



Juridisk kandidatspeciale

**En EU-skatte retlig analyse af omgåelses-
klausulen i Ligningslovens § 3**

Maj 2018

Mathias Andersen
Mikkel Mønsted Mogensen
Victor Louis Schirripa Skou

Titelblad

Dansk titel:

En EU-skatteretlig analyse af omgåelsesklausulen i Ligningslovens § 3

Engelsk titel:

A Legal Analysis on the Circumvention Clause in the Danish Tax Assessment Act in Light of EU Legislation

Afleveringsdato:

17. maj 2018

Fagområde:

EU-skatteret

Studienummer:

Mathias Andersen: 20134741

Mikkel Mønsted Mogensen: 20136431

Victor Louis Schirripa Skou: 20136667

Vejleder:

Jacob Krushave Larsen

Antal anslag:

177.590

Antal normalsider:

73,99

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING, METODE OG AFGRÆNSNING	5
1.1 INDLEDNING	5
1.2 PROBLEMFOMULERING	6
1.3 METODE	7
1.4 AFGRÆNSNING	9
1.5 PROJEKTETS OPBYGNING	9
2. SKATTERETLIG OMGÅELSE OG OMGÅELSESKLAUSULER.....	11
2.1 HVAD ER OMGÅELSE OG OMGÅELSESKLAUSULER?	11
2.1.1 MISBRUG I ET HISTORISK PERSPEKTIV	12
2.2 INTRODUKTION TIL REALITETSGRUNDSÆTNINGEN	12
2.3 REALITETSGRUNDSÆTNINGEN OG DENS RETLIGE VIRKE I FORHOLD TIL EU-RETEN	13
2.4 ADGANG TIL OMGÅELSE OG TILTAG MOD OMGÅELSE	14
2.5 DELKONKLUSION	15
3. FORHOLDET TIL EU-RETEN.....	16
3.1 ETABLERINGSFRIHEDEN	16
3.2 DIREKTIVERNES ANVENDELIGHED I FORHOLD TIL MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	17
3.3 OVERGANG TIL MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	18
3.4 GENNEMGANG AF MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	19
3.4.1 ARTIKEL 1, STK. 2, I DET TIDLIGERE DIREKTIV	19
3.4.2 ARTIKEL 1, STK. 2 EFTER ÆNDRINGEN	20
3.5 MISBRUG AF EU-RETEN	21
3.5.1 FOREBYGGELSE AF INFORMATIONSUNDERSKUD	23
3.5.2 SELSKABSRETLIGT PERSPEKTIV - CENTROS	24
3.5.3 SKATTERETLIGT PERSPEKTIV - CADBURY SCHWEPPE	28
3.5.4 MISBRUGSBEGREBET I MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	30
3.6 DELKONKLUSION	31
4. LIGNINGSLOVENS § 3.....	32
4.1 PARAGRAFFEN	32
4.2 HVAD KOMMER LIGNINGSLOVEN § 3 AF?	35
4.3 LIGNINGSLOVENS § 3 - FORMÅL	35
4.4 INDHOLD I LIGNINGSLOVENS § 3.....	36
4.4.1 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 1 OG 2 - MISBRUG AF DIREKTIVERNE.....	36
4.4.2 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 3 OG STK. 4 - MISBRUG AF DOBBELTBESKATNINGSOVERENSKOMSTERNE	36
4.5 BETINGELSERNE FOR AT BLIVE OMFATTET AF MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET OG I FORLÆNGELSE HERAF LIGNINGSLOVENS § 3.....	37
4.6 BEVISBYRDEN	38
4.7 ERSTATTER LIGNINGSLOVENS § 3 REALITETSGRUNDSÆTNINGEN?.....	39
4.8 DELKONKLUSION	41

5. ANVENDELSE AF MISBRUGSKLAUSULEN.....	43
5.1 HVAD LIGGER DER I ET ARRANGEMENT OG HVAD FORSTÅS VED EN SERIE AF ARRANGEMENTER?...	43
5.2 RENT KUNSTIGE ARRANGEMENTER.....	46
5.3 KOMMERCIELLE ÅRSAGER.....	51
5.4 KAN HOLDINGSTRUKTURER BIBEHOLDE DERES NUVÆRENDE FORMÅL I ET SKATTERETLIGT PERSPEKTIV UNDER DEN NYE MISBRUGSKLAUSUL?	54
5.4.1 PRAKSIS FRA EU-DOMSTOLEN	54
5.4.2 NATIONAL PRAKSIS PÅ BAGGRUND AF LIGNINGSLOVENS § 3 I FORHOLD TIL HOLDINGSSELSKABER	56
5.5 FORSKELLEN MELLEM SKM2017.333SR OG SKM2018.209SR.....	58
5.6 GENERELT OM SKATTEPLANLÆGNING.....	62
5.6.1 LEGITIM SKATTEPLANLÆGNING	62
5.6.2 RENE REALITETS BETRAGTNINGER.....	64
5.6.3 RENE MISBRUGSBETRAGTNINGER.....	65
5.7 SKATTETÆNKNING OVERFOR SKATTEUNDDRAGELSE.....	67
5.8 DELKONKLUSION	69
6. KONKLUSION.....	71
7. ABSTRACT	76
8. LITTERATURLISTE.....	77

1. Indledning, metode og afgrænsning

1.1 Indledning

Specialet vil tage udgangspunkt i misbrug indenfor såvel national skatteret som EU-skatteretten. I den forbindelse vil der blive lagt særligt fokus på Ligningslovens § 3 og dennes virken i forhold til EU-retten. Ligningslovens § 3 er en ny implementering, der trådte i kraft den 1. maj 2015.¹ Det er endvidere den første lovfæstede omgåelsesklausul inden for skatteområdet i dansk ret.² Bestemmelsen er endnu ny, hvorfor der ikke er mange afgørelser på området. Af denne årsag søger denne fremstilling at inddrage tidligere praksis fra EU-domstolen såvel som de nationale domstole for på den måde at skabe bedre forståelse for begreberne, der anvendes i bestemmelsen. Realitetsgrundsætningen vil ligeledes blive inddraget i denne henseende med det formål at undersøge, hvorvidt ligningslovens § 3 sideløbende finder anvendelse med denne grundsætning.

Med udsping i grundlæggende misbrug af EU-retten søger dette speciale at undersøge, hvorvidt EU-retten tillader misbrug såvel som EU-rettens indflydelse på EU-skatteretten. Endvidere er ordlyden i den danske misbrugsbestemmelse tilsvarende den, der forefindes i Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, hvormed de samme fortolkningsprincipper formodentlig kan gøres gældende i forhold til fortolkningen af Ligningslovens § 3, såfremt denne skal tillægges en EU-konform fortolkning.³ Yderligere søger specialet at behandle, hvorvidt rent civilretlige dispositioner kan have indflydelse og kan tilsidesættes, hvis de er oprettet med formålet om at opnå rettigheder rent skatteretligt, som ikke ville kunne opnås på normal vis.

Formålet med Ligningslovens § 3 er, at unionsborgere ikke skal kunne nyde fordel af rettigheder og fordele indrømmet i Moder-/Datterselskabsdirektivet, såfremt de indgår i arrangementer, der helt eller delvist har et hovedformål med at opnå skattemæssige fordele. Endvidere har bestemmelsen virkning for dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvis den skattepligtige herved ligeledes anvender et arrangement eller en serie af arrangementer til primært at opnå en skattemæssig fordel. Formuleringen af Ligningslovens § 3 lægger op til en todeling af paragraffen, hvor hver del kan analyseres separat.

¹ <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=169826&#P8> - § 8, stk. 1.

² <http://skat.dk/skat.aspx?oid=2177708>

³ Direktiv 2011/96/EU

Specialet vil forsøge at undersøge omfanget af første del samt omfanget af dennes rækkevidde. I denne forbindelse vil der blive lagt særlig vægt på, hvad der forstås ved et arrangement og en serie af arrangementer. Endvidere indeholder bestemmelsen et krav om, at der skal foreligge kommercielle årsager for arrangementets dispositioner. Herved ønskes det at kunne fastlægges hvilke arrangementer, der ved domstolen vil blive anset for at være reelle såvel som ikke-reelle.

Fremstillingen vil yderligere foretage en diskussion af, hvorvidt skattetænkning endnu vil blive anset for at være lovligt under den nye omgåelsesklausul med udgangspunkt i *SKM2017.333SR*. Afgørelsen er et bindende svar, hvori Skatterådet kommer frem til, at Ligningslovens § 3 finder anvendelse, hvilket bliver kritiseret i litteraturen. Endvidere vil fremstillingen med afsæt i ovennævnte afgørelse foretage en diskussion af de krav, en medlemsstat kan stille til et holdingselskab og de forelagte kommercielle årsager, som kan begrunde flytningen af et rent formueforvaltende selskab, idet et sådant ikke indeholder andet end aktier. Specialet vil endvidere tage fat i det seneste bindende svar fra Skatterådet, *SKM2018.209SR*, hvormed der vil blive foretaget en sammenligning mellem det og *SKM2017.333SR* med det formål at undersøge, hvorvidt der er forskel mellem afgørelserne.

Ovennævnte analyser vil blive foretaget med henblik på at klarlægge omfanget af den nye omgåelsesklausul, samt om hvorvidt denne bestemmelse vil have den tilsigtede effekt i forhold til national ret såvel som EU-retten. Ydermere vil fremstillingen behandle årsagen til skatteplanlægningens relevans for multinationale koncerner, når der er en risiko for, at et arrangement eller en serie af arrangementer vil blive anset som værende skatteunddragelse.

1.2 Problemformulering

I forlængelse af ovenstående er formålet med dette speciale at foretage en analyse af omfanget af rækkevidden for Ligningslovens § 3, hvilket leder frem til følgende problemformulering:

EU-retlig analyse af frakendelse af rettigheder indrømmet i EU-retten efter Ligningslovens § 3.

1.3 Metode

Til besvarelse af problemformuleringen anvendes gennem specialet den retsdogmatiske metode til at klarlægge gældende ret omhandlende Ligningslovens § 3. Den retsdogmatiske metode stammer fra Alf Ross' prognoseteori, som er en teori, der går på, at gældende ret ikke henviser til, hvad der er sket. Teorien henviser derimod til, hvad det må forventes, at domstolen vil inddrage af betragtninger i sin samlede vurdering i forbindelse med en hypotetisk sag omhandlende en given regel. Specialet anvender således denne teori til at forsøge at opstille gældende ret omhandlende Ligningslovens § 3 i et forsøg på at danne et indblik i, hvordan fremtidige domme vil blive afsagt.⁴

National skatteret er bestemt af myndigheder i de respektive medlemsstater, hvorfor det er relevant for specialet at undersøge de nationale regler i Danmark. Yderligere påvirkes skatteretten af EU-retten, hvorfor dette ligeledes vil være yderst relevant at inddrage.⁵ For at kunne lave en fyldestgørende analyse vil specialet yderligere tage udgangspunkt i afgørelser afsagt af skatterådet på baggrund af Ligningslovens § 3. Eftersom Ligningslovens § 3 er en ny bestemmelse, er der endnu ingen domstolsafgørelser på området, hvorfor anvendelse af de få bindende svar bliver relevant. Der vil yderligere blive anvendt både primære og sekundære retskilder i form af den traktatfæstede etableringsfrihed samt de sekundære retskilder i form af Moder-/Datterselskabsdirektivet. Ydermere vil der blive inddraget tidligere EU-praksis såvel som forslag til afgørelser udarbejdet af generaladvokaten til at skabe en forståelse af misbrugsbegrebet inden for EU-retten og dennes effekt på Ligningslovens § 3.

EU-retten har stor indflydelse på den danske lovgivning i og med, den primære EU-ret har forrang over den nationale ret, mens den sekundære EU-ret skal implementeres i den nationale lovgivning for at være gældende for medlemsstatens borgere.⁶ National lovgivning skal fortolkes EU-konformt for at være i overensstemmelse med EU-retten.⁷ Retskildehierarkiet mellem de anvendte retskilder er således som følger: EU-retten såvel som EU-domme går forud for national lovgivning. Det er her værd at bemærke problemstillingen i forhold til den primære EU-ret og Grundloven, såfremt der opstår uoverensstemmelser mellem de to.⁸ Herefter følger først retspraksis, derefter forarbejderne til

⁴ Tvarnø og Nielsen (2014), s. 432

⁵ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 841-842

⁶ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 97-102

⁷ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 170-174

⁸ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 176-177

lovgivningen og sidst litteraturen, som tager sit indpas nederst i hierarkiet af de anvendte kilder.⁹ Litteraturen bygger på fagfolks analyser af retsområdet, hvormed dette vil blive inddraget til at underbygge fremstillingen. Retskildeværdien af litteraturen er således lav. Præjudikatværdien af de anvendte afgørelser og domme udgør en forskel, i og med forskellige myndigheder og domstolsinstanser afsiger disse. Med henblik på de EU-retlige afgørelser har disse som udgangspunkt en høj præjudikatværdi, da disse er sidestillet med traktaterne.¹⁰ Forslag til afgørelser af sager, fremlagt for EU-domstolen, må siges at være et fortløbende produkt indtil afgørelsen fra EU-domstolen enten tiltrædes eller afvises med tiltrædelse af andet på området. Det er ofte forslag fra generaladvokaten tiltrædes af EU-domstolen, men det sker også at domstolen afsiger det modsatte. I litteraturen bliver generaladvokaten benævnt som værende en slags første instans til EU-domstolen.¹¹ Forslag til afgørelse udformet af generaladvokaten bør derfor tillægges en vis retskildemæssig værdi, men forslaget er i sig selv ikke bindende for medlemsstater og borgere. Dermed er retskildeværdien af disse ikke af samme værdi som domstolsafgørelserne, hvormed dette gerne skal støttes op af tidligere afgørelser eller tillægges et kritisk syn.¹² I henhold til de afgørelser der ligger fra de nationale domstole er der fokus på instansen og hvorvidt der foreligger dissens i afgørelsen.

