søger den i nugældende direktiv af regulerede mod *skatteunddragelse* og *skatteundgåelse*. Den engelske udgave af direktivet anvender dog begreberne *tax evasion* og *tax avoidance* både før og efter ændringen. Ordlydsændringen tillægges derfor ikke videre betydning.

⁵⁸ Begge direktiver indeholder en betragtning om, at medlemsstaterne skal have mulighed for at afslå anvendelsen af direktivets bestemmelser, såfremt transaktionen har til formål at begå henholdsvis *skattesvig* og *skatteunddragelse* i det forgældende direktiv og *skatteunddragelse* og *skatteundgåelse* i det nugældende direktiv.

i selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.”

En transaktion må således ikke have skatteunddragelse eller skatteundgåelse som hovedformål, eller som et af hovedformålene. Det følger endvidere af bestemmelsen, at en transaktion, der ikke har gyldige forretningsmæssige årsager, vil skabe en formodning for, at der er tale om misbrug af direktivets bestemmelser. En forretningsmæssig årsag er søgt afgrænset gennem en eksemplificering, hvoraf det fremgår, at omstrukturering og rationalisering er gyldige forretningsmæssige årsager. Med denne formulering synes bestemmelsen umiddelbart at hindre sin egen anvendelse, da fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktie ombytning netop er udtryk for omstruktureringer, der efter direktivet skal gøres skatteneutrale.⁵⁹ Bestemmelsens anvendelse er imidlertid søgt afgrænset af EU-Domstolen flere gange.

Der blev således i sag C-28/95, *Leur Bloem* taget stilling til, at det ikke blot var bestemmelsens ordlyd, men tillige formålet hermed, der skulle definere rammerne for anvendelsen af bestemmelsen.

Leur Bloem var eneste selskabsdeltager i og direktør for to hollandske anpartsselskaber. Han påtænkte at erhverve anparter i et tredje anpartsselskab og lade betalingen ske ved ombytning med anparterne i de to førstnævnte selskaber. Transaktionen ville medføre, at Leur Bloem indirekte blev eneste selskabsdeltager i de to selskaber. Efter national lovgivning kunne beskattningen heraf udskydes ved fusion, men anmodningen herom blev imidlertid nægtet af de nationale skattemyndigheder. Sagen blev af denne grund indbragt for EU-Domstolen, der anførte, at medlemsstaterne kan fastlægge bestemmelser om, at der er formodning for skattesvig eller skatteunddragelse (efter bestemmelsens ordlyd på tidspunktet), såfremt en transaktion ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger.⁶⁰ Dog skal medlemsstaterne indrømme de skattemæssige fordele, direktivet giver selskaberne, medmindre hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen har skattesvig eller skatteunddragelse.⁶¹ Dette stemmer overens med ordlyden af bestemmelsen, hvorfor det må forventes at bestemmelsen

⁵⁹ Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret* 1, 2013 s. 214.

⁶⁰ C-28/95, *Leur Bloem*, præmis 39.

⁶¹ C-28/95, *Leur Bloem*, præmis 41.

ikke hindrer sin egen anvendelse, da der tillige skal lægges vægt på formålet med bestemmelsen.

Det bliver imidlertid ikke fastslået, hvad der menes med begreberne skattesvig og skatteunddragelse, hvorfor dette er op til de nationale medlemsstater at fastsætte rammerne for, under hensyntagen til proportionalitetsprincippet. Det bliver dog anført, at en generel regel, hvorefter visse transaktioner automatisk afskæres fra at kunne anvende direktivets bestemmelser, uden en vurdering af hvorvidt der foreligger skattesvig eller skatteunddragelse, er uoverensstemmende med direktivets formål.

EU-Domstolen forsøger i sag C-321/05, *Hans Markus Kofoed* at komme nærmere, hvad der konkret kan medføre skattesvig eller skatteunddragelse, som følge af misbrug af EU-rettens sekundære retsakter. Hans Markus Kofoed (herefter Kofoed) og Hans Toft (herefter Toft) ejede hver 50% af den samlede selskabskapital i Cosmopolit Holding ApS, der var et dansk anpartsselskab med en selskabskapital på 240.000 kr. I oktober 1993 erhvervede de hver én af to aktier i det irske kapitalselskab Dooralong Ltd. Umiddelbart efter blev selskabskapitalen i Dooralong Ltd. forhøjet med 21.000 nye aktier. Denne forhøjelse blev kort tid derefter fulgt af en ombytning af Kofoed og Tofts anparter i Cosmopolit Holding ApS med de nyudstedte aktier i Dooralong Ltd. Denne ombytning medførte, at Kofoed og Toft nu ejede hver 50% af Dooralong Ltd, der ejede 100% af Cosmopolit Holding ApS. Få dage efter den skattefrie aktieombytning, modtog Dooralong en udbyttebetaling fra sit danske datterselskab Cosmopolit Holding ApS på 2.742.616 IEP (ca. 26.000.000 danske kroner). Denne udbytteudlodning blev få dage herefter anvendt til at udlodde et udbytte på 2.742.116 IEP til selskabsdeltagerne Kofoed og Toft, der var af den overbevisning at dette skulle foregå skattefrit, på baggrund af reglerne i fusionsskattedirektivet om skattefrie ombytning af aktier.

Dette blev imidlertid tilsidesat af de danske skattemyndigheder, idet det fandtes at udbyttet skulle anses som en kontant udligningssum, som maksimalt måtte udgøre 10% af den pålydende værdi af de udleverede værdipapirer, hvilket var overskredet. Sagen blev herefter indbragt for EU-Domstolen. Det er i denne sammenhæng imidlertid kun interessant, hvad der blev anført om misbrug.

EU-Domstolen lægger først og fremmest til grund, at direktivets misbrugsbegreb afspejler det almindelige retsmisbrugsbegreb.⁶² Det fastslås i samme ombæring, at det ikke er hensigten, at

⁶² C-321/05, *Kofoed*, præmisserne 37-48.

direktivets bestemmelser skal anvendes i en misbrugshensigt. Direktivets bestemmelser er således ikke ment til at omfatte situationer, hvor en given transaktion ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene for retsstridigt at opnå en fordel.⁶³

I afgørelsen fastlægger EU-Domstolen, med henvisning til Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, at der synes at være indicier for, at der kunne være tale om retsmisbrug.⁶⁴ Blandt andet forelå der ikke en gyldigt forretningsmæssig årsag til grund for aktieombytningen, der snarere synes at være båret af skattemæssige hensyn. En aktieombytning, der alene har til formål at spare skat, opfylder imidlertid ikke direktivets krav til *gyldige forretningsmæssige årsager*. En yderligere indikation for, at der forelå misbrug af direktivets bestemmelser, er at der var en nær tidsmæssig sammenhæng mellem den omstridte aktieombytning og udbytteudlodningen. I denne forbindelse blev det også fastlagt, at Kofoed og Toft var vidende om en nærtforestående ændring i den dansk-irske DBO, der ville medføre, at aktieombytningen ikke kunne ske på samme fordelagtige vilkår. Kofoed og Toft havde derfor med transaktionen undgået en allerede konstateret skattepligt, ved at anvende de muligheder for skattefri grænseoverskridende omstruktureringer, der gives i fusionsskattedirektivet. Det almindelige misbrugsbegreb synes på denne baggrund at være et spørgsmål om at afværge en allerede konstateret og faretruende skattepligt.⁶⁵

Det interessante i denne afgørelse er imidlertid, at EU-Domstolen samtidig fastlægger, at misbrugsbestemmelsen ikke finder anvendelse i Danmark, fordi der ikke findes en national bestemmelse, der kan være udtryk for en implementering af direktivets misbrugsbestemmelse. Danmark kan således ikke påberåbe sig direktivets misbrugsbestemmelse, da dette direkte vil stride mod retssikkerhedsprincippet.⁶⁶ En sådan chance for at kunne anvende direktivets bestemmelser uden implementering vil underminere det faktum, at direktiver ikke uden videre kan skabe forpligtelser for borgere, såfremt der ikke sker en korrekt implementering heraf i national lovgivning.

⁶³ C-321/05, *Kofoed*, præmis 38 og C-126/10, *Foggia*, præmis 49 og 50.

⁶⁴ C-321/05, *Kofoed*, præmis 39 med henvisning til Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-321/05, pkt. 59.

⁶⁵ Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret* 1, 2013 s. 218.

⁶⁶ C-321/05, *Kofoed*, præmis 42.

EU-Domstolen fastslår samtidig, at det almindelige retsmisbrugsprincip ikke finder anvendelse, i tilfælde hvor området i forvejen er direktivdækket, hvilket medfører at det EU-retlige misbrugsbegreb heller ikke kan anvendes til at nægte den omstridte omstrukturering.

Det skal imidlertid bemærkes, at en dansk implementering ikke nødvendigvis ville medføre, at den omstridte omstrukturering ville blive afvist med misbrug som begrundelse, da der udelukkende var indicier for, at der forelå misbrug. Det ville derefter være op til den nationale skattemyndighed at afgøre om disse var forenelige med en eventuel national implementering af misbrugsbestemmelsen.

I EU-Domstolens afgørelse i sag C-126/10, *Foggia*, der ligeledes vedrørte omstrukturering efter fusionsskattedirektivet, bemærker EU-Domstolen, at en fusion imellem to selskaber, hvoraf det ene ikke udøver økonomisk virksomhed, men alene overfører tab til det andet selskab, kan være en indikation for, at der ikke foreligger *forsvarlige økonomiske betragtninger*.⁶⁷ Denne formodningsregel skabes på trods af, at der i den pågældende sag syntes at være en besparelse i de strukturelle omkostninger på baggrund af fusionen. Domstolen bemærker således: ”*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.*”⁶⁸

Det synes altså at være et væsentligt element i vurderingen, at der tages højde for formålet med fusionsskattedirektivet og formålet med misbrugsbestemmelsen. Samtidig kan anvendelsen af direktivets misbrugsbestemmelse ikke afvises ud fra den blotte omstændighed, at der består andre hensyn og fordele ved den pågældende omstrukturering. Med andre ord er det ikke tilstrækkeligt at undersøge, hvorvidt de formelle forhold er overensstemmende med direktivet – det skal således også undersøges om realiteten efterlever de formelle betragtninger.

2.3.2. Rente-/royaltydirektivet

Rente-/royaltydirektivet har til formål at ophæve international dobbeltbeskatning ved koncerninterne rente- og royaltybetalinger inden for EU. Betalinger af renter eller royalties, der

⁶⁷ Denne formulering må forventes at være overensstemmende med direktivets *gyldige forretningsmæssige årsager*.

⁶⁸ C-126/10, *Foggia*, præmis 49.

opstår i en medlemsstat, fritages for enhver skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, jf. art. 1, stk.1.

Formålet med dette, er at sikre at der ikke sker en dobbelt kildebeskatning af renter og royalties, når disse flyder fra en medlemsstat til en anden. Det er imidlertid en betingelse for anvendelsen af direktivet, at betalingen sker til den retmæssige ejer.⁶⁹ Dette begreb er imidlertid ikke defineret i direktivet, og det er derfor overladt til EU-Domstolen at afgøre, hvad indholdet er.