Ligningslovens § 3 er en ny bestemmelse, hvormed der udelukkende er bindende svar fra Skatterådet på nuværende tidspunkt. Disse afgørelser fra Skatterådet har som udgangspunkt forholdsvis lav præjudikatværdi, men da de er de eneste nationale afgørelser, der findes, bliver de inddraget i forhold til fortolkningen af bestemmelsen.

Denne fremstilling har til formål at forsøge at finde en besvarelse på den ovenstående problemformulering ved hjælp af den ovennævnte metode. Løsningen på problemformuleringen vil blive udarbejdet gennem underspørgsmål som samlet tilsigtes at kunne give en besvarelse på problemformuleringen.

⁹ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 113-114

¹⁰ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 113

¹¹ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 86

¹² Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 86

1.4 Afgrænsning

Ligningslovens § 3 omhandler flere aspekter af skatteretten. Disse aspekter angår de dispositioner, der er omfattet af direktiv 2011/96/EU, direktiv 2003/49/EF samt direktiv 2009/133/EF såvel som dobbeltbeskatningsoverenskomster. Specialet vil udelukkende behandle de EU-retlige aspekter af bestemmelsen og dermed afgrænse sig fra dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dette betyder, at Ligningslovens § 3, stk. 3 og 4, ikke vil blive behandlet yderligere end i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af paragraffens opbygning.

Endvidere vil specialet have særligt fokus på udbytte og dermed kun inddrage renter, fusion, spaltning og royalties i det omfang, dommene siger noget essentielt for hele området. Yderligere afgrænses der fra skatteretlige dispositioner, der ligger uden for anvendelsesområdet af Ligningslovens § 3. Realitetsgrundsætningen inddrages gennem analysen for at underbygge forståelsen for behovet for Ligningslovens § 3. Øvrige dispositioner reguleret af realitetsgrundsætningen vil ligeledes ikke blive behandlet.

Specialet vil udelukkende fokusere på værnreglen i Ligningslovens § 3 og dermed afgrænse sig fra øvrige værnregler, der fremgår af denne lov, idet det begrænsede omfang af dette speciale ikke vil kunne bære omfanget af de mange forskellige værnregler, der fremgår af Ligningsloven.

1.5 Projektets opbygning

Specialet er bygget op, så det indledningsvist vil beskrive misbrugsklausuler og omgåelse set i et historisk perspektiv samt hvilken udvikling, dette område har haft igennem tiden. Herefter vil specialet undersøge grundlaget for at indføre disse klausuler i national ret. Endvidere vil specialet behandle misbrug i forhold til EU-retten, hvor der vil være særligt fokus på Moder-/Datterselskabsdirektivet og misbrug i forhold til etableringsfriheden. I denne forbindelse vil specialet yderligere behandle, hvordan en medlemsstat kan håndtere misbrug i forhold til EU-retten uden, at dette strider mod EU-retten. Herefter vil specialet gå i dybden med Ligningslovens § 3, hvor der vil blive set på indholdet og formålet af bestemmelsen, samt hvordan denne anvendes ud fra ordlyden. I forlængelse heraf vil der blive lavet en dybdegående analyse af anvendelsen af bestemmelsen i forhold til henholdsvis national ret såvel som EU-retten. Der vil yderligere blive udarbejdet en analyse af, hvorvidt

holdingstrukturer kan bibeholde deres formål under den nye misbrugsklausul på baggrund af de første danske afgørelser på området set i lyset af EU-retten. Specialet behandler desuden, hvorvidt det fortsat skal være lovligt at skattetænke og herved opnå skattefordele i form af den måde, multinationale koncerner vælger at strukturere sig på.

2. Skatteretlig omgåelse og omgåelsesklausuler

Følgende afsnit om skatteretlig omgåelse og omgåelsesklausuler er en kort introduktion til området. I specialet vil det blive anvendt til at udvide forståelsen for den senere behandling af Ligningslovens § 3. Dette afsnit vil være bygget op omkring lovgivningen og retspraksis på området såvel som relevant litteratur. I dette afsnit vil der blive anvendt en dom fra de nationale domstole, afsagt ved Højesteret, hvormed den må siges at kunne tillægges en højere præjudikatværdi i forhold lavere instanser. Endvidere anvendes denne som det eneste praksis i dette afsnit, da dommen har til hovedformål at underbygge de nationale myndigheders anerkendelse af realitetsgrundsætningen.

2.1 Hvad er omgåelse og omgåelsesklausuler?

Omgåelse i skatteretlig forstand kan defineres som *”(...) skatteydernes gennemførelse af skatterele-
vante økonomiske dispositioner, der udelukkende eller i al væsentlighed er indrettet på at skabe en
skattefordel, der i øvrigt ikke er tilgængelig.”*¹³ Før implementeringen af Ligningslovens § 3 har dansk ret ikke haft en lovfæstet omgåelsesklausul. Hensynet til hindring af misbrug er blevet varetaget gennem retspraksis, hvor domstolene har udviklet realitetsgrundsætningen, som har varetaget misbrugssituationen. Efter implementeringen af Ligningslovens § 3 kan skattepligtige ikke opnå skattefordele, der virker mod henholdsvis indhold og/eller formålet med direktiverne, og som ej heller er reelle under hensyntagen faktiske forhold og omstændigheder. Hvad der reelt ligger i at virke mod indholdet af eller formålet med direktivet er dog endnu relativt uklart.¹⁴ Omgåelsesklausulen/Realitetsgrundsætningen udgør de regler, som danner grænsen mellem den lovlige skattetænkning og den ulovlige skatteunddragelse. Dette begrundes i, at såfremt noget anses for ikke at være reelt i forhold til disse regler, vil det blive anset som værende omgåelse af skattereglerne.

Omgåelse i et EU-retligt perspektiv er omfattet af Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, hvor det indtil 2015 var op til internretlige regler at varetage omgåelse og misbrugssituationen. Moder-/Datterselskabsdirektivet er dog blevet ændret med Ændringsdirektivet og indeholder nu en omgåelsesklausul som er den, der er implementeret i Ligningslovens § 3.

¹³ Bundgaard m.fl. (2015), s 107

¹⁴ Koerver Schmidt m.fl. (2015), s 241

2.1.1 Misbrug i et historisk perspektiv

Der er igennem tiden blevet større fokus på misbrug. I fremsættelsesaftalen til ændringen af ligningslovens § 3 (L 167 - 2014/2015) benævnes det, at *“Aftaleparterne er enige om, at grænseoverskridende skatteunddragelse og brugen af skattelykonstruktioner er en betydelig udfordring for det internationale samfund. Globaliseringen og den elektroniske samhandel på tværs af landegrænserne giver anledning til nye skattelykonstruktioner, og skattespekulanter er kreative i deres forsøg på at undgå at betale skat i Danmark.”*¹⁵ Det kan deraf udledes, at globaliseringen og den elektroniske handel på tværs af grænserne har haft den betydning, at skatteplanlægning har et større fokus hos selskaberne. I et EU-retligt perspektiv har fokus ligget på misbrug af de EU-retlige friheder, hvormed skattepligten har været et sekundært element i forhold til kapitalens frie bevægelighed og etableringsfriheden. I skatteretligt henseende har der ikke tidligere forelagt en lovfæstet omgåelsesklausul, hvilket har medført implementeringen af Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1. Tidligere har realitetsgrundsætningen været et middel til hindring af misbrug.

2.2 Introduktion til realitetsgrundsætningen

Realitetsgrundsætningen har, ud fra en samlet bedømmelse, til hovedformål at knytte beskatningen til det økonomiske indre, selvom den formelle ramme støtter op omkring det faktum, som af en unionsborger er forelagt. Dette begrundes i, at den formelle ramme udelukkende er konstrueret til at skabe en bedre skattemæssig stilling.¹⁶

Realitetsgrundsætningen bygger på national dansk praksis, hvor den gennem en lang årrække er blevet anvendt som omgåelsesklausul. Denne klausul er ikke lovfæstet. Den er derimod et resultat af flere års praktisk anvendelse. Ud fra grundsætningen skal beskatning ske ud fra en bedømmelse af, hvad der faktisk er sket. Det betyder, at konstruktioner, som har til formål at misbruge og/eller omgå nationale skatteregler, anses for at være kunstige. De tilsidesættes, og derved sker beskatning efter de forhold, som *normalt* er gældende, jf. Ligningslovens § 3.

¹⁵ <http://www.ft.dk/samling/20141/lovforslag/L167/fremsaettelsestale.htm>

¹⁶ Bundgaard m.fl. (2015), s 112

Selve formålet med realitetsgrundsætningen er at sætte en grænse mellem skattetænkning samt skatteuddragelse. Dermed kan anvendelsesområdet ligeledes fastslås med udgangspunkt i praksis. Grundsætningen anvendes på en måde, hvorpå der tages stilling til det reelle indhold i dispositioner - og ikke set i lyset af en dispositions formelle forside. Realitetsgrundsætningen er ligeledes benævnt generalklausulen, og denne statueres i litteraturen at være en forudsætning for undgåelse for misbrug af skattesystemet. Med dette in mente kræver den således ikke en specifik hjemmel.¹⁷

Realitetsgrundsætningen kan netop anvendes som en omgåelsesklausul på den måde, at den kan tilsidesætte henholdsvis tomme og/eller kunstige skattebetingede dispositioner. På den måde bliver beskattningen fastsat efter en eventuelt modstående realitet. En betingelse for anvendelsen af klausulen er, at der kræves en konkret konstatering af forhold, der tilsidesætter ellers normale forretningsmæssige dispositioner. Realitetsbedømmelsen foretages endvidere af økonomiske dispositioner, som skattelovgivningen vedrører. Dermed fremtræder dispositioners til tider modsatte reelle indhold. Afslutningsvist foretages der efter denne fremgangsmåde en sædvanlig lovforklaring af sagens nye oplysninger.¹⁸ Realitetsgrundsætningen ses anvendt i national praksis gennem flere domme fra Højesteret. *U2006.2400H* er et eksempel, hvor højesteret anvender realitetsgrundsætningen. I sagen foretager Højesteret en helhedsbedømmelse af arrangementet, og Højesteret kommer frem til, at arrangementet ikke var tilstrækkeligt forretningsmæssigt begrundet, hvorfor Højesteret finder arrangementet etableret med det formål at gennemføre en skatteudnyttelse. Dette er dermed også en bekræftelse af, at realitetsgrundsætningen anerkendes af Højesteret i dansk ret.

2.3 Realitetsgrundsætningen og dens retlige virke i forhold til EU-retten

Realitetsgrundsætningen bygger som tidligere beskrevet på national praksis, da der i dansk ret ikke tidligere har været en omgåelsesklausul før implementeringen af Ligningslovens § 3. Dette afsnit vil således sigte efter at undersøge, hvorvidt den danske realitetsgrundsætning også vil kunne have effekt i forhold til EU-retten. Moder-/Datterselskabsdirektivet anfører i artikel 1, stk. 2, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne anvender interne bestemmelser eller overenskomster til at hindre svig og misbrug. I og med realitetsgrundsætningen ikke er en lovfæstet klausul, kan det diskuteres, hvorvidt denne grundsætning vil kunne anvendes i et EU-retligt aspekt, idet den ikke er lovfæstet.

¹⁷ Pedersen m.fl. (2015), s. 124-126

¹⁸ Pedersen m.fl. (2015), s. 125

Generaladvokaten nævner i sit forslag til afgørelse, *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, at problematikken med realitetsgrundsætningen er, at det rent civilretligt gør det muligt at oprette flere arrangementer, mens skatteretten udelukkende påtager sig økonomiske dispositioner. Realitetsgrundsætningen bygger endvidere på, at dette er rettet mod rent kunstige arrangementer eller borgerens retsmisbrug. Denne retsgrundsætning kan derfor udgøre en restriktion for etableringsfriheden. Det skal påføres, at realitetsgrundsætningen i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark* er fortolket på en sådan måde, at denne er i overensstemmelse med EU-retten.¹⁹ Dermed er fortolkningen af realitetsgrundsætningen gjort på en sådan måde, at der ikke er tale om hindring for etableringsfriheden. Fortolkningen er dermed i overensstemmelse med sag *C-196/04 – Cadbury-Schweppes*. *“Heraf følger, at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.”*²⁰

2.4 Adgang til omgåelse og tiltag mod omgåelse

International skatteplanlægning er et emne, i og med multinationale koncerner gennem deres virke bliver påvirket af flere landes nationale skattelovgivning. I den forbindelse opstår der problemstillinger angående dobbeltbeskatning og skatteplanlægning, hvorfor koncerner indretter sig efter de mest lempelige skatteretlige systemer og derved opnår en fordel rent skattemæssigt.²¹ I og med de forskellige lande har forskellige skattesystemer og beskatningsniveauer, er fuldstændig skatteneutralitet næppe en mulighed i det internationale marked, og dermed vil incitamentet for skatteyderen til at foretage investeringer, hvor det er mest fordelagtigt, bestå.²²

I litteraturen skelnes der mellem skattetænkning, skatteunddragelse og skattesvig. De tre begreber skal adskilles på den måde, at skattetænkning er den lovlige udnyttelse af lovgivningen, som efter en prøvelse er i overensstemmelse med lovgivningen. Skatteunddragelse er den situation, hvor der er foretaget en skatteretlig disposition, som ikke er i overensstemmelse med den gældende ret.

¹⁹ Forslag til afgørelse C-116/16 - Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 106-109

²⁰ Sag C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 55

²¹ Koerver Schmidt m.fl. (2015), s 265

²² Koerver Schmidt m.fl. (2015), s 266

Skattesvig er dispositionen, hvor der er skatteudnyttelse, som strider med gældende ret og i denne forbindelse udløser et strafansvar.²³ Begrebet *omgåelse* finder dermed anvendelse mellem lovlig skattebetænkning og ulovlig skatteunddragelse/skattesvig. Denne skillelinje dannes således af skatterettens omgåelsesklausul i Ligningslovens § 3. Omgåelse åbnes dermed op i kraft af forskellige skattesystemer mellem de forskellige lande.²⁴

Til at imødekomme omgåelse i skatteretten har lovgiver nationalt såvel som internationalt fokus på omgåelse af skatten. Inden for EU er der i Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, foretaget en ændring i januar 2015 i form af en omgåelsesklausul, jf. Ændringsdirektivet. Som følge af EU's implementering har Danmark implementeret en udvidet omgåelsesklausul gældende fra maj 2015. Denne ses i form af Ligningslovens § 3. Specialet vil i de følgende afsnit behandle dette nærmere.

2.5 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående kan det således konkluderes, at der gennem tiden har været udtrykt et særligt behov for, at staten har kunnet gøre misbrug gældende over for borgeren. Dette har igennem mange års praksis ført til, at der er opstået en retsgrundsætning i form af realitetsgrundsætningen, hvormed misbrug kan lægges til grund, hvis økonomiske arrangementer forsøger at omgå skattelovgivningen. Denne er baseret på, at formålet i økonomiske arrangementer skal være kommercielle, og der skal dermed være tale om et reelt arrangement. Der skabes dermed et krav til økonomiske dispositioner om, at indholdet af en sådan ikke alene skal søge at undgå skat. Ligeledes kan det konkluderes, at realitetsgrundsætningen i forhold til EU-retten kan betragtes som en implementering af Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2. Realitetsgrundsætningen er blot ét udtryk for, at stater har haft behov for at kunne anvende en misbrugsklausul for at differentiere lovlig skatteplanlægning overfor skattesvig. Dette anerkendes nu også af EU, der således i 2015 indførte en misbrugsklausul i form af Ændringsdirektivet, nu Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, som kort efter indførtes i dansk lov ved Ligningslovens § 3. Dermed er det relevant at vurdere den EU-retlige baggrund for misbrug og relationen mellem denne praksis og Ligningslovens § 3.

²³ Koerver Schmidt m.fl. (2015), s. 271

²⁴ Koerver Schmidt m.fl. (2015), s. 270-272

3. Forholdet til EU-retten

Dette afsnit har til formål at undersøge misbrug af EU-retten, samt om i hvilket omfang EU-retten regulerer skatteretligt misbrug. Ydermere vil dette afsnit behandle Moder-/Datterselskabsdirektivets gennemførelse af misbrugsklausulen, som Danmark har implementeret i Ligningslovens § 3. Til dette formål vil specialet inddrage de forskellige relevante EU-retlige friheder og efterfølgende foretage en analyse af visse relevante afgørelser, der ligger på området. Retskildemæssigt vægter EU-domme tungt, idet de er afsagt med udgangspunkt i fællesskabsretten, hvis primære del har forrang over national ret.

3.1 Etableringsfriheden

Et af EU's overordnede mål er oprettelsen af et velfungerende, indre marked, jf. TEU art. 3, stk. 3. Med dette forstås et område inden for EU, hvori der ikke findes grænser for den fri bevægelighed. Den frie bevægelighed angår både varer, personer, tjenesteydelser og i lyset af denne afhandling særligt kapitalens frie bevægelighed. I forlængelse af EU's mål om fri bevægelighed er der opsat regler, der forhindrer medlemsstater i at diskriminere mod disse. Med andre ord er der et forbud mod restriktioner. Dette medvirker således, at nationale skatteregler ikke må være i strid med EU-retlige regler angående fri bevægelighed. Foruden at efterleve EU-retlige regler, skal nationale skatteregler ligeledes være forenelige med de forpligtelser, medlemsstater har som følge af forordninger, direktiver og afgørelser, hvilket ligeledes er benævnt som den *sekundære EU-ret*.²⁵

Set i et EU-retligt perspektiv kan skattetænkning lade sig gøre, når selskaber opretter mellemliggende selskaber i de EU-medlemsstater, der har den mest fordelagtige skattelovgivning. Tager man dette et skridt længere tilbage, kan oprettelsen af selskaber i andre EU-medlemsstater end sin egen lade sig gøre, fordi man gennem unionsborgerskabet, juridisk eller fysisk, er sikret retten til fri etablering. Reglerne angående den frie etablering betyder således, at erhvervsdrivende, i dette tilfælde selskaber, har ret til at etablere sig i en anden medlemsstat for at udøve sin virksomhed dér.²⁶

²⁵ Koerver Schmidt m.fl. (2015), s. 31

²⁶ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 549-556

Selskaber er dermed omfattet af etableringsbegrebet i EU, såfremt de er oprettet i en medlemsstat i overensstemmelse med dennes lovgivning. Ligeledes skal det vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed være placeret i Unionen jf. TEUF artikel 54. Dette medvirker endvidere, at et selskab fra et tredjeland, der lovligt stifter et selskab i en medlemsstat, kan støtte ret på TEUF artikel 49.²⁷

Ved etablering efter TEUF artikel 49 sammenholdt med 56, opstilles der fra EU et restriktionsforbud. Dette forbud kan imidlertid tilsidesættes, såfremt et selskab alene forsøger at misbruge de EU-retlige regler, jf. sag *C-212/97 - Centros*.²⁸ Disse restriktioner skal imidlertid ikke modsige formålet med traktatens bestemmelser.²⁹ I forbindelse med indførelse af traktatstridige restriktioner vil disse skulle overholde de punkter, som EU-domstolen fastslår i sag *C-55/94 - Gebhard*.³⁰ Disse punkter er også kendt som *Gebhard-testen*. Restriktionerne i forbindelse med de traktatbestemte friheder kan dermed kun opretholdes, såfremt fire betingelser er overholdt. Der skal for det første være tale om, at restriktionen ikke må udgøre diskrimination. For det andet skal restriktionen være begrundet i tvingende almene hensyn. For det tredje må restriktionen ikke være i strid med formålet med fællesskabsretten, og for det fjerde skal restriktionen udgøre det mindst tænkelige indgreb. Det er således i de sidste to punkter et spørgsmål om proportionalitet.³¹

3.2 Direktivernes anvendelighed i forhold til Moder-/Datterselskabsdirektivet

Et direktiv er et fælles mål for medlemsstaterne i EU, som ønskes at blive opnået. Modsat forordninger, der har direkte virkning, som medlemsstaterne skal efterleve, er det ift. direktiver op til de enkelte medlemsstater at vedtage lovgivning, der virker til efterlevelse af direktiverne.³² Direktiver er således en form for rammelov, der fastsætter en række mål, medlemsstaterne skal efterleve. Det er op til medlemslandene selv at fastslå, hvordan og med hvilken lovgivning, man ønsker at efterleve direktiverne med. Såfremt en medlemsstat ønsker det, er det muligt at implementere regler strengere, end

²⁷ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 551-552

²⁸ C-212/97 – Centros, præmis 24

²⁹ C-212/97 – Centros, præmis 25

³⁰ C-55/94 – Gebhard, præmis 37

³¹ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 576

³² https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_da

de er formuleret i direktivet, så længe direktivet stadig efterleves. Indholdet i direktivet er dog et minimum for, hvad der skal implementeres.³³

Anvendeligheden af et direktiv afhænger af dets implementering i den pågældende medlemsstat. Direktiver får derefter virkning fra implementeringstidspunktet. Private kan ligeledes anvende et direktiv i en pågældende medlemsstat umiddelbart efter implementeringen heraf. Dette gælder ligeledes modsætningsvist, hvor medlemsstaten først kan anvende bestemmelser fra et direktiv, når dette direktiv er implementeret.³⁴

3.3 Overgang til Moder-/Datterselskabsdirektivet

For at et direktiv skal kunne anvendes er det en betingelse, at direktivet indeholder betingelser for en medlemsstat, som tilfældet er med Moder-/Datterselskabsdirektivet.³⁵ Dette kommer eksempelvis til udtryk ved, at medlemsstater efter direktivet er forpligtet til at sikre skattemæssig neutralitet, hvorfor udbytte, som er udloddet fra et datterselskab til sit moderselskab, skal fritages for kildeskat af udbyttet jf. Moder-/Datterselskabsdirektivets 8. betragtning. Såfremt udbyttet alligevel beskattes, er medlemsstaten forpligtet til at lade det pågældende selskab i datterselskabets skat at fratække den del af beløbet, der vedrører det pågældende udbytte jf. Moder-/Datterselskabsdirektivets 7. betragtning.

Direktivet er implementeret vertikalt og kan således påberåbes af private over for staten. Dette vil eksempelvis være relevant i tilfælde, hvor private selskaber vil udbetale udbytte til et moderselskab, men hvor medlemsstaten, der er det er udbetalende datterselskabs hjemsted, beskatter det pågældende udbytte. Direktivets formål er defineret i dets 3. betragtning og lyder således: *”Formålet med dette direktiv er at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau.”*³⁶

³³ <http://www.eu.dk/da/danmark-i-eu/euret-i-danmark/faelles-regler-til-dansk-lov>

³⁴ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 159

³⁵ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 164

³⁶ Moder-/Datterselskabsdirektivets 3. betragtning

Dette formål er endvidere underbygget i sag *C-365/16 – AFEP m.fl.*³⁷ Det sikrer hermed, at formålet med direktivet bliver forfulgt ved domstolene. Det sikrer ligeså, at det kan være til støtte for fortolkningen af direktivet ved domstolen. Ligeledes anvender generaladvokaten betragtningerne til fortolkning af moder-/datterselskabsdirektivet som ses i forslag til afgørelse forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, hvor det benævnes, at formålet med Moder-/Datterselskabsdirektivet er at sikre en skattemæssig neutralitet for udlodning af udbytte, når et datterselskab med hjemsted i en medlemsstat udbetaler udbytte til dets moderselskab i en anden medlemsstat.³⁸

3.4 Gennemgang af Moder-/Datterselskabsdirektivet

Implementeringen af Ligningslovens § 3 kommer som tidligere beskrevet fra Moder-/Datterselskabsdirektivet i kraft af den ændring, man i EU har lavet af denne. Ændringen af Moder-/Datterselskabsdirektivet trådte i kraft den 27. januar 2015 og blev efterfølgende implementeret i dansk ret pr. 1. maj 2015.³⁹

3.4.1 Artikel 1, stk. 2, i det tidligere direktiv

Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, havde før ændringen følgende ordlyd:

“Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.”

Før ændringen af direktivet skulle misbrug af direktivet behandles efter internretlige omgængelsesklau-suler eller værnsregler. Problematikken i dette var på dette tidspunkt, at Danmark ikke havde en lov-fæstet misbrugsklausul, hvorfor det er relevant at undersøge, hvorvidt realitetsgrundsætningen er en tilstrækkelig implementering af denne bestemmelse i Moder-/Datterselskabsdirektivet. Denne pro-blematik vil blive behandlet yderligere under det kommende kapitel om Ligningslovens § 3. Anven-delsen af denne afhænger dermed af de indførte værnsregler, medlemsstaterne anvender i deres nati-onale regi for, hvad de anser for værende misbrug.

³⁷ C-365/16 – AFEP m.fl., præmis 21

³⁸ C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 35

³⁹ Ændringsdirektivet

Generaladvokaten tager i forslag til afgørelse *C-116/16 - Skatteministeriet mod T Danmark* stilling til fortolkningen af Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2.⁴⁰ Bestemmelsens ordlyd tager ikke stilling til, hvad der betragtes som misbrug. Idet der er tale om en EU-retlig undtagelsesbestemmelse, skal denne fortolkes snævert i forbindelse med foranstaltninger til at forhindre misbrug. Dette stemmer ligeledes overens med retssikkerhedsprincippet, hvormed en unionsborger, som opfylder betingelserne for at nyde godt af en EU-rettighed, kun i særlige tilfælde kan nægtes sine rettigheder på grund af misbrug. Dette understøttes ligeledes i sag *C-321/05 - Kofoed*, hvor domstolen går ind og fortolker snævert på bestemmelsen.⁴¹

3.4.2 Artikel 1, stk. 2 efter ændringen

Efter ændringen af Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, er ordlyden af bestemmelsen nu som følger:

“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.”

Med denne ændring af Moder-/Datterselskabsdirektivet er bestemmelsen hermed udvidet. Direktivet indeholder efter denne ændring nu selvstændigt en omgåelsesklausul, hvormed det ikke længere er

⁴⁰ Forslag til afgørelse C-116/16 - Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 49

⁴¹ C-321/05 – Kofoed, præmis 37

mulighed at bibeholde fordele efter direktivet, jf. artikel 1, stk. 2, hvis der er tale om et arrangement, som er omfattet af direktivets stk. 2 eller 3. Endvidere er den tidligere del af paragraffen stadig til stede, hvormed det endnu er muligt at hindre misbrug ved anvendelse af internt retlige regler. Bestemmelsens stk. 2 og 3 er blevet implementeret ordret i Ligningslovens § 3. Det kan således med sikkerhed konstateres, at bestemmelsen er implementeret korrekt i den nationale danske lovgivning og dermed have vertikal virkning. Yderligere gennemgang af den nye bestemmelse vil blive behandlet mere dybdegående gennem specialet.