Misbrugsbestemmelsen er indsat i direktivets art. 5, der som beskrevet tidligere er udformet efter fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse, hvorfor denne også skal fortolkes i overensstemmelse hermed. Dette medfører ligeledes, at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med det almindelig retsmisbrugsprincip.

2.4 Misbrug af primær EU-ret

Retten til fri etablering er en af de grundlæggende friheder som Traktaten giver Unionens statsborgere og den bliver dermed en del af den primære EU-ret. Den er en grundsten i det indre marked og den er med til at sikre, at målet for det indre marked opfyldes, nemlig at alle grænseoverskridende transaktioner skal være neutrale, set i forhold til nationale transaktioner. Skatteretligt volder dette imidlertid en række problemer, fordi skattelovgivningen på tværs af grænserne, som beskrevet tidligere, ikke er ensartet. Dette skyldes til dels, at der kun findes ganske få harmoniseringstiltag, herunder eksempelvis moder-/datterselskabsdirektivet.

Af denne grund er mere og mere af den EU-retlige lovgivning på området for direkte skatter udformet efter EU-Domstolens fortolkning af primær EU-ret.⁷⁰ Dette gælder for så vidt også misbrug heraf.

Både moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet indeholder som sagt bestemmelser, der sikrer mod misbrug, men ingen af disse definerer begrebet *misbrug*. Det har EU-Domstolen derimod forsøgt i praksis, eksempelvis gennem fortolkning af retten til fri etablering.

Misbrugsprincippet er mere end 40 år gammelt og udspringer af EU-Domstolens dom i sag C-33/74, *Van Binsbergen*. Dette medfører, at hvis der i en konkret sag foreligger misbrug, er det

⁶⁹ Direktiv 2003/49/EF, *rente-/royaltydirektivet*, femte betragtning.

⁷⁰ Thomas Rønfeldt, *Skatteværn og EU-frihed*, 2010, s. 174.

ikke muligt for en borger eller et selskab at støtte ret på EU-bestemmelserne, da de normale rettigheder bortfalder. I skattesager anvendes princippet ofte på en anden måde, således at det formulerer de ydre grænser for, hvornår medlemsstaterne kan indføre værnsregler til imødegåelse af skatteunddragelse.⁷¹ Det er også derfor, at misbrugsbegrebet skal udledes ud fra principper i sager, der konkret omhandler hvorvidt nationale værnsregler kan opretholdes, eksempelvis på baggrund af skatteunddragelse. Det skal dog understreges, at skatteunddragelse ikke er det samme som misbrug, men blot er en delmængde af begrebet, som indeholder meget mere.⁷² Det skatteretlige, såvel som det civilretlige misbrugsbegreb kan imidlertid stadig udledes ud fra sager, der behandler skatteunddragelse.⁷³

Til trods herfor er det stadig svært at udlede præcist hvordan misbrugsbegrebet skal anvendes, samt hvilken styrke begrebet har.⁷⁴ Nærværende afsnit forsøger at udlede generelle principper om misbrug af etableringsfriheden ud fra EU-Domstolens praksis.

2.4.1 Misbrug af retten til fri etablering

Domstolen har i nyere praksis flere gange fastslået, at det er fuldt acceptabelt, at Unionens borgere og selskaber, tilrettelægger sine transaktioner efter det faktum, at der findes forskellig lovgivning i de enkelte medlemsstater.⁷⁵

Dette blev eksempelvis fastlagt i den selskabsretlige sag C-212/97, *Centros*. Denne sag omhandlede et dansk ægtepar, der etablerede et private limited company (efter dagældende dansk ret et udenlandsk anpartsselskab) i England, hvoraf de hver ejede 50%. Samme år ønskede parret at registrere en filial i Danmark, hvilket blev afvist af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, med den begrundelse, at parret udelukkende søgte at omgå det danske krav om, at der ved stiftelsen af et anpartsselskab samtidig skulle erlægges minimum 200.000 kr. i indskudskapital. I England var der ikke lignende krav, idet selskabet blev registreret med en selskabskapital på blot 100 britiske pund, der ikke skulle indbetales. Domstolen bemærkede hertil, at der allerede var givet medlemsstaterne mulighed for at opstille foranstaltninger til at hindre misbrug

⁷¹ Karsten Engsig Sørensen i SU 2008.84.

⁷² Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret 1, 2013 s. 173.

⁷³ Martin Poulsen i Tfs 2011.905.

⁷⁴ Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret 1, 2013 s. 167.

⁷⁵ C-212/97, *Centros* på det selskabsretlige område og C-294/97, *Eurowings* og C-315/02, *Lenz* på det skatteretlige område.

af traktatens rettigheder, men at det forhold, at parret har draget fordel af, at skattelovgivningen i en anden medlemsstat er mere fordelagtig, end i den stat de er statsborgere, ikke i sig selv kan medføre, at der foreligger misbrug af traktatens rettigheder.⁷⁶ Denne holdning synes imidlertid ikke at være afsmittende på det skatteretlige område, hvilket behandles nedenfor.

Domstolen fastslår således at den etableringskæde, som ægteparret søger at skabe, er overensstemmende med formålet med retten til fri etablering. Hermed gives der også udtryk for at medlemsstaterne ved vurderingen af om der foreligger misbrug, skal inddrage formålet med den anvendte EU-retlige bestemmelse.

Det følger tillige af praksis, at i tilfælde hvor et selskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, opretter en sekundær etablering i en anden medlemsstat, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om skattesvig (og dermed tillige misbrug), jf. sag C-478/98, *Kommissionen mod Belgien* og sag C-334/02, *Kommissionen mod Frankrig*. Det er således fuldt overensstemmende med EU-retten at etablere sig i en anden medlemsstat, selv om det sker som en sekundær etablering. Nedenstående afsnit viser, at en sekundær etablering kun kan nægtes anvendelsen af de rettigheder, der udspringer af EU-retten, såfremt etableringen har karakter af et kunstigt arrangement.

2.4.2 Rent kunstige arrangementer

Det er fast praksis at der foreligger misbrug af EU-skatteretten, i tilfælde hvor der opnås fordel af EU-rettens bestemmelser på baggrund af et kunstigt arrangement.⁷⁷

Første gang EU-Domstolen tog stilling til dette begreb var i sag C-264/96, *ICI*. ICI, der var et engelsk moderselskab, ønskede fradrag for et driftstab lidt af et datterselskab, der var hjemmehørende i en anden medlemsstat. Dette kunne gennem regler om sambeskatning lade sig gøre nationalt, og ICI mente derfor også, at det skulle være tilladt i grænseoverskridende tilfælde. ICI fik ret i sin påstand og EU-Domstolen fastslog at denne forskelsbehandling var i strid med retten til fri etablering. Som et element i prøvelsen af den nationale regel, blev begrebet kunstige arrangementer inddraget: ”...at den i hovedsagen omtvistede lovgivning ikke specielt har til formål at udelukke at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå Det Forenede Kongeriges skattelovgivning, kan give en skattefordel, men generelt tager sigt på

⁷⁶ C-212/97, *Centros*, præmis 27. Det samme kan udledes i C-167/01, *Inspire Art*.

⁷⁷ Jf. eksempelvis Jeppe R. Stokholm, EU skatteret, 2008 s. 98 og Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret, 2013 s. 140.

enhver situation, i hvilken flertallet af en koncerns datterselskaber af en eller anden grund er blevet etableret uden for Det Forenede Kongerige. Etableringen af et selskab uden for Det Forenede Kongerige indebærer imidlertid ikke i og for sig en skatteunddragelse, idet den pågældende selskab under alle omstændigheder er omfattet af skattelovgivningen i etableringsstaten.”⁷⁸ Det anerkendes altså, at rent kunstige arrangementer kan begrunde nationale hindringer for den fri etableringsret. Det er dog et krav at den nationale bestemmelse specifikt har til formål at udelukke rent kunstige arrangementer, og således ikke blot er udtryk for en generel udelukkelse af grænseoverskridende arrangementer. Med andre ord må nationale regler, der forhindrer misbrug af EU-retten ikke være automatprægede og abstraktpræventive, men må alene ramme ”rent kunstige konstruktioner”, og disse skal udfindes sag for sag.⁷⁹

En holdning, der blev uddybet i sag C-9/02, *Du Saillant*, der omhandlede en fransk bestemmelse, om at beskatte latente avancer på selskabsrettigheder, i tilfælde af at en skattepligtig flyttede sit hjemsted til en anden medlemsstat. Frankrig var af den overbevisning, at det var en specifik hindring for skatteunddragelse og dermed misbrug ligeså og fandt den derfor overensstemmende med EU-D afgørelse i ICI-sagen. EU-Domstolen uddyber dog begrebet og fastslår, at for at en bestemmelse specifikt skal kunne udelukke rent kunstige arrangementer, skal der være mulighed for at vurdere den flyttende skatteyder og dennes hensigt med flytningen i den konkrete sag. Det bliver samtidig slået fast, at det ikke er tilstrækkeligt, at en beskatning er gunstigere i en anden stat, eller at der kan opstå dobbelt ikke-beskatning, for at en national værnsregel kan opretholdes. Det kræver et kunstigt arrangement.

I sag C-196/04, *Cadbury Schweppes* forsøger EU-Domstolen for første gang at definere hvad der menes med *et rent kunstigt arrangement*, hvilket sker gennem en proportionalitetstest af begrebet. Sagen omhandlede et engelsk moderselskab i Cadbury Schweppes-koncernen, der ifølge engelsk lovgivning skulle sambeskattes med et datterselskab med mobile indkomster, der var hjemmehørende i Irland, hvor beskatningen kun udgjorde $\frac{3}{4}$ af det engelske beskatningsgrundlag. Den engelske regering fandt, at denne tvungen sambeskatning kunne retfærdiggøres i hensynet til at bekæmpe misbrug, ved etablering af rent kunstige arrangementer. Domstolen fastslår at for at konstatere, at der er et kunstigt arrangement, må etableringen ikke svare til en økonomisk realitet. Hvis etableringen svarer til en økonomisk realitet kan de nati-

⁷⁸ C-264/96, ICI, præmis 26.

⁷⁹ Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i Tfs 2006.603.

onale værnsregler ikke opretholdes, heller ikke selvom der har været et skattemæssigt formål med etableringen. Med økonomisk realitet menes, at der er en reel etablering der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed. Vurderingen skal kunne efterprøves af tredjemand, eksempelvis ved en undersøgelse af selskabets fysiske eksistens gennem lokaler, personale og udstyr.⁸⁰ I tilfælde, hvor denne efterprøvelse fører til den konstatering, at der foreligger en etablering uden økonomisk realitet, vil selskaber blive betragtet som et rent kunstigt arrangement. Dette er eksempelvis tilfældet ved datterselskaber, der udelukkende er ”postkasseselskaber” eller ”skærmselskaber”, jf. eksempelvis sag C-341/04, *Eurofoods IFSC*.