Endvidere anses forslag til afgørelse *C-116/16 - Skatteministeriet mod T Danmark* efter generaladvokatens opfattelse ikke som værende misbrug efter de nye regler i Ændringsdirektivet. Dette fastslås med støtte i domstolens afgørelse om, at ejerkonstruktioner, som alene har til formål at opnå direktivbestemmelsernes skattefordele, udgør en form for misbrug, hvormed det menes, at hensigten skal opnå en ren skattemæssig fordel uden at have nogen relation til økonomisk realitet.⁴² Dette er dog udelukkende generaladvokatens holdning, hvormed det ikke kan tillægges den samme retskildemæssige værdi, som hvis det var tiltrådt af EU-domstolen.

3.5 Misbrug af EU-retten

Indledningsvist tages der stilling til EU-rettens misbrugsprincip. Misbrugsprincippet er i EU-retten formuleret på forskellig vis, hvor nogle af disse er en generel formulering, som medlemsstaterne i EU er forpligtet til at implementere. Andre formuleringer er alene fakultativt formuleret, hvormed det således er op til den enkelte medlemsstat om, hvorvidt denne ønsker at implementere misbrugsbestemmelsen i national ret. Det er med dette in mente ikke givet, at samtlige EU-retsakter indeholder netop en enten fakultativ eller pligtmæssig formulering, men trods dette har misbrugsprincippet materialiseret sig gennem EU-domstolens praksis.⁴³ Generaladvokaten anfører i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark* at det tidligere er fastslået, at såfremt en restriktion for etableringsfriheden skal være begrundet i hensynet om at hindre misbrug samt bekæmpe dette, skal det specifikke formål med restriktionen netop være at hindre adfærd, der består i at oprette kunstige arrangementer, der ikke bygger på en økonomisk realitet.⁴⁴ Dette med henblik på at undgå en ellers

⁴² Forslag til afgørelse C-116/16 - Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 59

⁴³ Bundgaard m.fl. (2015), s. 72-73

⁴⁴ Forslag til afgørelse C-116/16 - Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 105

skyldig skat. Dette stemmer ligeledes overens med EU-domstolens afgørelse i sag *C-196/04 - Cadbury Schweppes*.⁴⁵

I forbindelse med misbrug af EU-retten i et skatteretligt perspektiv kan der opstilles tre forhold, hvis formål er at identificere graden af misbrug samt om hvorvidt, det reelt er tilfældet. Det første forhold tager udgangspunkt i skatteplanlægning, der som udgangspunkt er legitimt. Det andet forhold følger af det første, i og med det går på, at skatteplanlægning kan tilsidesættes ud fra en realitetsbetragtning, hvis det ved nærmere undersøgelse viser sig, at der ikke er overensstemmelse mellem på den ene side den økonomiske virkelighed samt på den anden side det faktum, der af skatteyderen er lagt til grund for selve skatteplanlægningen. Afsluttende følger det af tredje forhold, der er et udtryk for EU-retten, at såfremt der er tale om aggressiv skatteplanlægning, kan denne tilsidesættes ud fra en egentlig misbrugsbetragtning. Dette til trods for, at en pågældende skatteyder påberåber sig et faktum, der i en skatteretlig kontekst måtte stå for en nærmere prøvelse.⁴⁶

Gennem EU-domstolens praksis er det endvidere fastslået, at *”såfremt det må lægges til grund, at bekæmpelse af muligt misbrug er et formål, som anerkendes og støttes i den pågældende retsakt, finder misbrugsprincippet anvendelse i relation til fortolkningen af retsaktens bestemmelser.”*⁴⁷

Dette stemmer overens med de betragtninger, der er gjort i sag *C-255/02 – Halifax m.fl.*⁴⁸

Det EU-retlige misbrugsprincip bør udelukkende kunne anvendes på en medlemsstats borgere, såfremt den pågældende misbrugs klausul er implementeret i og af den respektive medlemsstat. Et alternativ hertil er i det tilfælde, at der i den nationale lovgivning allerede eksisterer et eller flere lignende princip(per), der rummer det EU-retlige misbrugsprincip. Dette er ligeledes slået fast i sag *C-321/05 Kofoed*.⁴⁹ Ligeledes tiltrædes dette af generaladvokaten i *forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, at det i EU-retten nemlig er således, at når man som EU-borger er sikret en rettighed, så vil det kun være i helt særlige tilfælde, at det er i orden at nægte denne rettighed grundet misbrugsindsigelse.⁵⁰ Dette er til grundlag for at styrke unionsborgerens

⁴⁵ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 55

⁴⁶ Bundgaard m.fl. (2015), s. 51

⁴⁷ Bundgaard m.fl. (2015), s. 73

⁴⁸ C-255/02 – Halifax m.fl., præmis 68-71

⁴⁹ C-321/05 – Kofoed, præmis 45

⁵⁰ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 48

retssikkerhed, hvormed en medlemsstat ikke uden saglig begrundelse kan afvise EU-rettigheder med misbrug som begrundelse.

3.5.1 Forebyggelse af informationsunderskud

Overordnet skal der være to betingelser opfyldt for, at der kan være tale om omgåelse af EU-skatte retten. Den danske myndighed skal have et krav, og der skal være en risiko for, at udbyttet ikke beskattes i modtagerstaten. Hertil anfører generaladvokaten i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, at hvis et selskab vælger en transaktionsstruktur, som har til formål at udbetale udbytte til investorer via et tredjeland, for på den måde at undgå, at de stater, hvor investorerne er hjemmehørende, får oplysning om deres indtægter, er der tale om et misbrug. I det tilfælde bør hele arrangementet anses for at være misbrug af rettigheder.⁵¹ Dette kan dog afkræftes, hvis skattemynderen stiller relevant information til rådighed for de stater, hvor investorerne er hjemmehørende.⁵²

Problematikken med dette er ifølge generaladvokaten, at med undgåelse af kildeskatten af udbyttebetalingerne til kapitalfonde, er undgåelsen af udbyttebeskatningen ved de egentlige ejere. I den forelagte sag mener generaladvokaten, at der udelukkende kan foreligge misbrug, såfremt konstruktionen på denne måde er valgt grundet det informationsunderskud, der kan forekomme i visse tredjelandslande. Afslutningsvis anføres det i besvarelsen til det 5. præjudicielle spørgsmål i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, at der kan foreligge misbrug, hvis den egentlige udbyttemodtager er beliggende i et skattely-land, som ikke udveksler oplysninger, hvis denne konstruktion udelukkende anvender disse lande grundet dette informationsunderskud.⁵³ Denne situation skal vurderes i lyset af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde. Dette er dog udelukkende generaladvokatens holdning, hvormed dette ikke kan tillægges samme retskildemæssige værdi. Generaladvokatens holdning er dog fortsat relevant at inddrage i forhold til vurderingen af, hvorvidt der foreligger misbrug.

Generaladvokaten udtaler i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, at det ikke fremgår i den pågældende sag, at der er tale om et rent kunstigt arrangement.

⁵¹ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 73-74

⁵² Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 75

⁵³ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 77

Skattemyndighederne i Luxembourg har endvidere udstedt en attest, som snarere taler imod, at der skulle være tale om et rent kunstigt arrangement.⁵⁴ Dette udelukker dog ikke nødvendigvis, at der alligevel kan være tale om et skatteretligt arrangement, der kan udgøre et misbrug. Alene det at en konstruktion udelukkende forsøger at opnå direktivbestemmelsernes skattefordele udgør en form for misbrug. Der skal således foreligge økonomiske grunde til det pågældende arrangement.⁵⁵ Det kan ligeledes spille ind i en samlet vurdering, at kapitalfondes etablering er sket i visse tredjelande. Dette i højere grad end indflydelsen fra selskaber placeret i eksempelvis Luxembourg.⁵⁶ For at kunne fastslå, at der er tale om misbrug af et ellers lovligt arrangement, skal det lovlige arrangement afvige fra det, der normalt vælges, og som ligeledes fører til et mere fordelagtigt resultat, end et ellers normalt arrangement ville gøre.⁵⁷

3.5.2 Selskabsretligt perspektiv - Centros

I sag C-212/97 - Centros stiftede ægteparret Tonny og Marianne Bryde et *private limited company* i England. På tidspunktet for afsigelse af dom ved EU-domstolen havde der ikke siden stiftelsen af Centros været drevet erhvervsvirksomhed fra registreringen i England. Den indskudte kapital på 100 GBP var ikke stillet til rådighed for selskabet men derimod fordelt ud som to anparter til henholdsvis Tonny og Marianne Bryde.⁵⁸ Ægteparret ønskede i sommeren 1992 at registrere en filial i Danmark, som på daværende tidspunkt var tilladt jf. Anpartsselskabslovens § 117, der bl.a. indeholdt følgende:

*''Udenlandske anpartsselskaber og selskaber med en tilsvarende retsform, der er hjemmehørende i en af de Europæiske Fællesskabers medlemsstater, kan drive virksomhed gennem en filial her i landet.''*⁵⁹

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviste registreringen med den begrundelse, at Centros ikke drev erhvervsvirksomhed i England. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mente derfor, at der var tale om selskabets hovedetablering i Danmark, hvorfor dette måtte anses som værende omgåelse af nationale retsregler, navnlig angående indbetalingen af den mindste indskudskapital, der på daværende tidspunkt

⁵⁴ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 58

⁵⁵ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 59

⁵⁶ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 68

⁵⁷ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 88

⁵⁸ C-212/97 – Centros, præmis 3

⁵⁹ C-212/97 – Centros, præmis 5-6

udgjorde 200.000 kr.⁶⁰ Modsætningsvist argumenterede Centros med, at de angivne betingelser i den daværende anpartsselskabslov angående registrering af filial af et udenlandsk selskab var overholdt. Dette som følge af, at Centros lovligt var oprettet i England, hvorfor det som selskab jf. daværende EF-traktats artikel 52, jf. artikel 58, var berettiget til at oprette en filial i Danmark.⁶¹

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gjorde det efterfølgende gældende, at nægtelse af registrering ikke er i strid med traktatens artikel 52 og 58, idet oprettelsen af filialen i Danmark anses som værende misbrug af EU-retten, hvorfor det konkluderes, at oprettelsen af filialen i Danmark er unddragelse af nationale regler.⁶² Rent misbrugsmæssigt tager EU-domstolen i afgørelsen således stilling til, hvorvidt udnyttelse af etableringsfriheden kan udgøre et misbrug, der er i strid med national lovgivning. Gennemgående argumenteres der fra EU-domstolens side for, at det ikke er tilfældet. Det er ikke bestridt, at der udelukkende er oprettet et selskab i England for således efterfølgende at oprette en filial i Danmark.⁶³ I forlængelse heraf bliver det fastslået, at selskaber oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning samt beliggende inden for Fællesskabet, er ligestillet.⁶⁴

Ved at nægte registreringen af den pågældende filial, efterlever Erhvervs- og Selskabsstyrelsen således ikke den indrømmede frihed gennem den daværende EF-traktats artikel 52 og 58. Denne praksis udgør således en hindring for udøvelsen af de friheder, der er sikret gennem de pågældende bestemmelser. De danske myndigheder argumenterer modsætningsvist for, at formålet med den pågældende selskabskonstruktion udelukkende er at omgå nationale regler, hvorfor der ved den pågældende konstruktion er tale om et misbrug af etableringsretten. Danmark foretager således foranstaltninger for at imødegå et sådant misbrug. EU-domstolen anerkender Danmarks ret til at træffe foranstaltninger til at imødekomme misbrug, når visse statsborgere forsøger at unddrage national lovgivning ved at gøre fællesskabsbestemmelserne gældende. Såfremt det er tilfældet, vil det være tilladt de nationale domstole at tage misbrug eller svigagtig adfærd i betragtning for i et konkret tilfælde at afvise, at en borger kan udnytte fællesskabsretlige forskrifter, når dette sker på baggrund af objektive elementer. Med i vurderingen skal formålet med de pågældende forskrifter inddrages.⁶⁵

⁶⁰ C-212/97 – Centros, præmis 7

⁶¹ C-212/97 – Centros, præmis 11

⁶² C-212/97 – Centros, præmis 12

⁶³ C-212/97 – Centros, præmis 17

⁶⁴ C-212/97 – Centros, præmis 19

⁶⁵ C-212/97 – Centros, præmis 21-25

Netop i sag *C-212/97 – Centros* har ægteparret Bryde forsøgt at undgå bestemmelser angående stiftelse af selskaber efter national ret og ikke om den konkrete udøvelse af en given form for erhvervs-mæssig virksomhed. Bestemmelserne angående etableringsfriheden har dog til formål at sikre, at selskaber, oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, kan udøve virksomhed i andre medlemsstater, eksempelvis gennem et agentur, filial eller datterselskab. Såfremt man som selskab ønsker at etablere sig efter de mest fordelagtige regler og samtidig oprette filialer i øvrige medlemsstater, kan denne udnyttelse ikke alene anses som værende misbrug. Det har derfor ingen betydning, at medlemsstaterne selskabsret ikke er harmoniseret. Endvidere følger det af sag *C-79/85 – Segers*, at såfremt et selskab ikke driver virksomhed i den medlemsstat, den er etableret i, vil dette ikke alene kunne statuere misbrug eller et svigagtigt forhold.⁶⁶ Dette bakkes også op i sag *C-106/16 – Polbud*, og generaladvokaten gør det yderligere klart i forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, hvor det bliver gjort klart, at såfremt et selskab stiftes i ét land frem for et andet for på den måde at benytte en mere fordelagtig lovgivning, er det ikke nødvendigvis at anse som værende misbrug.⁶⁷ Derfor kan inddragelse af et cypriotisk selskab i ejerkæden ikke alene føre til en antagelse om misbrug. *C-106/16 – Polbud* er den nyeste dom i rækken af domme, der vedrører omgåelse af national lovgivning igennem anvendelse af EU-retten.