Cadbury-Schweppes dommen tydeliggør, at EU-Domstolen i sin vurdering af kunstige arrangementer anvender en realitetsbetragtning, der indebærer at selskabets formelle karakteristika er af mindre betydning. (Dette princip kaldes også substance-over-form). I denne vurdering må det forventes, at selskabets transaktioner ligeledes undersøges, for hvorvidt disse er udtryk for misbrug. Der ses altså ikke udelukkende på selve etableringen.

Det fastslås yderligere i Cadbury Schweppes-dommen at en medlemsstat ikke automatisk må straffe et indenlandsk moderselskab for at vælge et lavskattelands som domicil for sit datterselskab. Det er kun såfremt det kan bevises, at arrangementet er af kunstig karakter, at selskabet ikke kan nyde godt af EU-rettens fordele. Adgangen til at konstatere misbrug skal derfor fortolkes indskrænkende, hvilket stemmer overens med det faktum, at adgangen i sig selv er en undtagelse.

Dommen illustrerer endvidere, at spørgsmålet om misbrug er nært relateret til vurderingen, af hvorvidt et arrangement er kunstigt og i uoverensstemmelse med det mål, der forfølges med etableringsfriheden.⁸¹ Der bliver dermed sat lighedstegn mellem et kunstigt arrangement og misbrug i denne dom.

Begrebet *reel økonomisk virksomhed* blev allerede i sag C-221/89, *Factorfame II* defineret af EU-Domstolen. Det blev nemlig fastslået: ”at begrebet etablering som omhandlet i Traktatens artikel 52 ff. omfatter den faktiske udøvelse af en økonomisk aktivitet ved hjælp af **en fast indretning i en anden medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum.**”⁸² (Egen fed markering). Dette illustrerer at det skal indgå i vurderingen af et kunstigt arrangement, om den pågældende etablering er tidsbegrænset og har en fast indretning. Denne sidste del er med stor

⁸⁰ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 67.

⁸¹ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 55.

⁸² C-221/89, *Factorfame II*, præmis 20.

sandsynlighed samme vurdering, som der i Cadbury Schweppes-dommen foretages om lokaler, personale og udstyr.

I sag C-347/04, *Rewe Centralfinanz* bliver det fastslået, at den omstændighed at der er konstateret vedvarende tab lidt af et udenlandsk datterselskab, ikke er tilstrækkeligt til at fastlægge, at der er tale om et kunstigt arrangement.

I efterfølgende praksis defineres begrebet ofte, som ”...arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område”⁸³

Denne formulering modificeres en smule i sag C-330/07, *Jobra*, hvor formålet med det kunstige arrangement skal være at opnå en *skattefordel*, i stedet for som tidligere, hvor formålet var at undgå en normal skyldig skat af overskud, der optjenes ved virksomhed. Der henvises dog i samme ombæring til tidligere praksis, hvorfor dette ikke må tillægges større betydning. Begrebet skattefordel er dog bredere, da skattefordele kan være meget mere end at undgå en normal skyldig skat, men ligeledes kan være at opnå henstand med en skattebetaling.⁸⁴

Som det er set ovenfor er begreberne misbrug og kunstige arrangementer anvendt i mange år og dermed også forsøgt defineret mange gange. EU-Domstolens praksis viser dog, at der knyttes strenge betingelser til en national værnsregel, hvis denne skal begrundes i dette begreb. For at noget kan kvalificeres som kunstigt, er det altså nødvendigt at der ikke er nogen økonomisk realitet, jf. eksempelvis Cadbury Schweppes-dommen.

Der er således intet ulovligt i at etablere sig i et andet land. Det ulovlige element indtræder først hvis etableringen ikke er reel og i stedet blot fungerer som et proformainstitut, til at placere en del af moderselskabets indkomst i et lavskattelands.⁸⁵ Det er følgelig kun i tilfælde, hvor der kan konstateres at der foreligger et kunstigt arrangement, at der er misbrug af EU-retten.

Trods en del forsøg på at udforme begrebet, er det stadig flyvsk og flere dele af de elementer der indgår i vurderingen er svære en gennemskue, især fordi det er forskelligt fra sag til sag,

⁸³ C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. præmis 74 og 75. Lignende formuleringer findes i C-231/05, *Oy AA*, præmis 62 og C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 55 og 56.

⁸⁴ Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret* 1, 2013 s. 148.

⁸⁵ Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i Tfs 2006.603.

hvad der eksempelvis er bevis for en reel etablering. Der kan af denne grund ikke siges noget generelt om hvordan denne vurdering skal foretages. Der gives en række instrukser, men intensiteten heraf bliver ikke bestemt, hvorfor det er muligt at indholdet kan afvige fra sag til sag. Der skal imidlertid erindres om, at EU-retten er dynamisk og bliver udformet efter et sag-til-sag princip, hvorfor det er muligt at begrebet bliver defineret mere dybdegående i fremtiden.⁸⁶ Hvis ikke, er det op til medlemsstaternes skatteadministrationer, at vurdere hvornår et arrangement er kunstigt ud fra de givne instrukser.

⁸⁶ Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i Tfs 2006.603.

3.0 Den danske implementering

Moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse er implementeret i dansk skatteret i ligningslovens § 3, som en del af den såkaldte skattelypakke. Misbrugsbestemmelsen benævnes i denne sammenhæng som en international omgåelsesklausul.⁸⁷ Implementeringen består imidlertid af to forskellige klausuler – én der behandler misbrug af sekundær EU-ret på området for direkte skatter og én der er gældende for misbrug af de med Danmark indgåede DBO'er. Tilsammen udgør de én, for Danmark, gældende international omgåelsesklausul. På trods af, at misbrugsklausulen vedrørende misbrug af EU-retten sker som en implementering af EU's ændring til moder-/datterselskabsdirektivet af 27. januar 2015, indeholder den danske bestemmelse endvidere en omgåelsesklausul gældende for fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet. Der er således sket en merimplementering. Den danske omgåelsesklausul i ligningslovens § 3 har virkning fra 1. maj 2015.

Nærværende afsnit vil gennem en ordlydsfortolkning, samt en fortolkning af bestemmelsens forarbejder søge at fastslå, hvad indholdet af den danske omgåelsesklausul er, samt hvad lovgiver har tilstræbt at opnå med bestemmelsen. Der vil blive skelnet mellem den for EU gældende omgåelsesklausul og den, der er gældende for de danske DBO'er.

3.1 Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2

Den del af den internationale omgåelsesklausul, der søger at bekæmpe misbrug af fordele, tildelt gennem national implementering af sekundær EU-ret, herunder henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet, fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet er placeret i ligningsloven § 3, stk. 1 og 2.

Moder-/datterselskabsdirektivet er implementeret i national lovgivning gennem selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c, for så vidt angår udbyttemodtagere, der er udenlandske moderselskaber, i kildeskatteloven § 2, stk. 1, nr. 6 vedrørende udbytteudbydere, som er fysiske personer, der modtager udbyttet gennem et transparent moderselskab, og slutteligt i selskabsskatteovens § 13, stk. 1, nr. 2 for så vidt angår udbytter, der modtages fra et udenlandsk datterselskab. Fusionsskattedirektivet er implementeret ved fusionsskatteoven § 15-15d og aktieavancebeskatningslovens § 36 og rente-/royaltydirektivet er implementeret i selskabsskatteovens

⁸⁷ Jf. daværende skatteminister Benny Engelbrechts fremsættelse til lovforslag L 167 af 20. Marts 2015.

§ 2, stk. 1, litra d, g og h. Det er således misbrug af disse, omgåelsesklausulen har til formål at hindre.

Vedtagelsen af en generel omgåelsesklausul i national ret skal ses i lyset af EU-Domstolens afgørelse i sag C-321/05, *Kofoed*, som er nærmere behandlet i afsnit 2.3.1.⁸⁸ Heraf fremgår det, at medlemsstater ikke kan påberåbe sig EU-rettens misbrugsbegreb, hverken efter primær eller sekundær ret, såfremt der i national ret ikke er en bestemmelse, der kan rumme indholdet af de sekundære retsakters misbrugsbegreb. Med denne klausul har dansk skatteret for fremtiden en bestemmelse, der skal hindre misbrug af EU-retlige fordele. Hvorvidt denne klausul udgør en korrekt implementering er imidlertid en anden sag, som ikke behandles nærmere her. Problemstillingen vil dog blive behandlet i del fire.

Omgåelsesklausulen i er vedtaget med følgende ordlyd:

§ 3. Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af [moder-datterselskabsdirektivet], [rente-/royaltydirektivet] og [fusionsskattedirektivet] som implementeret i dansk lovgivning, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

Klausulen udgør således i store træk en ordret implementering af misbrugsbestemmelsen til moder-/datterselskabsdirektivet.⁸⁹ Der skal derfor også her ske en fireleddet test, hvori indgår en vurdering af, om der er tale om et arrangement eller en serie af arrangementer, en vurdering af hvorvidt et af hovedformålene med transaktionen er at opnå en skattefordel, og en undersøgelse af hvorvidt denne skattefordel strider mod formålet af direktivet. Slutteligt indeholder testen en vurdering af hvorvidt arrangementet kan karakteriseres som reelt under hensyntagen til, om det er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den

⁸⁸ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015, 203.

⁸⁹ Martin Poulsen i SR 2015.97.

økonomiske virkelighed. En vurdering lignende den EU-Domstolen skal udføre ud fra direktivets misbrugsbestemmelse. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at vurderingen er den samme. Dette vil afhænge af hvad skattemyndighederne, og i sidste ende de danske domstole finder som værende *et hovedformål, en skattefordel*, og ikke mindst *et reelt arrangement*. Dette er ikke nødvendigvis det samme, som det EU-Domstolen vil vurdere er indholdet af begreberne, men eftersom der er tale om en ordret implementering, skabes en formodning for at transaktioner, der er omfattet af direktivet, skal fortolkes efter det EU-retlige misbrugsbegreb.⁹⁰ Netop dette spørgsmål er også blevet stillet skatteministeren i forbindelse med høring af lovforslaget, hvortil han bemærkede at omgåelsesklausulen i nogen grad er inspireret af domspraksis (her menes i sammenhængen EU-domspraksis).⁹¹

Det er ikke alene klausulens ordlyd, men tillige forarbejderne dertil, der indikerer at der er tale om en bestemmelse, for så vidt angår misbrug af fordele tildelt efter moder-/datterselskabsdirektivet, der har samme indhold og formål som misbrugsbestemmelsen til moder-/datterselskabsdirektivet. Det fremgår således af det fremsatte lovforslag: *”Klausulen anvendes for at imødegå arrangementer, der i deres helhed ikke er reelle. Eller hvor enkelte trin eller dele i sig selv ikke er reelle. [...] Omgåelsesklausulen kan anvendes for at imødegå disse specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet. Dermed vil effektiviteten af klausulen blive størst mulig, samtidig med at det sikres, at klausulen står i et rimeligt forhold til målet.”*⁹² Samme princip om proportionalitet fremgår af ændringsdirektivets ottende betragtning.

Selve formålet med omgåelsen synes at være det dominerende aspekt i den generelle klausul. Udfordringen med en sådan klausul er, at lovgivningsmagten overlader indflydelsen på, hvorledes rammerne for klausulen skal være, da kompetencen hertil gives til skattemyndighederne og i sidste ende domstolene.⁹³ Dette kan imidlertid give anledning til problemer, da der til denne del af omgåelsesklausulen ikke gives yderligere vejledning om hvilket indhold lovgivningsmagten forventer, at de pågældende begreber skal have. Det konstateres blot, at skattemyndighederne skal vurdere de enkelte dele i et arrangement gennem en objektiv analyse af

⁹⁰ Martin Poulsen i SR 2015.97.

⁹¹ jf. skatteministerens svar i bilag 1 til lovforslagets behandling, s. 24-25, jf. Martin Poulsen i SR 2015.97.

⁹² LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 14.

⁹³ Aage Michelsen i SPO.1984.96.

fakta.⁹⁴ Denne manglende vejledning er udgangspunkt for en del kritik i de høringssvar, Skatteministeriet har modtaget.⁹⁵ FSR – Danske Revisorer påpeger således, at klausulens ordlyd kan medføre usikkerhed om anvendelsen og fortolkningen, hvilket i sidste ende kan skade retssikkerheden.⁹⁶ Den manglende begrebsfastsættelse kan skyldes det faktum, at klausulen skal fortolkes i lyset af EU-Domstolens praksis og at det stadig er uklart, hvorvidt indholdet af de pågældende begreber allerede er fortolket. Dette afhænger af hvorvidt der kan sættes lighedstegn mellem et *kunstig arrangement* og et *ikke-reelt arrangement*, samt mellem *gyldige forretningsmæssige årsager* og *velbegrundende kommercielle årsager*. Det kan dog stadig skabe problemer, at skattemyndighederne skal vurdere begreberne i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, i de tilfælde, hvor der ikke kan drages en direkte parallel mellem det pågældende arrangement og EU-Domstolens praksis om misbrug. Der skal i denne forbindelse erindres om, at det i afsnit 2.4 blev fastslået, at indholdet af EU-rettens misbrugsbegreb endnu ikke er fuldstændig defineret, hvorfor udformningen af den nye omgåelsesklausul i sidste ende vil blive fastslået ud fra et skøn fra skattemyndighedernes side. Hvorvidt dette skøn er en korrekt fortolkning af EU-Domstolens praksis vil i sidste ende skulle fortolkes af EU-Domstolen selv. Det kan derfor ende med at blive en tidskrævende proces at få fortolket det nærmere indhold af omgåelsesklausulen.⁹⁷

Dette faktum forstærkes imidlertid også af, at det fremgår af forarbejderne, at det forventes at den nye omgåelsesklausul vil få et bredere anvendelsesområde end den hidtil gældende (rets)praksis.⁹⁸ Hvorvidt der i denne sammenhæng hentydes til national eller EU-retlig praksis er uklart, men uanset hvilken praksis der refereres til, forventer Skatteministeriet at omgåelsesklausulen vil kunne underkende flere skattetransaktioner, end hidtil. Denne forventning kan opstå på baggrund af, at omgåelsesklausulen sammensmelter forskellige direktivers misbrugsbestemmelser eller den kan opstå som følge af, at Danmark ikke hidtil har haft lignende bestemmelser og dermed heller ikke har haft hjemmel til at nægte anvendelsen af direktiverne, når disse anvendes i en misbrugshensigt.

Det skal endvidere bemærkes, at klausulen udelukkende gælder for grænseoverskridende arrangementer, idet den kun gælder for skattesubjekter, der i forvejen kan opnå direktiv- eller

⁹⁴ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 14.

⁹⁵ Jf. eksempelvis FSR's høringssvar af 25. februar 2015, s. 1.

⁹⁶ FSR høringssvar af 25. februar 2015 s. 1.

⁹⁷ Martin Poulsen i SR 2015.97.

⁹⁸ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 9.

overenskomstmæssige fordele. I Danmark gælder det både fuldt og begrænset skattepligtige, samt fysiske, som juridiske personer, jf. selskabsskatteloven afsnit 1 og kildeskattelovens afsnit 1.

3.1.1 Dansk praksis før vedtagelsen af omgåelsesklausulen

Danmark havde ikke indtil indførelsen af ligningslovens § 3 udnyttet muligheden for at opstille nationale regler om *svig og misbrug*.⁹⁹

Det fremgår af det fremsatte lovforslag, at en national beskatning, før indførelsen af omgåelsesklausulen, ikke blev gennemført, førend der var foretaget en bedømmelse af realiteten af en given transaktion eller et givet arrangement. Praksis blev derfor fundet overensstemmende med EU-Domstolens praksis vedrørende princippet om substance-over-form.¹⁰⁰ Der har imidlertid ikke været direkte hjemmel til at underkende et arrangement som misbrug, i tilfælde hvor substansen ikke blev fundet reel. Denne hjemmel er nu skabt med vedtagelsen af omgåelsesklausulen.

I stedet for EU-rettens misbrugsbegreb har det i national ret været afgørende, om den udenlandske udbyttmodtager er retmæssig ejer (beneficial owner) af udbyttet, efter DBO'ernes forstand.¹⁰¹ Hvis dette ikke var tilfældet, blev en transaktion eller et arrangement vurderet som misbrug, der ikke kunne nyde godt af en skattefritagelse.¹⁰² At der henvises til et princip, der er gældende i DBO'erne stemmer dårligt overens med EU-retten, der har højere status end en DBO i lande, der er medlem af EU.¹⁰³

Hvad der ligger i begrebet retmæssig ejer er omdiskuteret i teori og praksis og skal ikke undersøges nærmere her. Det er dog interessant at bemærke, at skattemyndighederne og de danske domstole hidtil har sammenholdt begrebet med moder-/datterselskabsdirektivet, som ingen steder stiller som krav for anvendelsen heraf, at udbyttet betales til den retmæssige ejer. Moder-/datterselskabsdirektivet stiller alene krav om, at udbyttet udbetales til et moderselskab, der minimum ejer 10 % af datterselskabet, samt at det har besiddet disse aktier i en pe-

⁹⁹ Medlemsstaterne kunne efter ordlyden af den gamle misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet indføre interne regler, som var nødvendige for at hindre *svig og misbrug*.

¹⁰⁰ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 9.

¹⁰¹ jf. eksempelvis SKM 2010.268.LSR.

¹⁰² LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 9.

¹⁰³ C- 307/97, *Saint Gobain*, præmis 64.

riode på mindst to år.¹⁰⁴ Der er således intet krav om, at udbyttmodtager er den retmæssige ejer heraf.¹⁰⁵ Retmæssig ejer problematikken omhandler kort fortalt en undersøgelse af, om moderselskabet har ultimativ kontrol med datterselskabet, bærer risikoen for forretningsførelsen deri og opnår fordelene i forbindelse hermed. Det må formodes at et moderselskab, der alene ejer 10% af aktierne i et datterselskab, ikke kan leve op til disse krav, selvom det efter moder-/datterselskabsdirektivet har ret til at modtage udbytte skattefrit. I den sekundære EU-skatteret er det alene i rente-/royaltydirektivet, der stilles krav om at modtageren af renterne skal til den retmæssige ejer. Det fremgår således også af forarbejderne, at hidtidig praksis vedrørende rente-/royaltydirektivet også har været at fastslå, hvorvidt rentemodtager er retmæssig ejer.¹⁰⁶

På baggrund af, at Danmark som benævnt ikke havde en national misbrugsbestemmelse før ligningslovens § 3, har der derfor heller ikke været skabt en direkte hjemmel til at tilsidesætte en skattefritagelse efter moder-/datterselskabsdirektivet, grundet et krav om retmæssig ejer.

3.1.2 En fælles omgåelsesklausul for de sekundære skatteretlige direktiver

Den vedtagne omgåelsesklausul er ikke en fælles implementering af de sekundære skatteretlige direktivers misbrugsbestemmelser. Det er en direkte implementering af misbrugsbestemmelsen til moder-/datterselskabsdirektivet og ifølge forarbejderne er det tillige denne bestemmelse, der forventes at gælde fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet.¹⁰⁷ Danmark udstrækker således anvendelsesområdet for denne ene bestemmelse, til at gælde langt flere arrangementer. Dette sker til dels på baggrund af, at fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet efter dansk vurdering giver samme mulighed, som moder-/datterselskabsdirektivet til at afskære skatteydere, fra at opnå skattelempelser efter direktiverne, hvis arrangementer eller transaktioner er i strid med nationale eller aftalebaserede omgåelsesklausuler.¹⁰⁸ Dette er imidlertid kun tilfældet for rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet, og alligevel gælder det kun for så vidt, at den nationale eller aftalebaserede omgåelsesklausul ikke er i strid med EU-Domstolens praksis om misbrug. Misbrugsbestemmelserne afskærer således kun transaktioner eller arrangementer, såfremt disse

¹⁰⁴ Direktiv 2011/96/EU, moder-/datterselskabsdirektivet art. 3, stk. 1, litra a og art. 3, stk. 2, litra b.

¹⁰⁵ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015, 203.

¹⁰⁶ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 10.

¹⁰⁷ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 4 og s. 10

¹⁰⁸ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 7 og s. 10.

ikke overholder nationale bestemmelser, der har til formål at afskære rent kunstige konstruktioner fra at opnå skattefordele.

Denne merimplementering er kritiseret i høringssvarene til lovforslaget. Danske Advokater bemærker således, at der allerede er udviklet retspraksis på området for fusionssskattedirektivet, samt at denne praksis ligeledes er veludviklet på EU-niveau, og at det derfor er unødvendigt at indføre et ekstra lag af værnsregler på området for fusionssskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet. Fusionssskattedirektivets misbrugsbestemmelse er implementeret i national ret gennem en tilladelsesordning vedtaget i fusionssskatteloven. Denne ordning medfører i korte træk, at der som udgangspunkt kun kan ske skattefri omstrukturering med en forudgående tilladelse fra skattemyndighederne.¹⁰⁹ Det fremgår af forarbejderne til ligningslovens § 3, at den vedtagne omgåelsesklausul vil finde anvendelse på en omstrukturering, uanset om denne er foretaget med eller uden tilladelse.¹¹⁰ Transaktioner omfattet af fusionssskattedirektivet vil derfor i Danmark skulle undersøges i lyset af både misbrugsbestemmelsen i fusionssskattedirektivet og i denne sammenhæng også det EU-retlige misbrugsbegreb, samt ud fra en implementering af misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet. Kriterierne for at opnå en skattefri omstrukturering må derfor formodes at være betydelige.