EU-domstolen skriver endvidere, at ”*Under alle omstændigheder kan bekæmpelse af svigagtige forhold ikke begrunde en praksis, der går ud på at nægte registrering af en filial af et selskab, der har sit hjemsted i en anden medlemsstat.*”⁶⁸

Konkluderende bliver svaret fra EU-domstolen, at den daværende EF-traktats artikel 52 og 58 er en hindring for, at Danmark kan nægte at lade *Centros* registrere en filial i Danmark, når moderselskabet er stiftet på en medlemsstats område efter dennes nationale selskabsretlige regler. Det er underordnet, at formålet hermed er at undgå den danske selskabslovgivning og navnlig kapitalkravet til selskabsformen. En medlemsstat har dog fortsat mulighed for at træffe foranstaltninger, der skal hjælpe med at hindre misbrug og svigagtige forhold. Dette kan eventuelt ske i samarbejde med den medlemsstat, hvori det pågældende selskab er stiftet - i dette tilfælde England, når det kan godtgøres, at stifterne reelt forsøger at unddrage forpligtelser efter national ret.⁶⁹

⁶⁶ *C-212/97 – Centros*, præmis 26-29 smh. *C-79/85 – Segers*, præmis 16

⁶⁷ *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Danmark*, præmis 61 smh. *C-106/16 – Polbud*, præmis 40

⁶⁸ *C-212/97 – Centros*, præmis 38

⁶⁹ *C-212/97 – Centros*, præmis 38

Generaladvokaten anfører endvidere, at domstolen tidligere har påpeget, at skatteyderen ikke, hvis muligheden foreligger, skal vælge den selskabsstruktur, der medfører den højeste beskatning. Den skattepligtige kan frit vælge mellem organisationsstrukturer, som giver de fordele uden at dette opfattes som misbrug.⁷⁰ Denne omstændighed er gældende uanset, om der tale om en fysisk eller juridisk person ønsker at drage nytte af en anden medlemsstats mere fordelagtige lovgivning.⁷¹ Dette stemmer således overens med domstolens afgørelse i sag *C-419/14 – WebMindLicenses*, som netop slår fast at der kan frit vælges organisationsstruktur.⁷² Det bliver ligeledes slået fast i sag *C-196/04 – Cadbury-Schweppes*, hvori det fastslås, at dette ikke er af betydning om der er tale om en fysisk eller juridisk person.⁷³

Sag *C-212/97 – Centros* er interessant set i lyset af misbrugsklausulen i Ligningslovens § 3, idet EU-domstolen, selvom det tillades at træffe foranstaltninger mod misbrug, netop begrænser medlemsstaters mulighed for dette. Det afgørende i vurderingen må, efter en gennemgang af sag *C-212/97 – Centros*, være formålet med de pågældende EU-retlige forskrifter, der synes udnyttet. I tilfældet med sag *C-212/97 – Centros* tillades stiftelsen af filialen, idet de EU-retlige forskrifter angående etableringsfrihed netop har til mål at ligestille selskaber på tværs af fællesskabsrettens område.

Såfremt en multinational koncern således planlægger et skatteretligt arrangement, vil vurderingen af dette arrangements lovlighed tage udgangspunkt i, hvad formålet med den pågældende EU-ret er. I et skattemæssigt tilfælde angående udbetaling af udbytte vil det være Moder-/Datterselskabsdirektivet, der skal inddrages. Formålet med Moder-/Datterselskabsdirektivet er netop ”*at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabets niveau.*”⁷⁴ Formålet skal således inddrages i en konkret vurdering af, hvorvidt et faktisk forhold fremlagt af en skatteyder er misbrug. Virkningen heraf kunne formodes at være, at der vil blive set mildere på forhold, der ellers kunne anses som værende misbrug, idet formålet med Moder-/Datterselskabsdirektivet beskytter forholdet.

⁷⁰ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 62

⁷¹ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 63

⁷² C-419/14 – WebMindLicenses, præmis 42

⁷³ C-196/04 – Cadbury-Schweppes, præmis 36

⁷⁴ Moder-/Datterselskabsdirektivets 3. betragtning

3.5.3 Skatteretligt perspektiv - Cadbury Schweppes

I sag C-196/04 - Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue, herefter benævnt *Cadbury Schweppes*, blev Cadbury Schweppes Overseas Ltd beskattet af et oparbejdet overskud, der var optjent i Cadbury Schweppes Treasury International, som er et datterselskab i Cadbury-koncernen. Cadbury Schweppes Overseas Ltd er stiftet i International Financial Services Center i Dublin, Irland.

Efter national lovgivning i Irland samt det Forenede Kongerige bliver registrerede selskaber i denne medlemsstat, dette tilfælde det *hjemmehørende selskab*, pålagt selskabsskat i denne medlemsstat af sit globale overskud. Dette globale overskud omfatter blandt andet overskud fra filialer samt agenturer, hvorigennem det hjemmehørende selskab udøver virksomhed.⁷⁵ I princippet beskattes det hjemmehørende selskab dog ikke af sine datterselskabers overskud på det pågældende tidspunkt, hvorpå disse optjenes. Ej heller beskattes det hjemmehørende selskab af udbytte, der udloddes af et datterselskab, der er hjemmehørende i det Forenede Kongerige. Omvendt beskattes udbytte, der af et datterselskab i udlandet udloddes til det hjemmehørende selskab. Beskatningen her sker hos det hjemmehørende selskab.⁷⁶

Den forelæggende ret spørger bl.a., ”om Cadbury Schweppes plc ved at stifte og indskyde kapital i selskaber i en anden medlemsstat alene med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig skatteordning end den, der er gældende i Det Forenede Kongerige, har misbrugt de friheder, der er indført ved EF-traktaten.”⁷⁷

Medlemsstaters statsborgere kan ikke gennem misbrug udnyttede de i traktaten indrømmede muligheder for på den måde at unddrage sig deres egne, nationale lovgivning. Det er således ikke muligt på svingagtig vis eller gennem misbrug at gøre fællesskabsbestemmelserne gældende. Dette følger ligeledes af sag C-212/97 - *Centros*.⁷⁸ Det er angående etableringsfriheden fastslået i *Centros*, ”at den omstændighed, at et selskab er blevet oprettet i en medlemsstat med det formål at drage fordel af en

⁷⁵ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 3

⁷⁶ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 4

⁷⁷ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 23

⁷⁸ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 35, smh C-212/97 – *Centros*, præmis 24

mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger misbrug af denne frihed."⁷⁹

I sag C-196/04 – *Cadbury Schweppes* fastslås det endvidere, at ”den omstændighed, at CS i det foreliggende tilfælde har besluttet at oprette CSTS og CSTI i IFSC med det erklærede formål at drage fordel af den fordelagtige skatteordning, som opnås med en sådan etablering, ikke i sig selv udgør misbrug. Denne omstændighed er derfor ikke til hinder for, at CS kan påberåbe sig artikel 43 EF og 48 EF.”⁸⁰ Dette bliver ligeledes underbygget med en perspektivering netop til C-212/97 – *Centros* samt C-167/01 – *Inspire Art.*⁸¹

Det gøres senere klart, at såfremt en restriktion for etableringsfriheden skal kunne godtgøres, skal denne være begrundet i hensynet til at bekæmpe misbrug. Et misbrug kan eksempelvis være det at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet for på den måde at undgå den ellers normalt skyldige skat af et overskud.⁸²

I EU-sammenhæng er der tale om, at skatteplanlægningen skal være et af hovedformålene, hvor EU-domstolen udtaler, at det ikke i sig selv må betragtes som misbrug, hvis et selskab etableres i et land på grund af fordelagtig lovgivning.⁸³ Vurderingen af om der er tale om misbrug kan tillægges en todelt opdeling, der kan oplistes således: Kunstige arrangementer, defineret som tomme selskabsskaller uden nogen form for aktivitet, udelukkes på forhånd, således de ikke anerkendes. Endvidere at der er tale om, at en reel omgåelse af skattelovgivningen er af afgørende betydning. Det kan ligeledes være tilfældet, såfremt der benyttes arrangementer, der afspejler den økonomiske virkelighed. Dette følger af sag C-251/16 – *Cussens* og anvendes ligeledes i generaladvokatens forslag til afgørelse C-117/16 – *Skatteministeriet mod Y Danmark ApS.*⁸⁴

Ligeledes anføres det af generaladvokaten i forslag til afgørelse C-117/16 – *Skatteministeriet mod Y Danmark ApS*, at anvendelse af lovgivning ikke kan gå så vidt, som at erhvervsdrivendes retsstridige

⁷⁹ C-212/97 – *Centros*, præmis 27

⁸⁰ C-196/04 – *Cadbury Schweppes*, præmis 38

⁸¹ C-212/97 – *Centros*, præmis 18 smh. C-167/01 – *Inspire Art*, præmis 98

⁸² C-196/04 – *Cadbury Schweppes*, præmis 55 C

⁸³ C-196/04 – *Cadbury Schweppes*, præmis 37

⁸⁴ C-251/16 – *Cussens*, præmis 60 smh. C-117/16 – *Skatteministeriet mod Y Danmark ApS*, præmis 51

transaktioner skal tolereres.⁸⁵ Princippet er anerkendt i hele EU, og det kommer ligeledes til udtryk i artikel 6 i direktiv 2016/1164. Endvidere kan dette underbygges gennem sag *C-251/16 - Cussens* og sag *C-255/02 - Halifax* som understreger, at EU-retten ikke skal udvides til at kunne dække over retsstridige transaktioner.⁸⁶

Det gøres klart i forarbejderne til Ligningslovens § 3, at en dansk misbrugsklausul skal følge den EU-bestemte definition. Dette problematiseres dog, da denne i ovenstående eksempel praksis bestemt, og der på baggrund af ovenstående ikke er en konkret definition.⁸⁷ Der skelnes dermed ikke i fortolkningen af det misbrugsbegreb, der findes i Moder-/Datterselskabsdirektivet og det misbrugsbegreb, der findes i den danske Ligningslovs § 3.

3.5.4 Misbrugsbegrebet i Moder-/Datterselskabsdirektivet

Med misbrugsbegrebet i Moder-/Datterselskabsdirektivet forsøges der ikke at skærpe de allerede eksisterende principper, men det bygger i høj grad på disse. En strengere fortolkning kan derfor medføre, at misbrugsprincipperne er i strid med andre frihedsprincipper i EU-retten, herunder etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed. Dermed åbnes der ikke op for en national fortolkning af misbrugsbegrebet, da denne vil kunne hindre de i TEUF fastsatte friheder. Dette skyldes, at der er tale om, at Moder-/Datterselskabsdirektivets fortolkning ses som et minimumskrav til de nationale værneregler.⁸⁸

Den danske Ligningslovs § 3 er dog en direkte implementering af Moder-/Datterselskabsdirektivets misbrugsklausul, og det forventes dermed, at den danske Ligningslovs § 3 skal fortolkes i overensstemmelse med denne.⁸⁹

⁸⁵ C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Danmark ApS, præmis 97

⁸⁶ *C-251/16 – Cussens, præmis 27 smh. C-255/02 – Halifax, præmis 68*

⁸⁷ Bundgaard m.fl. (2015), s. 150

⁸⁸ Skattelypakken – SR. 2015.0097 s. 3

⁸⁹ Skattelypakken – SR. 2015.0097 s. 3

3.6 Delkonklusion

Det kan dermed konkluderes, at der i EU-sammenhæng er tale om tilfælde, hvor EU-retten anvendes til at opnå fordele, enten på traktatbasis eller på direktivbasis. I afsnittet er der hovedsageligt fokus på misbrug i forbindelse med skatte- og selskabsretlige dispositioner, og hvorvidt disse kan sammenlignes med de principper, der anvendes i forhold til den nationale retsstilling. Anvendelsen af den selskabsretlige misbrugsvinkel påvirker dog den skatteretlige, da det, før der kan være tale om skatteretlige dispositioner, må overvejes, hvorvidt en etablering er oprettet i overensstemmelse med den frie etableringsret. Dette fører videre til det restriktionsforbud, der ligger i TEUF artikel 49. smh. 54., som giver mulighed for, at både selskaber og fysiske personer kan etablere sig frit i et hvilket som helst EU-land. Til at underbygge denne påstand anvendes *C-212/97 - Centros*, hvor det slås fast, at det er muligt for lande at lægge misbrug til grund i EU-retlig sammenhæng, såfremt dette følger af objektive elementer.⁹⁰

Det kan endvidere udledes af ovenstående afsnit, at det skatteretlige misbrugsperspektiv læner sig op ad det selskabsretlige. Det er gennemgående for begge perspektiver, at vurderingen, af hvorvidt et arrangement har kommercielle formål, er en væsentlig betragtning i forhold til EU-misbrugsbegrebet. Det slås også fast, at der i den EU-retlige misbrugsbetragtning indgår en formålsfortolkning, da EU-retten både stiler mod at give unionsborgeren mulighed for at udnytte de traktatbestemte friheder, men samtidig også beskytte det indre marked. Dette sker blandt andet igennem misbrugsklausuler, der forhindrer de selskabs- og skatteretlige rettigheder fastslås igennem EU-retten.

⁹⁰ C-212/97 – Centros, præmis 25

4. Ligningslovens § 3

I dette afsnit vil der blive anvendt en ordlydsfortolkning af indholdet i Ligningslovens § 3 til at udlede indholdet i den nationale bestemmelse. Med udspring i ordlyden af paragraffen vil specialet yderligere inddrage litteraturen på området, samt tidligere såvel som nuværende afgørelser for at forsøge at fastlægge en ramme for misbrugs klausulen. Ligningslovens § 3 er en nyimplementeret misbrugs klausul, hvorfor der ikke foreligger meget praksis på området. Dette vil dermed skabe usikkerhed i de fund, der gøres på baggrund af tidligere praksis.