Danske Advokater forventer ikke, at klausulen vil få selvstændig betydning, da anvendelsesområdet for direktiverne ikke uden videre kan udvides, på baggrund af princippet om EU-konform fortolkning.¹¹¹

Hvorvidt omgåelsesklausulen kan rumme de øvrige direktiver vil være genstand for fortolkning i del 4 og vil således ikke blive undersøgt nærmere her. Der er ikke i forarbejderne noget der tyder på, at ministeriet har taget yderligere stilling til, hvad de forventer skal være det konkrete indhold af klausulen, hvorfor fortolkningen heraf er overladt til skattemyndighederne og de danske domstole. Dette kan imidlertid medføre, at selskaber afholder sig fra at investere grænseoverskridende, eller at udenlandske selskaber afholder sig fra at etablere sig i Danmark, fordi det ikke er tydeligt, hvilke krav der stilles til selve etableringen, førend de kan opnå skattelempelser gennem EU-retten.

¹⁰⁹ Niels Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 2013 s. 612.

¹¹⁰ LFF nr. 167 af 20 februar 2015 s. 10.

¹¹¹ Danske Advokaters høringssvar af 25. februar 2015.

3.2 Ligningslovens § 3, stk. 3

Den anden omgåelsesklausul er indsat i bestemmelsens stk. 3, og omhandler misbrug af fordele, der er tildelt gennem en DBO.

DBO'er har karakter af folkeretlige overenskomster, indgået mellem to eller flere stater på aftaleretlig basis.¹¹² Der kan i dette tilfælde både være tale om EU-medlemsstater og tredjelande. OECD har udarbejdet en model for disse overenskomster, hvor det fremgår hvordan staterne på en ensartet måde kan løse størstedelen af de problemer, der opstår som følge af international dobbeltbeskatning. Modellen er alene udarbejdet som en anbefaling, og bestemmelserne deri er derfor ikke bindende for staterne, førend de er aftalt mellem staterne. De overenskomster Danmark har indgået er i vidt omfang modelleret over modeloverenskomsten.¹¹³

Modeloverenskomsten indeholder ikke en misbrugsbestemmelse, men der bliver i kommentarerne til overenskomstens art. 1 beskrevet, at misbrug af en DBO kan modvirkes gennem indsættelsen af særlige artikler i selve overenskomsten, der har til formål at hindre misbrug enten konkret eller generelt. Dette er eksempelvis set i den dansk-amerikanske DBO.

Det bliver yderligere beskrevet, at misbrug ligeledes kan modvirkes gennem vedtagelsen af interne regler, der hindrer misbrug af DBO'er. Disse interne regler kan endvidere både være af generel eller konkret karakter. Med en konkret bestemmelse, menes eksempelvis hindringen af misbrug gennem regler om CFC-beskatning.

OECD har, ligesom EU, haft fokus på misbrug som følge af aggressiv skatteplanlægning de senere år, og har derfor på foranledning af G20 udarbejdet en handlingsplan, kaldet Base Erosion & Profit Shifting. Denne plan indeholder 15 handlingspunkter (Action plans), hvoraf nummer seks er et forslag om indførelsen af en "generel anti-abuse rule" (en såkaldt GAAR). Det vurderes, at den danske omgåelsesklausul vedrørende DBO'er bygger på OECD's arbejde i forbindelse med BEPS-initiativet.¹¹⁴ Dette er imidlertid kritiseret af FSR – Danske Revisorer i forbindelse med høring af lovforslaget, idet de finder det *betænkeligt*, at man vælger at indsætte en endnu ikke vedtaget formulering af en i forvejen uklar omgåelsesklausul. FSR er af den overbevisning, at man burde afvente færdiggørelsen af OECD's arbejde, i stedet for at

¹¹² Søren Næsberg Jensen, EU-selskabsskatteret, 1997 s. 30.

¹¹³ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 9.

¹¹⁴ Martin Poulsen i SR 2015.97.

spå om hvad udfaldet bliver.¹¹⁵ Det skal dog bemærkes at OECD's arbejde om en anti-misbrugsbestemmelse sidenhen er afsluttet, hvilket medførte en opfordring til medlemslandene om at indføre en generel misbrugsbestemmelse gældende for DBO'er.

Bestemmelsen i ligningslovens § 3, stk. 3 har følgende ordlyd:

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

Denne klausul indeholder ikke samme fire kriterier, som klausulen i stk. 2. Der udelades i denne klausul nemlig en vurdering af, hvorvidt arrangementet eller transaktionen er reel eller ej. Det vurderes derimod udelukkende, om formålet med arrangementet eller transaktionen er at opnå en fordel, der ikke er overensstemmende med indholdet af eller formålet med den pågældende bestemmelsen i DBO'en. Der er således ikke anvendt samme formulering i de to omgåelsesklausuler, men ifølge forarbejderne forventes det, at der ikke er væsentlig forskel på de to klausuler.¹¹⁶ Der er mulighed for, at vurderingen af om arrangementet er reelt eller ej kan indfortolkes i DBO-klausulen på baggrund af henvisningen til hensigten og indholdet med DBO'erne.¹¹⁷ Dette vil dog være op til EU-Domstolen at vurdere.

Modsat den EU-retlige omgåelsesklausul gives der i forarbejderne en definition af *fordele* og *ethvert arrangement og enhver transaktion*.¹¹⁸ Det fremgår således at *fordele* gælder alle fordele, både skattefritagelse, skatteudskydelse eller andre godtgørelser. Derudover bestemmes det at *ethvert arrangement og enhver transaktion* skal fortolkes bredt, således at det ”omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan større ret på dem eller ej. Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstkabel-

¹¹⁵ FSR's høringssvar af 25. februar 2015 s. 5-6.

¹¹⁶ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 7.

¹¹⁷ Erik Werlauff, Selskabsskatteret 2015/16, s. 81

¹¹⁸ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 15.

sen.” Selvom den endeligt vedtagne misbrugsbestemmelse i ændringsdirektivet ikke indeholder en definition af *arrangement*, blev det tidligere vurderet, at den definition, der var indeholdt i Kommissionens henstilling af 2012, og af forslaget til ændring i moder-/datterselskabsdirektivet, skulle ligges til grund for den endelige bestemmelse. Definitionen af *arrangementer* efter EU-retten er derfor meget kortere, end den definition, der skal anvendes til vurderingen af DBO'en. Hvorvidt indholdet varierer er dog tvivlsomt.

Bevisbyrden synes heller ikke at være ens i DBO-klausulen og i klausulen omhandlende EU-retten. I DBO-klausulen er det nok, at myndighederne finder det *rimeligt* at fastslå, at opnåelsen af en skattefordel er hovedformålet med transaktionen og at det strider mod indholdet af den pågældende bestemmelse. Efter ordlyden heraf, må det forventes at skattemyndighedernes bevisbyrde er mindre, end den er i omgåelsesklausulen vedrørende EU-retten. En del af bevisbyrden flyttes således over på den skattepligtige, der skal bevise, at opnåelsen af fordelen ikke er et af de væsentligste formål med transaktionen eller arrangementet.

På trods heraf forventes det stadig, at de to omgåelsesklausuler ikke afviger væsentligt fra hinanden. Der åbnes dog for muligheden i forarbejderne, idet det anerkendes, at hvorvidt der er forskel på omgåelsesklausulerne i sidste ende skal vurderes af domstolene.¹¹⁹ Dette er tveetydigt, da det er almindelig praksis for de danske domstole, at fortolke usikkerheder efter forarbejder til loven, for at finde lovgivers hensigt. Dette princip taget i betragtning synes det meningsløst at overlade vurderingen heraf til domstolene.

Bestemmelsen skal gælde for alle eksisterende og fremtidige danske DBO'er.¹²⁰ Det er stadig uklart om Danmark kan vedtage bestemmelsen uden genforhandling af disse, medmindre der allerede er indsat en misbrugsbestemmelse i disse.¹²¹ Kommentarerne til art. 1 i modeloverenskomsten taget i betragtning, kan der opstå en formodning for, at en intern generel omgåelsesklausul ikke er i strid med de indgåede DBO'er. Danske Advokater er af den overbevisning, at omgåelsesklausulen ikke skal indsættes i forlængelse af klausulen vedrørende misbrug af EU-retten, men i stedet skal indsættes i overenskomsterne efter en genforhandling af disse, efter Action 6 er endeligt vedtaget.¹²²

¹¹⁹ LFV nr. 167 af 21. april 2015 note 5.

¹²⁰ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 11

¹²¹ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015, 203.

¹²² Danske Advokaters høringssvar af 25. februar 2015.

3.3 Ligningslovens § 3, stk. 4

Det følger af bestemmelsens forarbejder at omgåelsesklausulen vedrørende EU-direktiverne har forrang for klausulen vedrørende DBO'erne.¹²³ Det betyder således, at såfremt et arrangement, der foretages i EU er udtryk for misbrug, skal dette vurderes i forhold til misbrugsbestemmelsen i ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, selvom der samtidig er indgået en DBO mellem Danmark og den pågældende EU-medlemsstat. På denne måde sikres, at såfremt OECD's misbrugsbestemmelse ender med at være lempeligere end EU's, så vil Danmark stadig kunne hindre misbrug efter "den hårdeste" bestemmelse.¹²⁴

Denne problematik er imidlertid overflødig, hvis det vurderes at indholdet af de to bestemmelser ikke varierer væsentligt.

¹²³ LFF nr. 167 af 20. februar 2015 s. 15.

¹²⁴ Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen i SU 2015, 203.

4.0 Den danske implementerings overensstemmelse med EU-skatte retten

Den danske implementering synes på baggrund af ovenstående analyse at være en ordret implementering af misbrugsbestemmelsen, vedtaget i art. 1 i direktiv 2015/121/EU. Dette gælder for så vidt kun, hvor den danske omgåelsesklausul hindrer misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. Det er derimod mere tvivlsomt, om denne også kan anvendes på de øvrige direktiver, som fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet. Nærværende afsnit er en analyse af omgåelsesklausulens formelle og materielle overensstemmelse med EU-retten. Den materielle del vil være tredelt, således at det først undersøges hvorvidt klausulen stemmer overens med misbrugsbestemmelsen til moder-/datterselskabsdirektivet, dernæst med formålet med moder-/datterselskabsdirektivet og afslutningsvis vil overensstemmelsen med EU-rettens praksis om misbrug af skattelovgivning blive analyseret.

4.1 Formel overensstemmelse

Den formelle overensstemmelse omhandler hvorvidt direktivets bestemmelser er implementeret i dansk lovgivning til rette tid og på rette måde.

Det følger af direktivets art. 2, stk. 1, at medlemsstaterne skal sætte de nødvendige love i kraft, for at efterkomme direktivets bestemmelser. Yderligere stilles der krav om, at implementeringen indeholder en henvisning til direktivet, eller ledsages af en sådan henvisning. Den danske omgåelsesklausul er implementeret med samme ordlyd og det følger af noterne til klausulen, at den ”*implementerer den omgåelsesklausul der er etableret i EU’s moder-/datterselskabsdirektiv.*”¹²⁵ Yderligere fremgår det af den vedtagne lovs § 8, at omgåelsesklausulen træder i kraft 1. maj 2015. Det må på denne baggrund forventes, at omgåelsesklausulen formelt set er korrekt implementeret i national lovgivning. Dette betyder således, at klausulen kan anvendes i situationer, hvor der er konstateret misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet.

4.2 Materiel overensstemmelse

Den materielle overensstemmelse er derimod mere tvivlsom på grund af medimplementeringen af misbrug af fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet. Den materielle overensstemmelse er et spørgsmål om hvorvidt den danske implementering ligger indenfor rammerne, af det EU med direktivet har givet medlemsstaterne kompetence til. Den materielle im-

¹²⁵ Lov nr. 540 af 29. april 2015 om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatning, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love, note 2.

plementering er derfor ikke et spørgsmål om hvorvidt klausulen kan anvendes i Danmark, ligesom den formelle implementering er. Det er i stedet et spørgsmål om hvor meget af den danske klausul, der kan anvendes, for at den er overensstemmende med EU-retten.

Denne gennemgang vil som tidligere nævnt være tredelt, således at der skelnes mellem overensstemmelsen med selve misbrugsbestemmelsen, med moder-/datterselskabsdirektivet og med EU-rettens praksis om retten til fri etablering i TEUF art. 49.

4.2.1 Overensstemmelse med misbrugsbestemmelsen til moder-/datterselskabsdirektivet

Det fremgår allerede af afsnit 3.1, at den danske omgåelsesklausul er en ordret implementering af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse for så vidt angår misbrug af dette direktiv. Der stilles samme fire betingelser, førend en medlemsstat kan nægte en skatteyder de rettigheder, der udspringer af direktivet. Disse fire betingelser er således, at der skal være tale om et arrangement eller en serie af arrangementer. Dette arrangement skal have til hovedformål, eller et af hovedformålene skal være, at opnå en skattefordel. Denne fordel skal stride mod indholdet af og formålet med direktivet. Derudover er det en betingelse, at arrangementet ikke er reelt. Hvis disse fire betingelser er opfyldt gives medlemsstaten en mulighed for at beskatte et udbytte eller anden udlodning af overskud, som et moderselskab modtager fra sit udenlandske datterselskab, på trods af at der muligvis allerede er sket en beskatning af samme overskud i den medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Den danske omgåelsesklausul vedrørende misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet synes at være korrekt implementeret. Dog indeholder omgåelsesklausulen meget mere end blot misbrug af dette direktiv og hvorvidt dette stemmer overens med klausulen er imidlertid en anden sag.

Klausulen gælder nemlig, som beskrevet tidligere, overfor fusionsskattedirektivet, rente-/royaltydirektivet og de danske DBO'er. Danmark tager dermed en bestemmelse, der udelukkende omhandler hvorvidt det er lovligt at kildebeskatte et udbytte, som et moderselskab modtager fra sit datterselskab, og lader den gælde for kildebeskatning for renter og royalties, samt beskatning af fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning. Yderligere skal den gælde for al slags beskatning, der er reguleret i en DBO.

I forhold til fusionsskattedirektivet er det tvivlsomt, hvorvidt klausulen kan gælde for dette. Det er nemlig ikke bare en medimplementering af dette direktivs misbrugsbestemmelse – det er en implementering af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, der skal udstrækkes til også at gælde for disse transaktioner. Det udvider det første krav betragteligt, idet arrangementer eller serier af arrangementer pludselig omfatter langt flere transaktioner og arrangementer. Det faktum, at fusionsskattedirektivet anvender begrebet transaktioner og moder-/datterselskabsdirektivet anvender arrangementer må forventes at have ringe betydning, idet transaktioner efter Kommissionens opfattelse er en del af begrebet arrangementer. Dette er imidlertid endnu ikke fastgjort af EU-Domstolen, hvorfor det ikke er sikkert at indholdet heraf findes overensstemmende. Uanset hvad der ligger i begreberne, må det formodes at en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en aktieombytning ikke er transaktioner, som er omfattet af de arrangementer, der hentydes til i moder-/datterselskabsdirektivet.

Fusionsskattedirektivet indeholder en lignende misbrugsbestemmelse, hvor formålet er det samme, som formålet med misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet. Det er imidlertid op til EU-Domstolen at fastlægge om den danske omgåelsesklausul kan anvendes på fusioner mv., fordi den har samme formål som den misbrugsbestemmelse, der er i fusionsskattedirektivets art. 15, stk. 1, litra a. Det må forventes at dette ikke er tilfældet, idet Danmark allerede en gang har implementeret denne i fusionsskatteloven.¹²⁶ Derudover vil det skulle vurderes hvorvidt et reelt arrangement, der efter moder-/datterselskabsdirektivet skal være tilrettelagt efter velbegrundende kommercielle årsager, er det samme som en transaktion med gyldige forretningsmæssige årsager, som fusionsskattedirektivet stiller som krav for anvendelsen af misbrugsbestemmelsen. Det er allerede slået fast i *Kofoed*-sagen, at fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse skal fortolkes i lyset af det almindelige retsmisbrugsbegreb. Dette gælder ikke for den nye misbrugsbestemmelse i ændringsdirektivet, da denne endnu ikke har været genstand for fortolkning af EU-Domstolen. Det vides derfor endnu ikke, om indholdet heraf stemmer overens med hidtil gældende praksis. Det kan derfor ikke på nuværende tidspunkt udledes, at direktivernes misbrugsbestemmelser skal fortolkes ens, hvorfor der heller ikke er garanti for at EU-Domstolen tillader, at Danmark anvender misbrugsbestemmelsen fra et andet direktiv, til at gælde for transaktioner omfattet af fusionsskattedirektivet.

¹²⁶ Niels Winther-Sørensen m.fl., *Skatteretten* 3, 2013 s. 612.

Der mangler i den danske omgåelsesklausul endvidere en definition af hvad det er, der ikke er reelt. Indholdet af *reelt* må formodes at skulle være det samme, som det EU-Domstolen finder reelt. Hvis dette er det samme som kunstigt, som det lader til at Kommissionen mener det er, så skal det også være det i Danmark. Men i moder-/datterselskabsdirektivet skal det være det arrangement, der ligger til grund for udbyttebetalingen der ikke er reelt. Dette kan ikke umiddelbart udstrækkes til at gælde flere arrangementer eller transaktioner uden en definition heraf eller en forklaring herfor. Det er således ikke klart om det er tilstrækkeligt, at en enkelt transaktion ikke er reel, eller om det er hele etableringen der ikke findes reel, førend direktivets fordele kan nægtes. Yderligere fremgår det ikke om det alene er skatteretlige arrangementer, der ikke er reelle, eller om der også kan ske beskatning, når arrangementet ikke civilretligt er reelt. Dette er essentielt, fordi det efter skatteretten alene er kunstige arrangementer, der ikke skal nyde godt af EU-rettens fordele, hvor det civilretlige misbrugsbegreb omfatter mange flere arrangementer og transaktioner.

Som beskrevet tidligere fremgår det af forarbejderne til ligningslovens § 3, at omgåelsesklausulen skal have et bredere anvendelsesområde end tidligere (rets)praksis. Dette udsagn er imidlertid ikke beskrevet nærmere, hvorfor det er usikkert hvorvidt der hentydes til, at der nu i dansk retspraksis er mulighed for at konstatere misbrug af direktiverne, hvor dette før ikke var muligt. Det kan imidlertid også betyde, at det forventes at bestemmelsen vil gælde flere tilfælde, end man har set i EU-Domstolens praksis indtil videre. Uanset hvilken betydning udsagnet har, er det opsigtsvækkende, at lovgiver formoder at omgåelsesklausulen kan få et bredere anvendelsesområde, end det er tilstræbt med misbrugsbestemmelsen til moder-/datterselskabsdirektivet. Hvis det er en korrekt materiel implementering må det forventes at anvendelsesområdet vil være det samme, og derfor ikke kan udstrækkes yderligere i Danmark. Hvis det imidlertid er et bredere anvendelsesområde end dansk retspraksis, er dette antageligt også stridende med EU-retten, idet dansk praksis om misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet hidtil har været uoverensstemmende med direktivet, jf. retmæssig ejer-princippet.

Uanset hvad indholdet af udsagnet er, må det forventes at der stadig kun er hjemmel til at nægte anvendelsen af EU-retten, i tilfælde hvor rettigheder misbruges i forbindelse med et kunstig arrangement.

Den danske omgåelsesklausul gælder også for alle DBO'er, som Danmark er del af. Det er imidlertid ikke moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, der finder anvendelse her, da ligningslovens § 3, stk. 3 har en anden ordlyd, end den klausul der er gældende for EU-direktiverne. Det fremgår af forarbejderne, at det ikke forventes at der er væsentligt forskel på de to klausuler. Af denne grund må det formodes, at lovgiver forventer at fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelse ligeledes vil gælde for arrangementer eller transaktioner, der sker som følge af rettigheder, der udspringer af en DBO. Hvis dette er tilfældet mangler der en vurdering af hvorvidt transaktionen er reel eller ej, førend klausulen ikke er stridende med EU-retten. Dette vigtige element er nemlig ikke en del af ordlyden til denne del. Det følger dog af ligningslovens § 3, stk. 4, at det er klausulen vedrørende EU-retten, der er gældende, når arrangementet udføres i et eller flere EU-medlemslande, hvorfor vurderingen af et reelt arrangement, vil gælde i EU's medlemsstater.

Derudover mangler der, ligesom ved klausulen vedrørende misbrug af EU-retten, en definition af om det er er skatteretlige eller civilretlige transaktioner og arrangementer der er tale om. I dette tilfælde er det alle rettigheder, der udspringer af DBO'er, hvilket er et langt større anvendelsesområde end området for udbytte, renter, royalties og omstruktureringer.

Det følger af Kommissionens meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet af 6. december 2012, samt af et forslag til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, at der ønskes en generel omgåelsesklausul indsat i EU-retten, der skal gælde nationalt, indenfor EU og overfor tredjelande.¹²⁷ Det er vigtigt, at en sådan klausul anvendes ensartet nationalt og grænseoverskridende, samt i forskellige medlemsstater. Den danske implementering er, efter dansk optik, en generel omgåelsesklausul, men de anvender en bestemmelse, der udelukkende gælder for moder-/datterselskabsdirektivet til det. Den gælder dermed ikke både nationalt og grænseoverskridende og den er heller ikke ens med andre medlemsstaters bestemmelser. Moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse er netop ikke udtryk for en generel omgåelsesklausul – den gælder kun moder-/datterselskabsdirektivet. Hvis hensigten med den var, at den skulle gælde andre arrangementer, ville den ikke være indsat i direktivet. Det må på den

¹²⁷ COM (2012) 722 af 6. december 2012, Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, En handlingsplan til styrkelse af bekæmpelsen af skattesvig og skatteunddragelse, s. 7 og COM(2016) 26 af 28. Januar 2016, Forslag til Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde s. 14.

baggrund formodes, at selvom EU-retten ønsker en generel omgåelsesklausul, så er det ikke den der er indsat i moder-/datterselskabsdirektivet, der skal danne grundlag for den.

Hvorvidt den danske omgåelsesklausul er overensstemmende med EU-retten vil i sidste ende være op til EU-Domstolen. Det er dog alene sikkert, at den gælder arrangementer, der er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Hvorvidt den kan udstrækkes til at gælde for andre direktiver og DBO'er er derimod mere usikkert.