4.1 Paragraffen

Den fulde paragraf som angivet i Ligningslovens § 3 lyder som følger:⁹¹

”§ 3. Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater og direktiv 2009/133/EF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater som implementeret i dansk lovgivning, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

⁹¹ <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=183458>

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

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

Denne fremstilling vil forsøge at udlede, hvorvidt stater har adgang til at nægte rettighederne forbundet med Moder-/Datterselskabsdirektivet ved anvendelsen af Ligningslovens § 3 og herved foretage beskatning efter nationale regler eller ud fra den virkelighed, som anses for at være *normal* og yderligere tage stilling til, hvordan denne bestemmelse vil have af indflydelse på skatteplanlægning i internationale koncerner. Det, som denne fremstilling hæfter sig særligt ved, er Ligningslovens § 3, stk. 2, der angiver, at arrangementer eller serier af arrangementer, der ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, ikke anses som reelle. Hvad der anses som værende et arrangement, og hvornår et sådant arrangement ikke er tilrettelagt af velbegrundede årsager og dermed ikke anses for at være reelle, vil blive behandlet yderligere i de følgende afsnit.

Ligningslovens § 3 trådte i kraft d. 1. maj 2015, hvorfra den havde virkning. Loven omfatter arrangementer og serier af arrangementer angående fordele opnået ved anvendelsen af Moder-/Datterselskabsdirektivet, Rente-/Royaltydirektivet samt Fusionsbeskatningsdirektivet. Det gælder ligeledes vedrørende fordele i dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dette er tilfældet, uanset hvornår de respektive overenskomster er indgået eller direktiver implementeret. Med sin indtræden får omgåelsesklausulen fremtidig virkning for transaktioner og trin i transaktioner. Såfremt der er tale om transaktioner eller trin heri, der tager udgangspunkt i dispositioner indgået før omgåelsesklausulens indtræden, vil klausulen fortsat være gældende.

Det betyder, at det ikke vil være muligt for en skatteyder at anvende fordelene i de pågældende direktiver (eller dobbeltbeskatningsoverenskomster) i tilfælde af misbrug, når tilfældet er, at den fordel, der påberåbes, vedrører en betaling, *”hvordet sker retserhvervelse den 1. maj 2015 eller senere, eller en omstrukturering, der er vedtaget den 1. maj 2015 eller senere.”* Ovenstående gælder ligeledes for allerede påbegyndte arrangementer, hvoraf enkelte dele foretages d. 1. maj eller senere.⁹²

Specifikt for Danmark har der historisk set ikke været implementeret generelle misbrugsklausuler i skattelovgivningen. Aggressiv og svigagtig skatteplanlægning er således forsøgt bekæmpet på anden vis, navnlig med vedtagelse af specifikke værnsregler. Denne fremgangsmåde resulterede i april 2015 vedtagelsen af det midlertidige lovforslag nr. L 167 angående en skattelypakke om trusts, værdisættelse af aktiver i forbindelse med bindende svar og international omgåelsesklausul. Som følge heraf er der nu en egentlig misbrugsklausul i dansk skattelovgivning, nærmere bestemt i Ligningslovens § 3. Ligningslovens § 3 er dog ikke vidtrækkende, idet bestemmelsen har sine begrænsninger. Disse begrænsninger skal forstås således, at Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, alene kan anvendes i forbindelse med misbrug af implementeringslovgivning, der følger af Moder-/Datterselskabsdirektivet.⁹³

Bestemmelsen kan ligeledes anvendes på Rente- og Royaltydirektivet samt Fusionsbeskatningsdirektivet, der grundet dette speciales omfang ikke vil blive behandlet yderligere. Endvidere vil Ligningslovens § 3, stk. 3, angående fordele opnået ved dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke blive behandlet, ligesom Ligningslovens § 3, stk. 4, indeholdende et tillæg til stk. 3, hvori det fastslås, at Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 har forrang frem for stk. 3, såfremt forholdet er omfattet af det pågældende direktiv, ikke vil blive behandlet yderligere.

Det er i ovenstående nævnt, at et arrangement eller en serie af arrangementer ikke kan betragtes som skatteunddragelse, hvis der er skattemæssige fordele ved en selskabs- eller koncernstruktur. I et sådant scenarie, at en multinational koncern forsøger at skatteplanlægge sig til fordele, eksempelvis ved hjælp af til formålet indskudte selskaber, kræves der en konkret vurdering af disse konstruktioner for at afgøre, hvorvidt det er misbrug af etableringsfriheden, der er en i EU-retten indrømmet ret, jf. TEUF artikel 49 smh. TEUF artikel 54.

⁹² <http://skat.dk/skat.aspx?oid=2177708>

⁹³ Bundgaard m.fl. (2015), s. 73

4.2 Hvad kommer ligningsloven § 3 af?

Omgåelsesklausulen i Ligningsloven § 3 stammer oprindeligt fra Moder-/Datterselskabsdirektivet. Direktivet blev d. 27. januar 2015 vedtaget på et EU-retsmøde. Det er dette direktiv, der i Danmark er implementeret i form af Ligningslovens § 3 for således at forhindre misbrug af Moder-/Datterselskabsdirektivet.⁹⁴ Implementeringen af omgåelsesklausulen sker som nævnt ovenstående kort tid efter i dansk ret. Ordlyden som følger af Ligningslovens § 3, stk. 2 “(...) *arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed (...)*” er implementeret direkte af Ændringsdirektivet, hvor ordlyden ligeledes er formuleret “(...) *arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed (...)*”. Der er således ingen forskel i ordlyden i den danske implementering i forhold til den europæiske. Direktiver skal implementeres i national lovgivning, hvor medlemsstater kan vælge mellem en inkorporering eller omskrivningen. Ved den danske implementering er det valgt at inkorporere bestemmelsen hvormed den er den selv samme bestemmelse.⁹⁵

4.3 Ligningslovens § 3 - formål

Omgåelsesklausulen i Ligningsloven § 3 har til formål at begrænse et eventuelt misbrug i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner, der i forvejen er omfattet af de fordele, der opstilles i Moder-/Datterselskabsdirektivet. Det fremgår af fremsættelsesaftalen i forbindelse med lovforslaget, at bestemmelsen kommer som et led af skattelypakken, der skal mindske mulighederne for internationale koncerners aggressive skatteplanlægning. Det nævnes yderligere, at bestemmelsen kommer som et led i en international offensiv mod skatteplanlægning med formålet om at sikre, at selskaberne betaler skat i de lande, hvor de er hjemmehørende.⁹⁶

⁹⁴ <http://skat.dk/skat.aspx?oId=2177710&chk=214955>

⁹⁵ Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. 97

⁹⁶ http://www.ft.dk/samling/20141/lovforslag/1167/20141_1167_fremsaettelsestale.htm

4.4 Indhold i ligningslovens § 3

Overordnet set indeholder Ligningslovens § 3 to forskellige dele, hvoraf bestemmelsen er delt op således, at den dækker henholdsvis direktiverne og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dette speciale vil som nævnt i specialets afgrænsning have særlig fokus på den effekt, bestemmelsen vil have på det EU-retlige aspekt.

Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, omhandler direktiverne, som hermed sigter at ramme misbrug af direktiverne internt i EU. Dette omfatter dermed misbrug af EU-retten i medlemsstaterne. Yderligere omhandler paragraffens stk. 3 og 4 dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Disse dækker derfor over de forhold mellem lande, hvor Danmark har indgået en overenskomst om fordeling af beskatningsretten.

4.4.1 ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 - misbrug af direktiverne

I Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, ligger omgåelsesklausulen, som skal forhindre omgåelse og fordele opnået ved EU-rettens direktiver, når disse er opnået gennem retsstridige handlinger. Paragraffens stk. 1 og 2 omfatter ud fra ordlyden udelukkende selskaber, hvorefter bestemmelsen skal fortolkes EU-konformt jf. artikel 2, stk. 1, litra a, og det er hermed ethvert selskab, som er omfattet af denne bestemmelse i Moder-/Datterselskabsdirektivet. Et selskab anses for værende omfattet af bestemmelsen, såfremt man ”(...)har mulighed for at opnå fordele efter Moder-/Datterselskabsdirektivet, Rente-/Royaltydirektivet eller Fusionsbeskatningsdirektivet. De vil efter omstændighederne kunne være fuldt og begrænset skattepligtige, og det vil være juridiske og fysiske personer.”⁹⁷ Selskaber vil dermed være omfattet i de tilfælde, hvor de nyder fordele af ovenstående direktiver, hvis konstruktionen har været etableret til at opnå en fordel, der ikke kan begrundes i kommercielle årsager.⁹⁸

4.4.2 Ligningslovens § 3, stk. 3 og stk. 4 - misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

I bestemmelsens stk. 3 findes ligeledes en omgåelsesklausul, som er til hinder for omgåelse og fordele, der er opnået ved dobbeltbeskatningsoverenskomster, og som strider med formålet og indholdet

⁹⁷ <http://skat.dk/skat.aspx?oId=2177714&chk=214955>

⁹⁸ Werlauff (2017), s. 86

i den givne dobbeltbeskatningsoverenskomst. OECD's modeloverenskomst indeholder ikke direkte en omgåelsesklausul tilsvarende dem, som fremgår af direktiverne inden for EU-retten. Bestemmelsens stk. 4 anvendes i den situation, hvor både en dobbeltbeskatningsoverenskomst og Moder-/Datterselskabsdirektivet finder anvendelse. I denne situation vil det dermed være stk. 1 og 2, hvormed EU-retten får forrang over dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem medlemsstater.

4.5 Betingelserne for at blive omfattet af Moder-/Datterselskabsdirektivet og i forlængelse heraf Ligningslovens § 3

Efter Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, smh. Selskabsskattelovens § 13 skal udbytte udbetalt mellem selskaber i Danmark beskattes. Denne skattepligt gælder dog ikke, hvis udbyttet er fra datterselskabsaktier, som frafalder eller nedsættes jf. Moder-/Datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst ligeledes finder reglerne anvendelse på likvidationsprovenu, som opfylder betingelserne i Ligningslovens § 16 A, hvormed dette omkategoriseres og behandles efter reglerne om udbytte. Det bliver ligeledes omfattet af Moder-/Datterselskabsdirektivet. Anvendelsen af ovenstående skaber en mulighed for, at selskaber, der indgår i en koncernstruktur, kan overføre udbytte enten uden at betale skat af disse. Det åbner således op for muligheden for, at selskaber kan opnå gunstige skatteforhold i koncernstrukturer.

I Moder-/Datterselskabsdirektivet fastslås det, at det kun er selskaber, som aktieselskaber og anpartselskaber eller andre selskabsformer, der er skattepligtige til Danmark, jf. Selskabsskatteloven, såfremt de beskattes som kapital-selskaber, jf. Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 2, smh. Moder-/Datterselskabsdirektivets bilag 1, del A, litra e. For at disse udbytter skal være skattefrie eller skattelempelige, skal det være udbytte fra datterselskab til moderselskab. Der skal altså være tale om *datterselskabsaktier*, hvor moderselskabet skal eje mindst 10% af aktierne, jf. Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 3. De samme forhold kan være aftalt i dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. OECDs modeloverenskomst artikel 10. Dette vil dog ikke blive behandlet yderligere i specialet. Moder-/Datterselskabsdirektivet stræber imod at sikre, at der foreligger skatteneutralitet. Dette opnås i direktivet ved at sikre, at der ikke foreligger dobbeltbeskatning inden for fællesskabsrettens område. Der vil dermed kun blive beskattet, når udbyttet i sidste ende skal ud til selskabets ultimative ejere defineret som investorerne bag arrangementet.

I Ligningslovens § 3 nævnes en række forskellige transaktioner, som ikke er udbytte. Disse er transaktioner omfattet af Rente-/Royaltydirektivet og Fusionsbeskatningsdirektivet, jf. Ligningslovens § 3. Fælles for disse transaktioner er, at de normalt er dækket ind under enten et direktiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst og dermed også har adgang til skattefrihed eller skattelempelse i samme stil som udbytter. Ligningsloven § 3 fastslår dog, at der i tilfælde, hvor koncernstrukturen er opstillet med *ikke reelle* formål, ikke kan opnå fordele gennem frihederne/lempelserne fra direktiverne eller dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.⁹⁹

4.6 Bevisbyrden

Bestemmelsens bevisbyrde i henhold til direktiverne må siges at være todelt på den måde, at en del af bevisbyrden ligger hos SKAT og en anden ligger hos skatteyderen. Den første del, hvor bevisbyrden ligger hos SKAT, er den del hvor skat objektivt skal bevise, at et arrangement eller en serie af arrangementer udgør misbrug eller omgåelse. Det er derfor op til SKAT at skulle bevise selskabets hovedformål eller at et af selskabets hovedformål er netop at opnå en skattemæssig fordel. Modsætningsvist må det påpeges, at det er op til skatteyderen at skulle bevise, at selskabet er tilrettelagt som det er af kommercielle årsager. Kan det så bevises, at selskabet er tilrettelagt af kommercielle årsager vil omgåelsesklausulen ikke finde anvendelse, da der derfor vil være tale om en reel disposition jf. ligningslovens § 3, stk. 2.¹⁰⁰

Generaladvokaten behandler også bevisbyrdeforholdet i forslag til afgørelse C-116/16 – *Skatteministeriet mod T Danmark*, hvor der tages stilling til spørgsmålet om, hvilken part der har bevisbyrden i forhold til misbrug. For at der kan være tale om misbrug af mulige lovlige arrangementer, skal der være tale om et legalt arrangement, der afviger fra det som normalt ville vælges. Derfor er det som udgangspunkt op til skattemyndigheden at godtgøre, at det valgte arrangement er mere fordelagtigt fra det som *normalt* ville vælges. Det er herefter op til den skattepligtige at fremlægge beviser for valget af det forelagte arrangements forretningsmæssige grunde, som ligger til grund for den pågældende transaktion.¹⁰¹ For at kunne fastlægge, at der foreligger misbrug, skal det også påføres, hvordan et *normalt* arrangement vil se ud.¹⁰² Dette spørgsmål bliver derfor besvaret med, at såfremt en

⁹⁹ <http://skat.dk/skat.aspx?oId=2177715&chk=214955>

¹⁰⁰ Werlauff (2017), s. 86

¹⁰¹ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 87-89

¹⁰² Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 90

medlemsstat ikke på grund af misbrug vil anerkende, at et selskab er hjemmehørende i en anden medlemsstat, skal denne medlemsstat oplyse om, hvilken der efter dennes opfattelse er den egentlige udbyttemodtager.¹⁰³

I henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er bevisbyrden ligeledes delt mellem SKAT og skatteyderen. Det er op til SKAT at fastlægge, under hensyn til alle relevante og faktiske forhold, hvorvidt fordelene, direkte eller indirekte, er et væsentligt forhold i et arrangement eller transaktion. Hvis dette bevises, er det herefter op til skatteyderen at påvise, at fordelene er en del af formålet og indholdet i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst.¹⁰⁴ Dermed kan de fordele, en skatteyder vil opnå efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kunne bortfalde, hvis denne har været anvendt til at opnå fordele, som ikke er en del af formålet og indholdet i overenskomsten jf. Ligningslovens § 3, stk. 3.