4.2.2 Overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet omhandler alene skattefritagelse af udbytte, i situationer hvor det overføres fra et datterselskab i en medlemsstat til et moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat.¹²⁸ Fusionsskattedirektivet derimod forpligter medlemsstaterne til at indføre regler om omstrukturering, således at en ellers udløst beskatning, under visse betingelser udskydes efter et princip om skattemæssig succession og rente-/royaltydirektivet omhandler en skattefritagelse for renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber på tværs af grænser i EU.

Disse tre anvendelsesområder er vidt forskellige og det er derfor iøjnefaldende, at Danmark kan tage en misbrugsbestemmelse fra et af direktiverne og lade den gælde for alle direktiverne, uden at tage stilling til, hvorledes bestemmelsen skal fortolkes i Danmark.

Især i forhold til rente-/royaltydirektivet er det svært at forestille sig, at den danske implementering kan være overensstemmende med direktivet. Rente-/royaltydirektivet stiller nemlig som krav for anvendelsen, at renterne betales til den retmæssige ejer. Et begreb, hvis indhold ikke kan være foreneligt med moder-/datterselskabsdirektivet. Selvom domstolene i Danmark hidtil har konstateret misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet i tilfælde, hvor udbyttet ikke udbetales til den retmæssige ejer, gør en stadfæstelse af denne praksis det ikke lovligt i forhold til EU-retten. Ved brugen af omgåelsesklausulen i forhold til rente-/royaltydirektivet, vil det således blive udfordrende at fastslå, hvorvidt misbrug er konstateret efter retmæssig ejerprincippet eller efter hvorvidt arrangementet er reelt eller ej. Retmæssig ejerprincippet kan ikke indfortolkes i moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, hvorfor der ikke synes at være givet kompetence til, at omgåelsesklausulen kan anvendes vedrørende rente-

¹²⁸ Jf. afsnit 2.1 s. 10.

/royaltydirektivet. Der er imidlertid i rente-/royaltydirektivet givet adgang til nationale bestemmelser, der forhindrer svig og misbrug. Moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse kan dog ikke umiddelbart indeholde svig og misbrug af rente-/royaltydirektivet.

Alle direktiver har til formål at forhindre dobbeltbeskatning når koncernforbundne selskaber enten er etableret, eller vil etablere sig i forskellige medlemsstater. Der er ligeledes grundlag for at forvente, at alle direktivernes misbrugsbestemmelser skal fortolkes i lyset af det generelle skatteretlige misbrugsbegreb. Samtidig er ordlyden af bestemmelsen af generel karakter, og den henvender sig ikke udelukkende til moder-/datterselskabsdirektivet. Dette kan medføre, at EU-Domstolen i en eventuel fremtidig sag vil finde den danske omgåelsesklausul, vedrørende direktiverne, overensstemmende med EU-retten, selvom der ikke er givet yderligere instrukser om hvordan ét direktivs misbrugsbestemmelse skal kunne anvendes på de øvrige direktiver. Dette gælder for så vidt kun, hvis EU-Domstolen samtidig finder at moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse afspejler det almindelige misbrugsbegreb i skatteretten.

Det vil formentlig være muligt, at klausulen findes overensstemmende hvis den kan fortolkes i lyset af det direktiv, det pågældende arrangement misbruger. Det betyder, at hvis en sag omhandler misbrug af rente-/royaltydirektivet, så vil misbrugsbestemmelsen skulle fortolkes efter reglerne i dette direktiv, selvom ordlyden af misbrugsbestemmelsen kommer fra et andet direktiv. Det er dog almindeligt antaget i EU-retten, at en national regel, der har sit ophav i EU-retten, skal fortolkes i overensstemmelse med den EU-retskilde, som den nationale regel beror på. Det betyder følgelig, at misbrug af rente-/royalty-direktivet skal fortolkes i lyset af moder-/datterselskabsdirektivet, hvilket på ingen måde vil give mening. Det ville derfor have været en god idé for lovgiver, at forklare hvordan bestemmelsen konkret ønskes anvendt i Danmark.

Det er på baggrund af ovenstående svært at udlede præcist hvilken tilgang EU-Domstolen indtager. Der er mulighed for, at de ser bestemmelsen som en generel bestemmelse, der kan gælde for misbrug generelt. En anden mulighed er, at bestemmelsen alene skal fortolkes i lyset af den retskilde, den udspringer fra, hvilket følgelig er moder-/datterselskabsdirektivet.

4.2.3 Overensstemmelse med primær EU-ret om den frie etableringsret i TEUF art. 49

For at omgængelsesklausulen skal være overensstemmende med den primære ret, skal den overholde de principper der udspringer af EU-Domstolens praksis om retten til fri etablering. På det skatteretlige område er disse principper, at der skal være tale om et kunstigt arrangement, der ikke udøver reel økonomisk virksomhed, jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Derudover må bestemmelsen ikke være for generel, hvorfor der skal være mulighed for en fortolkning af konkrete omstændigheder i en sag, jf. sag C-264/96, *ICI*.

Den danske bestemmelse anvender imidlertid begrebet *ikke reel* i stedet for *rent kunstigt*. Kommissionen forventer som tidligere beskrevet at disse begreber stemmer overens, men det er endnu ikke vurderet af EU-Domstolen, hvorfor det ikke er fastslået hvorvidt Kommissionens antagelse er korrekt. Der er flere elementer i EU-Domstolens hidtidige praksis, der tyder på at indholdet af de to begreber skal være det samme. Hvis det antages, at de er det, vil klausulens ordlyd indebære en vurdering af hvorvidt en arrangement er kunstigt eller ej, hvilket i så fald vil være overensstemmende med praksis. Yderligere gives skattemyndighederne adgang til at foretage en vurdering fra sag til sag, således at der udelukkende ses på sagens konkrete faktiske forhold og omstændigheder, hvilket er overensstemmende med EU-Domstolens afgørelse i sag C-9/02, *Du Saillant*.

Udtrykket *reel økonomisk virksomhed* er i bestemmelsen erstattet af en vurdering af, hvorvidt der foreligger *velbegrundende kommercielle årsager*, der afspejler den økonomiske virksomhed. Der er også her en formodning for, at dette i praksis vil være samme vurdering. Der gives imidlertid ikke i de danske forarbejder yderligere vejledning om hvorledes det skal vurderes, hvorvidt et arrangement er tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager. For at denne vurdering skal være overensstemmende med primær EU-ret, skal den indeholde en undersøgelse af hvorvidt der foreligger en fast indretning i et ikke nærmere angivet tidsrum, hvilket indebærer en vurdering af personale, lokaler og udstyr, jf. sag C-221/89, *Factorfame II* og sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Da der endnu ikke foreligger dansk praksis om klausulen, vil det ikke være muligt at vurdere hvorvidt denne undersøgelse vil blive udført korrekt. Det er dog fastslået i forarbejderne, at lovgiver forventer et bredere anvendelsesområde, men om det indebærer en udvidet adgang til at konstatere misbrug er endnu uvist. Det

vil imidlertid ikke være overensstemmende med EU-Domstolens praksis, hvis skattemyndighederne ikke anvender samme undersøgelse.

Misbrugsbestemmelsen har, som beskrevet, karakter af en undtagelsesbestemmelse, hvilket medfører at den skal fortolkes indskrænkende. Dette princip vil formentlig harmonere dårligt med den dobbelte implementering af misbrug af fusionsskattedirektivet. Det fremgår nemlig af forarbejderne, at klausulen i ligningslovens § 3 vil blive anvendt på omstruktureringer uanset om disse har foregået med eller uden tilladelse fra skattemyndighederne. I det tilfælde, hvor der allerede er givet tilladelse til en skattefri omstrukturering, er der således adgang til at tilbagetrække denne, ved at konstatere misbrug. Dette burde blive opdaget allerede når tilladelsen gives, hvorfor der stilles store krav til grænseoverskridende omstruktureringer i forhold til nationale omstruktureringer. Denne dobbelt-implementering vil formentlig ikke være indeholdt i misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet.

Misbrugsbestemmelsen gælder endvidere alene overfor grænseoverskridende arrangementer, fordi direktiverne kun henvender sig til sådanne arrangementer. Omgåelsesklausulen kan derfor være i strid med EU-rettens princip om, at grænseoverskridende arrangementer skal behandles ens med nationale arrangementer. Der er mulighed for, at denne forskelsbehandling kan begrundes i selve misbruget, når det gælder de enkelte direktiver. Det er derimod en anden sag, når den danske omgåelsesklausul lægger op til at gælde stort set alle grænseoverskridende arrangementer vedrørende direkte beskatning, at der ikke findes lignende bestemmelser, der gælder for nationale omstruktureringer. Det nærmeste Danmark kommer på en sådan bestemmelse er aktieavancebeskatningslovens § 4a om omvendte juletræer, men denne omhandler alene skattefrit udbytte mellem moder- og datterselskaber. Der er således ikke tilsvarende regler for nationale koncerner på området dækket af fusionsskattedirektivet, rente-/royaltydirektivet og de former for beskatning, der er reguleret i en DBO.

Det er flere steder tidligere beskrevet, at det er uklart hvorvidt klausulen vedrørende DBO'erne skal fortolkes i lyset af EU-retten. Ved første øjekast tyder det på det, eftersom der ikke forventes at være væsentligt forskel på dem. Det må antages, at en ensartet fortolkning er besværlig, fordi EU-retten og DBO'erne ikke tjener samme formål. Hvor EU-retten skal sikre størst mulig fleksibilitet i det indre marked, skal DBO'er sikre, at der ikke sker konkret dobbeltbeskatning, da begge stater ønsker at bevare deres beskatningskompetence videst mu-

ligt.¹²⁹ Der kan dog ifølge EU-retten kun konstateres misbrug af såfremt, der er tale om kunstige arrangementer, hvilket ikke er et krav efter overenskomsterne. I DBO-klausulen er det alene et krav, at arrangementet strider mod formålet af den pågældende bestemmelse i DBO'en. Denne uoverensstemmelse mellem formålene er søgt hindret gennem ligningslovens § 3, stk. 4, der foreskriver at den EU-retlige klausul har forrang for DBO-klausulen. En kollision mellem klausulerne kan dog tænkes i arrangementer indenfor Unionen, der ikke er dækket af direktiverne, hvilket medfører at arrangementet skal fortolkes i lyset af DBO-klausulen. Dette kan eksempelvis være i et tilfælde, hvor den pågældende selskabskonstruktion ikke er omfattet af eksempelvis moder-/datterselskabsdirektivet, men hvor skatteyderen stadig har krav på ikke at blive forskelsbehandlet i henhold til reglerne om etableringsfrihed. Hvis et sådan arrangement skal vurderes i lyset af DBO-klausulen, skal denne for ikke er være stridende med EU-retten indeholde en vurdering af hvorvidt arrangementet er reelt eller ej. Det er således efter EU-retten ikke tilstrækkeligt at planlægge efter at opnå en skattefordel, så længe arrangementet afspejler den økonomiske virkelighed, jf. sag C-9/02, *Du Saillant*. Efter ordlyden af DBO-klausulen er det tilstrækkeligt at fastslå, at et arrangement har som hovedformål at opnå en skattefordel, der ikke er overensstemmende med formålet for den pågældende bestemmelse. Det er imidlertid muligt at de danske skattemyndigheder i fremtidig praksis fortolker klausulerne ens, således at vurderingen af *rent kunstig* automatisk vil blive en del af DBO-klausulen.