4.7 Erstatte Ligningslovens § 3 realitetsgrundsætningen?

Som ovennævnt er realitetsgrundsætningen en ulovbestemt grundsætning, der tager form gennem omfattende retspraksis på området. Realitetsgrundsætningen omfatter økonomiske dispositioner af enhver art, dog forudsat, at disse dispositioner ikke er foretaget af generelle forretningsmæssige årsager.¹⁰⁵ Realitetsgrundsætningen dækker dermed situationer lig dem, der er omfattet af Ligningslovens § 3, men også situationer, der ikke indeholder grænseoverskridende elementer. Denne diskussion er væsentlig, da det kan overvejes, hvorvidt realitetsgrundsætningen i sig selv dækker over en tilsvarende omgåelsesklausul, som den i Ligningslovens § 3. Afsnittet vil dog forholde sig til den EU-retlige del af Ligningslovens § 3, nærmere betegnet stk. 1 og stk. 2.

Generaladvokaten nævner i sag *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, at realitetsgrundsætningen i sig selv er konform med EU-retten, og at det dermed skal vurderes, hvorvidt denne er en tilstrækkelig implementering af Moder-/Datterselskabsdirektivet.¹⁰⁶ Det bliver imidlertid også gjort klart, at der ikke er besluttet at gennemføre en implementering af Moder-/Datterselskabsdirektivet, men at vurderingen af, om realitetsgrundsætningen, som implementering i sig selv, er nok, skal vurderes af den

¹⁰³ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 92-93

¹⁰⁴ Werlauff (2017), s. 87

¹⁰⁵ Pedersen m.fl. (2015), s. 126

¹⁰⁶ C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 107

nationale ret. Dette skal ske på baggrund af et forslag til en afgørelse, og det er dermed kun en indikation på, hvordan dette formentlig vil blive fortolket i senere praksis. Ligningslovens § 3 fungerer dermed kun i udgangspunktet som den officielle implementering af Moder-/Datterselskabsdirektivet, da denne er en direkte implementering i lovteksten. Den reelle implementering af Moder-/Datterselskabsdirektivet forekommer dog i form af realitetsgrundsætningen. Forskellen på disse klausuler ligger i den generelle form, realitetsgrundsætningen har, hvor Ligningslovens § 3 i EU-sammenhæng er rettet specifikt mod transaktioner imellem moder- og datterselskaber reguleret i Moder-/Datterselskabsdirektivet, renter og royalties i Rente-/Royaltydirektivet og fusioner, spaltning, partiel spaltning, mv. i Fusionsbeskatningsdirektivet. Der er således et indskrænket fokus i Ligningslovens § 3 i forhold til den brede fortolkning i realitetsgrundsætningen.

I *C-251/16 Cussens* tages der stilling til, hvorvidt en medlemsstat kan anvende direktivbestemmelser fra direktivet uden i national lovgivning at have implementeret disse.¹⁰⁷ Domstolen fastslår, at der en direkte anvendelse af direktivet ikke kan forpligte borgeren. Generaladvokaten vurderer i forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, at en direkte anvendelse af Moder-/Datterselskabsdirektivet som retsgrundlag ikke kan finde anvendelse, da dette vil påvirke borgerens retssikkerhed. Det er derfor nødvendigt at vurdere, hvorvidt realitetsgrundsætningen i sig selv kan være en implementering. I denne sammenhæng må implementeringen være en godkendt implementering med det forbehold, at national ret skal tage stilling til dette forhold. I sag *C-29/84 - Kommissionen mod Tyskland* bliver det klargjort, at en retsgrundsætning kan være gældende som implementering i det omfang, at der kan støttes ret på denne.¹⁰⁸ Her nævnes specifikt forfatnings- eller forvaltningsretlige grundsætninger, som er indført enten ved lov eller ved administrativ praksis.

Realitetsgrundsætningen må derfor vurderes som en implementering af direktivet, såfremt denne grundsætning er *tilstrækkelig bestemt og klar*. I *U2006.2400H* anvendes realitetsgrundsætningen til at fastslå “*at arrangementet ikke var forretningsmæssigt begrundet, men alene etableret med henblik på at gennemføre en skatteudnyttelse*”, hvorefter Højesteret også finder at “*rentebetalingen savnede realitet i skattemæssig henseende*”.¹⁰⁹ Ud fra dette gælder det således, at realitetsgrundsætningen finder anvendelse vedrørende arrangementer, der ikke er forretningsmæssigt begrundede. Såfremt realitetsgrundsætningen er tilstrækkelig bestemt og klar, vil den kunne betragtes som en implementering

¹⁰⁷ C-251/16 – Cussens, præmis 49

¹⁰⁸ C-29/84 – Kommissionen mod Tyskland, præmis 23

¹⁰⁹ U2006.2400H

af misbrugsklausulen i Moder-/Datterselskabsdirektivet, og en yderligere implementering i Ligningslovens § 3 er derfor unødvendig. Er denne retsgrundsætning ikke *tilstrækkelig bestemt og klar*, vil den ikke kunne anses som en implementering, og den vil kunne udtrykke en retssikkerhedsmæssig udfordring.¹¹⁰ Dette skyldes den manglende harmonisering af EU-retten, der i så fald vil kunne forekomme. I denne forbindelse vil det kunne diskuteres, hvorvidt reglerne i direktivet er implementeret korrekt, hvis der ikke foreligger noget konkret, hvormed det kan være svært at vurdere omfanget af bestemmelsen, hvis den synes uklar.

Realitetsgrundsætningen må ud fra ovenstående anses som værende en tilstrækkelig implementering, hvormed en diskussion om hvorvidt Ligningslovens § 3 overtager dennes anvendelsesområde vil falde ud således, at Ligningslovens § 3 kun på nogle områder overtager for realitetsgrundsætningen. Ligningslovens § 3 er som tidligere beskrevet begrænset til de transaktioner, hvorved der kan opnås EU-retlige fordele gennem Moder-/Datterselskabsdirektivet, Rente-/Royaltydirektivet såvel som Fusionsbeskatningsdirektivet. Dette omfatter ikke alle skatteretlige transaktioner, idet et eksempel på dette kunne være et almindeligt salg af løsøre. I en sådan situation finder omgåelsesklausulen ikke anvendelse, hvorfor transaktionen vil kunne blive omfattet af realitetsgrundsætningen. Dermed vil realitetsgrundsætningen endnu finde anvendelse, mens dens område vil være indskrænket til de situationer, hvor den lovbestemte klausul ikke finder anvendelse, såfremt dette skal stemme overens med en retskildeværdiurdering mellem realitetsgrundsætningen og Ligningslovens § 3.

4.8 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyse kan det udledes, at såfremt Ligningslovens § 3 finder anvendelse, kan en medlemsstat frakende en borger fra at nyde godt af de fordele, som kan opnås ved de EU-retlige direktiver nævnt i bestemmelsen. For at blive omfattet af bestemmelsen skal der endvidere være tale om et arrangement, som har til hovedformål at opnå en skattemæssig fordel, som ikke kan begrundes i en kommerciel årsag og ligeledes ikke bygger på nogen økonomisk realitet. Ydermere kan det konkluderes, at bevisbyrden i forhold til Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 er todelt således, at det er op til skattemyndigheden objektivt at bevise, hvorvidt et arrangement udgør misbrug. Modsætningsvist er det skatteyderens pligt at påvise, at den foretagne disposition er foretaget med udgangspunkt i velbegrundede kommercielle årsager. I den situation, hvor skatteyderen står over for to

¹¹⁰ Forslag til afgørelse C-116/17 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 100

dispositioner, og den ene er mere skattemæssig fordelagtig, men SKAT mener den mest fordelagtige disposition udgør misbrug, er det i denne situation op til skattemyndigheden at bevise, hvorfor den fordelagtige disposition er bedre end det, som *normalt* ville anvendes. Ligeledes er det til diskussion, hvorvidt Ligningslovens § 3 går ind og overtager realitetsgrundsætningens anvendelsesområde. Heraf kan det udledes af ovenstående analyse, at Ligningslovens § 3 overtager på de dele, som er EU-retligt reguleret. Realitetsgrundsætningen vil endnu bestå til at dække de områder, som ikke er reguleret af Ligningslovens § 3.

5. Anvendelse af misbrugsklausulen

I dette afsnit vil der blive foretaget en behandling af Ligningslovens § 3 stk. 1 og 2 ud fra bestemmelsens ordlyd. Ved en analyse af det praksis, der foreligger på området, sigter afsnittet mod at fastlægge, hvad der nærmere menes med “(...)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”. Der vil i denne forbindelse blive inddraget litteratur, afgørelser fra EU-domstolen, forslag til EU-afgørelser fra generaladvokaten samt bindende svar fra SKAT. Retskildeværdien af disse kilder vil blive vurderet løbende, som de bliver inddraget. Definitionen af et arrangement opnås gennem en analyse af henholdsvis praksis, forslag til afgørelser samt litteraturen på området. Formålet er klart at definere, hvad der ligger i et arrangement, hvilket kommer af ønsket om kunne vurdere arrangementer set i lyset af misbrugsklausulen i Ligningslovens § 3.

5.1 Hvad ligger der i et arrangement og hvad forstås ved en serie af arrangementer?

Et arrangement i skatteretlig forstand forstås som et selskab eller en række af selskaber. Et enkelt arrangement er således et selskab, hvorefter en serie af arrangementer må være flere selskaber i forlængelse af hinanden, herunder i forlængelse af hinanden på tværs af medlemsstaters landegrænser. I forslaget til afgørelse *C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS* omtaler generaladvokaten et arrangement i sammenhængen med beskrivelsen af det tilfælde, hvor et selskab beliggende i et tredjeland opretter et selskab med beliggenhed i en medlemsstat.¹¹¹ Videre bliver *civilretligt gyldige* anvendt om arrangementer, hvilket underbygger påstanden om, at et arrangement er et eller en serie af selskaber, der således må være oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats selskabslovgivning.¹¹²

I forslag til afgørelse *C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS* kommer generaladvokaten ind på, at det afgørende i misbrugsøjemed er, hvorvidt et arrangement er planlagt således, at hovedformålet, eller et af hovedformålene, er at opnå en eller flere skattefordel(e), der virker mod både formål og hensigt med gældende skattelovgivning. Det bliver endvidere slået fast, at arrangementer

¹¹¹ Forslag til afgørelse C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS, præmis 3

¹¹² Forslag til afgørelse C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS, præmis 4

bliver fastslået som ikke reelle, i det omfang de ikke er udtryk for velbegrundede kommercielle årsager.¹¹³

Retorikken taler endvidere for, at en selskabsstruktur helt overordnet må anses som værende et arrangement. Dernæst kommer vurderingen af, hvorvidt netop dette arrangement, eller denne selskabsstruktur, er begrundet i kommercielle årsager. EU-domstolen har endvidere fastslået, at restriktioner for etableringsfriheden skal være velbegrundede. I sammenhængen med kunstige arrangementer skal restriktionen altså være udtryk for at et mål om at hindre oprettelsen af rent kunstige arrangementer, der ligeledes ikke bygger på nogen økonomisk virkelighed. Formålet hermed skal være at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes i selskabet på det pågældende nationale område. I forlængelse heraf er det blevet fastslået, at arrangementet ikke nødvendigvis udelukkende men blot i det væsentlige har til formål netop at opnå en skattefordel.¹¹⁴

Det bliver fastslået, at arrangementet på Cypern ingen ansatte har og ej heller har egne lokaler. I det manglen på disse bliver nævnt i forlængelse af, at arrangementet ikke umiddelbart bygger på en økonomisk realitet. Ud fra ordlyden i præmisserne fastslås det, at et arrangement, som ikke har nogen økonomisk realitet, personale eller fysisk lokation betragtes som rent kunstigt, hvormed der kan stilles spørgsmål ved, hvorvidt der i et sådant tilfælde foreligger et arrangement.¹¹⁵ Med til at underbygge ovenstående er, at domstolen for nyligt i sag *C-504/16 – Deister Holding* har fastslået, at den omstændighed, at et selskabs virksomhed kun består i at forvalte aktiver og endvidere udelukkende har indtægter herfra ikke alene er nok til at statuere et kunstigt arrangement. Med ordlyden her bliver den virksomhed, et selskab udøver, defineret som et arrangement. Med dette in mente må et holdingselskab, der typisk er formueforvaltende, at definere som et arrangement.¹¹⁶

Generaladvokaten udtaler endvidere, at *”En juridisk person, der er så passiv, at enhver tænkelig deltagelse i retshandler under alle omstændigheder foregår gennem tredjemand, som ikke har nogen egen virksomhed og herved heller ingen egne indtægter eller omkostninger, kan efter min opfattelse betegnes som et rent kunstigt arrangement.”*¹¹⁷

¹¹³ Forslag til afgørelse C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS, præmis 49

¹¹⁴ Forslag til afgørelse C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS, præmis 50

¹¹⁵ Forslag til afgørelse C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS, præmis 54

¹¹⁶ C-504/16 – Deister Holding, præmis 73

¹¹⁷ Forslag til afgørelse C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS, præmis 57

Igen bliver et arrangement beskrevet som en juridisk person, hvilket underbygger, at et arrangement er lig med en selskabskonstruktion. Hvorvidt den er kunstig eller ej er således en videre diskussion. Forslaget til afgørelse fastslår endvidere en forskel på et rent kunstigt arrangement samt et skatteretligt arrangement. Med udgangspunkt i gennemgangen af *forslag til afgørelse C-117/16 - Skatteministeriet mod Danmark Y ApS* og i forlængelse heraf Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a, må det fastslås, at et arrangement er en selskabsretlig konstruktion. Endvidere fastslås det, at et skatteretligt arrangement er en selskabsretlig konstruktion, der er planlagt med målet om at opnå skattefordele. Et kunstigt arrangement må således være en selskabsretlig konstruktion, der er planlagt efter målet om at opnå skattefordele, hvor dette er et af hovedformålene med dispositionen.