Det vil uanset hvordan den danske omgåelsesklausul fortolkes blive et stort arbejde, at sikre at den ikke udvikler sig til at være uoverensstemmende med EU-retten, etableringsfriheden og misbrugsbegrebet. Dog må det, på baggrund af den ordrette implementering, forventes at ethvert arrangement der er omfattet af direktiverne skal fortolkes i lyset af EU-rettens misbrugsbegreb, for at dansk praksis anvendes materielt korrekt. Der er således ikke muligt at anvendelsesområdet uden videre bliver større.

¹²⁹ Thomas Rønfeldt, Når (etablerings)kæden hopper af i Festskrift til Erik Werlauff, 2012 s. 452.

5.0 Konklusion

Den nye misbrugsbestemmelse til moder-/datterselskabsdirektivet giver EU's medlemsstater mulighed for at nægte anvendelsen af direktivets fordele i tilfælde af, at der foreligger misbrug. Misbrugsbestemmelsen indeholder fire betingelser, der skal være opfyldt, førend dette kan lade sig gøre. For det første skal der være tale om et arrangement, eller en serie af arrangementer. Dernæst skal dette/disse arrangement(er) have til formål at opnå en skattefordel. Denne skattefordel må ikke stride mod formålet af direktivet, hvilket udgør tredje betingelse. Slutteligt må arrangementet ikke være reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Indholdet af bestemmelsen skal med stor sandsynlig fortolkes i lyset af EU-Domstolens praksis om misbrug, der fastlægger, at det udelukkende er ved etableringen af kunstige arrangementer, at en skatteyder kan nægtes EU-rettens fordele. Bestemmelsen er vedtaget som en del af en samlet plan, om at bekæmpe misbrug af EU-skatte retten.

Den er implementeret i dansk skatteret i ligningslovens § 3, der er en ordret implementering af direktivets bestemmelse, for så vidt angår misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. Bestemmelsen gælder yderligere for misbrug af fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet, og der er endvidere indsat en lignende bestemmelse, der gælder for alle DBO'er, der er indgået med Danmark. Tilsammen udgør ligningslovens § 3 en international omgåelses klausul. Lovgiver forventer, at implementeringen af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, kan gælde generelt for misbrug af skatteretten, på baggrund af den generelle formulering.

Dette er formentlig ikke tilfældet, da en eventuel tvist i national skatteret skal fortolkes i lyset af den EU-retskilde, som den udspringer af. Det vil medføre, at en eventuel tvist om misbrug af rente-/royaltydirektivet, skal fortolkes i lyset af moder-/datterselskabsdirektivet. Det må forventes, at dette ikke tillades af EU-Domstolen. Det vil være i strid med direktiverne, der omend har samme formål, men ikke deler samme anvendelsesområde og betingelser for anvendelse. Hvis EU-Domstolen tillader anvendelsen af klausulen vedrørende fusionsskattedirektivet og rente-/royaltydirektivet vil det formentlig være på baggrund af, at alle direktiver forfølger samme formål, nemlig at undgå dobbeltbeskatning, og at alle misbrugsbestemmelserne skal fortolkes i lyset af EU-Domstolens praksis. Dette er dog højst usandsynligt, da udgangspunktet er, at fortolkningen af en national regel skal ske i lyset af den EU-retskilde, den udspringer af. I forhold til omgåelses klausulen vedrørende DBO'erne, må denne forventes udelukkende at gælde overfor tredjelande, hvorfor den ikke kan anvendes indenfor EU.

Det vil i første omgang være op til de danske skattemyndigheder at sørge for, at bestemmelsens anvendelse ikke strider mod EU-retten. Dernæst vil det være op til EU-Domstolen at vurdere, hvorvidt den danske bestemmelse er en korrekt materiel implementering. Der er dog mest, der tyder på at den danske omgåelsesklausul kun kan anvendes overfor misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. Med andre ord er moder-/datterselskabsdirektivet ikke hjemmel til en international omgåelsesklausul.

6.0 English Abstract

This thesis examines the new anti-abuse rule in the Parent-Subsidiary Directive (2011/96), and whether the Danish implementation of the rule is in accordance with its content.

In December 2014 the Council of the European Union announced an amendment to the EU Parent-Subsidiary Directive, which contains an anti-abuse rule that is mandatory for each Member State to enact in national legislation. This rule is intended to deny the benefits of the Parent-Subsidiary Directive to any arrangement that is affected by the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage which defeats the purpose of the directive, and is not genuine with regard to all the relevant facts and circumstances. This thesis aims to analyse the objective and scope of the rule through an interpretation of its wording and through the European Commissions preparatory work.

In continuation hereof the anti-abuse rule of the EU Merger Directive (2009/133) and the EU Interests and Royalties Directive (2003/49) is shortly analysed with the purpose of establishing a full comparison between the Danish implementation of the anti-abuse rule and EU law. On this basis the thesis also features a brief analysis of The European Court of Justice's (ECJs) case law concerning abuse of tax law. This analysis states that the Member States are only allowed to deny the taxpayers to benefit from EU-law, when the benefit only arises because of a wholly artificial arrangement, which does not reflect an economic purpose.

In the spring of 2015 the Danish Parliament adopted the amendment of the Parent-Subsidiary Directive into *Ligningslovens § 3*. The Danish anti-abuse rule does however also include abuse of the EU Merger Directive, the EU Interest and Royalties Directive, and all Tax Treaties that Denmark are part of. In Denmark this rule is called an international clause of circumvention. The content of the clause is mainly interpreted by means of the preparatory work of the Ministry of Taxation. Even though the clause is a literal implementation of the anti-abuse rule in the Parent-Subsidiary Directive, it seems that the Danish clause will cover a much wider scope.

The thesis will therefore include an analysis of whether the Danish implementation is consistent with the EU-rule. This analysis is split into three parts, one that analyses whether the Danish implementation is consistent with the wording of the anti-abuse rule in the Parent-Subsidiary Directive, one that examines whether the clause is consistent with the objectives of

the Parent-Subsidiary Directive and finally a part that will contain an analysis of whether the clause is consistent with ECJ's case law concerning abuse of tax law.

It is concluded that the new anti-abuse rule in the directive most certainly should be interpreted in the light of the ECJs case law, which determines that only wholly artificial arrangements, or by the wording of the directive – not genuine arrangements, can be denied the benefits from the directives concerning tax law, and the free rights of establishment in the Treaty on the Functioning of the European Union article 49. Whether the Danish implementation can be used to combat abuse of the Merger Directive, the Interest and Royalties Directive and all Tax Treaties that Denmark is part of is however doubtful. This has to be determined by the ECJ, which is likely to take several years.

7.0 Litteratur

7.1 Bøger

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

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

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

Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen: *EU-ret*. Karnov Group, 6. Reviderede udgave, 2011

Nielsen, Ruth og Christina D.Tvarnø: *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2011.

Rønfeldt, Thomas: *Skatteværn og EU-frihed*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2010

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

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

Werlauff, Erik: *Selskabsskatteret 2015/16*. Karnov Group, 17. udgave, 2015

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

Winther-Sørensen, Niels (red.): *OECD's modeloverenskomst 2010 - med kommentarer*. Magnus Informatik A/S, 4. Udgave, 2010

7.2 Europa-Kommissionens dokumenter

COM (2012) 722 af 6. december 2012, *Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, En handlingsplan til styrkelse af bekæmpelsen af skattesvig og skatteunddragelse*.

C (2012) 8806 af 12. december 2012, Kommissionens henstilling af 6. December 2012 *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.*

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

COM (2016) 26 af 28. Januar 2016, *Forslag til rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde.*

7.3 Artikler

EC Tax Review

2015/4 s. 220-231 af Mirugia Richardson: *Fighting Tax Fraud and Tax Evasion in the EU: The 2012 Action Plan.*

European Taxation

2015, Volume 55, number 6 s. 223-234 af Filip Debelva og Joris Luts: *The general Anti-abuse rule of the Parent-Subsidiary Directive.*

Intertax

2011, vol. 43, issue 11 s. 660-672 af Tobias Franz: *The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission.*

2015, vol. 43, issue 8 og 9 s. 484-494 af Romero J.S. Tavares og Bret N. Bogenschneider: *The New De Minimis Anti-abuse Rule in the Parent-Subsidiary Directive: Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?*

2015, vol. 43, issue 12 s. 816-824 af Cécile Brokelind: *Legal Issues in Respect of the Changes to the Parent-Subsidiary Directive as a Follow-up of the BEPS Project.*

Skat Udland

SU 2008, 84 af Karsten Engsig Sørensen: *Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis.*

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

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

SU 2015, 203 af Arne Møllin Ottosen og Stine Andersen: *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen.*

SR Skat

SR 2015, 97 af Martin Poulsen: *Skattelupakken – ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret.*

Skattepolitisk Oversigt

SPO 1984.96 af Aage Michelsen: *Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten?*

Tidskrift 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, 905 af Martin Poulsen: *Kunstige arrangementer og misbrugs af EU-retten.*

Øvrig litteratur:

Danske Advokater, *Høring over udkast til forslag om ændring af ligningsloven m.fl.*, brev af 25. februar 2015 (*Høringssvar fra Danske Advokater*)

Danske Revisorer, FSR, *Ændring af ligningsloven m.fl. (Skattelypakke mv.)*, brev af 25. februar 2015 (*Høringssvar fra FSR*)

8.0 Lov- og domsregister

8.1 Love og forarbejder

Lov nr. 540 af 29. april 2015 om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatning, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love.

Lovbekendtgørelse nr. 1081 af 27. september 2015 om påligningen af indkomstskat til staten.

Forslag til lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love (LFF) nr. 167 af 20. februar 2015.

Forslag til lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love (LFV) nr. 167 af 21. april 2015.

Skriftlig fremsættelse til lovforslag nr. L 167 af daværende skatteminister Benny Engelbrechts af 20. marts 2015.

8.2 Domme

8.2.1 EU-Domstolens

C-221/89	Factorfame II
C-28/95	Leur Bloem
C-264/96	ICI
C-212/97	Centros
C-294/97	Eurowings
C-307/97	Saint Gobain
C-478/98	Kommissionen mod Belgien
C-167/01	Inspire Art
C-9/02	Du Saillant
C-315/02	Lenz
C-334/02	Kommissionen mod Frankrig
C-196/04	Cadbury Schweppes
C-341/04	Eurofoods IFSC
C-347/04	Rewe Centralfinanz
C-524/04	Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation
C-231/05	Oy AA
C-321/05	Kofoed
C-330/07	Jobra
C-126/10	Foggia
C-282/12	Itelcar

8.2.2 Nationale afgørelser

SKM 2010.268.LSR (Tfs 2010, 502)