Generaladvokaten kommer i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark* ind på, at det afgørende i vurderingen af, om der foreligger kunstige arrangementer er, om hovedformålet, eller et af hovedformålene, virker mod formålet med gældende skatteret for på den måde at opnå skattefordele. For at et arrangement skal kunne anses som værende reelt, skal det tilrettelægges med udgangspunkt i kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.¹¹⁸

Såfremt en medlemsstat ønsker at begrænse etableringsfriheden, skal der foreligge en specifik årsag herfor. En restriktion skal således være begrundet i det hensyn, der ligger ift. bekæmpelse af misbrug. Det bliver endvidere gentaget, at målet om at opnå en skattefordel ikke behøver være hovedformålet - det er tidligere påvist, at det er nok, såfremt det er et af hovedformålene.¹¹⁹ Forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark* nævner to elementer, der i vurderingen udgør gensidige forudsætninger, nemlig at det allerede på forhånd udelukkes, at kunstige arrangementer, der i praksis kun eksisterer på papiret, kan blive anerkendt.¹²⁰ Endvidere er det afgørende, at der er tale om omgåelse af gældende skattelovgivning.¹²¹ Dette kan ligeledes være tilfældet, når der anvendes arrangementer, som afspejler den økonomiske virkelighed.¹²²

Det bliver statueret, at EU-domstolen ikke tager stilling til, hvorvidt noget er et kunstigt arrangement. Der forelægges for få oplysninger, ligesom det reelt er den forelæggende rets opgave.¹²³ At en

¹¹⁸ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 50

¹¹⁹ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 51

¹²⁰ C-504/16 – Deister Holding, præmis 73

¹²¹ C-419/14 – WebMindLicenses, præmis 35

¹²² Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 52

¹²³ C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 54

virksomhed udelukkende er formueforvaltende, og derfor kun har indtægter herfra, er ikke nok til at statuere et kunstigt arrangement. Endvidere skal der stilles ringe krav til aktiviteten i formueforvaltende selskaber, idet de i sagens natur ikke har meget aktivitet. I det tilfælde, der foreligger et reelt selskab, der er stiftet gyldigt efter en medlemsstats regler, samt at selskabet kan kontaktes på dettes hjemsted og endvidere råder over personale og ressourcer på stedet med henblik på at udføre sit formål, kan der således ikke være tale om et fiktivt arrangement, som ej heller bygger på en økonomisk realitet.¹²⁴ I vurderingen af, hvorvidt der foreligger et kunstigt arrangement, er det endvidere ikke nok at basere antagelsen på, at udbyttmodtageren videreudlodder udbyttet.¹²⁵

5.2 Rent kunstige arrangementer

Dette afsnit vil med udgangspunkt i dansk lovgivning tage stilling til, hvorvidt et arrangement kan betragtes som *reelt* i forhold til *ikke reelt*. Dette forhold vil derudover blive vurderet i sammenhæng med den EU-retlige fortolkning af *kunstige arrangementer*, som er den formulering, der anvendes fra EU-domstolen, når denne vurderer hvorvidt et arrangement må betragtes som *reelt*.

SKAT fastslår, at, der ved tale om reelle arrangementer, er tale om arrangementer, der er etableret af *velbegrundede kommercielle årsager*. I det bindende svar vurderer skat, at der kan være tale om et arrangement, der ikke er reelt, jf. Ligningslovens § 3, såfremt dette kriterium ikke er opfyldt. Det lægges til grund, at såfremt likvidationsprovenuet var gået direkte til kapitalejerne af holdingselskabet, ville der være tale om, at dette ville have karakter af *gennemstrømningsselskab*. Det ville derfor blive opfattet som ikke reelt, da det udelukkende ville have til formål at opnå en skattefordel.¹²⁶

I *SKM2018.209SR* henvendes der i betragtningen om retmæssig ejer til *SKM2012.121ØLR*, hvor begrebet retmæssig ejer bliver vurderet. Her er det igen udslagsgivende, at udbyttet ikke forlader det selskab, som udbyttet indledningsvist uddeles til. Dette fungerer dermed som et *reelt* holdingselskab, hvis opgave er at formidle koncernens ressourcer. Samtidig må retskildeværdien af en dom vurderes som værende højere sammenlignet med et bindende svar på trods af, at den omhandlede dom er afsagt inden bestemmelsens indførelse. *SKM2012.121ØLR* findes anvendelig, da *SKM2018.209SR* henviser

¹²⁴ C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 55

¹²⁵ C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 56

¹²⁶ SKM.2018.209SR

til den vurdering, der laves i *SKM2012.121ØLR*. Vurderingen i *SKM2012.121ØLR* bliver derfor udgangspunkt for fremtidig fortolkning af *retmæssig ejer*.

I *SKM2018.209SR* lægger Skatterådet til grund, at investeringen er tidsbestemt, idet der i ejeraftalen er taget stilling til, hvor lang tid denne gælder. Skatterådet har vurderet denne investering som værende langsigtet og vurderer den endvidere til at være et relevant i vurderingen af, om arrangementet er reelt. Det kan således diskuteres, hvorvidt dette er en EU-konform fortolkning, hvilket vil blive behandlet længere nede.

I sag *C-196/04 - Cadbury-Schweppes* slås det fast, at når der tales om *reelle arrangementer*, tales der om selskaber, der har *økonomisk aktivitet*. Denne økonomiske aktivitet skal være mulig at teste for tredjemand.¹²⁷ Denne økonomiske aktivitet skal således være baseret på *objektive omstændigheder*. Den økonomiske aktivitet måles i dette tilfælde ikke på kapitale midler. Den måles i stedet på, hvorvidt et selskab har fysiske lokaler. Placeringen af aktiviteten kan imidlertid ikke lægges til grund for tale om misbrug.¹²⁸

Til vurdering af hvorvidt en antagelse om skatteunddragelse må og skal der altid foretages en undersøgelse af det konkrete tilfælde på grundlag af objektive forhold.¹²⁹ Dette må siges at være i overensstemmelse med det forhold sag *C-196/04 - Cadbury-Schweppes* fastlægger.¹³⁰ Her fastlægges det, at det er myndighedens opgave at udføre denne undersøgelse. Dette er relevant, da retspraksis på området endnu er snævert, idet *C-196/04 - Cadbury-Schweppes* er afsagt før både den danske misbrugs-klausul og misbrugs-klausulen i Moder-/Datterselskabsdirektivet var trådt i kraft. Dermed er det nærliggende at forholde sig til generaladvokatens vurdering af en situation, der involverer de overvejelser, der læner sig op ad *Cadbury-Schweppes*. I dette tilfælde lægges der op til en lignende fortolkning af kravene til den økonomiske aktivitet i forbindelse med reelle arrangementer. Disse skal ifølge generaladvokaten fortsat kunne måles på objektive forhold. Efter sag *C-196/04 - Cadbury-Schweppes* kan disse forhold findes i blandt andet sag *C-221/89 - Factortame II*, hvor krav til disse etableringer fastlås.

¹²⁷ C-196/04 - Cadbury-Schweppes, præmis 66-67

¹²⁸ Rønfeldt (2011), s. 11

¹²⁹ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 58

¹³⁰ C-196/04 - Cadbury-Schweppes, præmis 66-67

Sag C-221/89 - *Factortame II* opstiller visse af disse krav, heriblandt, at det er en betingelse for økonomisk aktivitet, at denne er tidsbestemt. I dommen stilles der spørgsmål til ny lov om registrering af fartøjer i England. Her siger domstolen, at der ikke i sig selv kan være tale om en etablering, hvis et sådant fartøj ikke har til formål at udøve vedvarende økonomisk aktivitet.¹³¹ Har en økonomisk aktivitet begrænset karakter, vil medlemsstaten kunne gøre dette gældende i et restriktionsforhold. Yderligere fastlås det, at der ved ekstern drift af virksomhed stadig forekommer en udnyttelse af etableringsfriheden og dermed også et restriktionsforbud på dette område. I dette tilfælde altså skibsvirksomhed, som middel for etableringen. Der stilles dermed ikke decideret krav til omfanget af etableringen, der er dog fortsat et krav om, at denne ikke er begrænset på tid.¹³²

EU-Domstolen fastlår endvidere denne betingelse i sag C-438/05 - *Viking Line*, hvor det netop slås fast, at der ved etableringer forstås, "(...) *den faktiske udøvelse af en økonomisk aktivitet ved hjælp af en fast indretning i en anden medlemsstat i et ikke nærmere bestemt tidsrum (...)*"¹³³ På baggrund af dette må det dermed slås fast, at det fortsat er denne forståelse af begrebet, som EU-domstolen anvender til fortolkning af etableringer. Det ses i sag C-221/89 - *Factortame II*, at der stilles krav om, at etableringer, der gør brug af primær EU-ret, skal være tidsbestemte. Skatterådet har, som nævnt i SKM2018.209SR, lagt vægt på, at der er tale om en langsigtet investering. Med ordlyden i sag C-221/89 - *Factortame II* kan dette dog imidlertid diskuteres. Med Skatterådets formulering vil det være nærliggende at stille spørgsmål til, hvor lang en investering skal være for, at den taler imod princippet om, at der skal foreligge en reel etablering. Med EU-domstolens formulering er der ikke en fastlagt tidshorisont.

En yderligere betingelse for at en medlemsstat skal kunne lægge *ikke reel* eller *rent kunstigt arrangement* til grund er, at denne skal være etableret med det formål at opnå en skattefordel. Det er dermed ikke nok i sig selv, at der er tale om en virksomhed, hvis økonomiske aktivitet ikke kan måles eller ikke er tidsbestemt.¹³⁴ Domstolen fastslår her, at der skal være tale om en restriktion, der specifikt er rettet imod selskaber oprettet for at undgå en skattebetaling af nationalt overskud. Der er i dette tilfælde tale om, at der er et krav til, at det er en skat i hjemstaten, der forsøges undgået.¹³⁵

¹³¹ C-221/89 - *Factortame II*, præmis 20

¹³² C-221/89 - *Factortame II*, præmis 22

¹³³ C-438/05 - *Viking Line*, præmis 70

¹³⁴ C-524/04 – *Test Claimants*, præmis 74.

¹³⁵ Rønfeldt (2011), s. 12

Dermed har der altså været en formulering i dommene, der angår rent kunstige arrangementer, der ligger op til, at der skal være tale om en konstruktion, der skal forsøge at undgå et specifikt overskud. Denne ordlyd ændres dog i sag *C-330/07 - Jobra*, hvor der i stedet er fokus på, at der skal være opnået en *skattefordel*, og dermed lægges der op til en dog bredere fortolkning af det kunstige arrangement.¹³⁶ EU-domstolen slår dermed fast i ovenstående domme, at der ved etablering i medlemsstat skal være tale om en virksomhed, der kan måles på objektive forhold, såsom fysiske lokaler, og at den økonomiske aktivitet samtidig skal være af tidsbegrænset karakter.

Der skal i øvrigt ifølge *SKM2018.209SR* tillægges de kommercielle årsager i arrangementet en væsentlig betydning. I *SKM2018.209SR* er det her væsentligt, at arrangementet efter likvidering af datterselskabet fortsat bibeholder en vis aktivitet. Denne aktivitet består i dette eksempel i fortsat at fungere som holdingselskab for de andre datterselskaber i koncernen, som står for det faktiske salg af varer. Fortolkningen af begrebet *kommercielle årsager* vil blive diskuteret yderligere i nedenstående afsnit. Endvidere har domstolen i flere omgange fastslået, at en restriktion for etableringsfriheden ikke kan begrundes i hensynet til misbrug, men i en det faktum at arrangementet er oprettet rent kunstigt, og som ikke bygger på nogen økonomisk realitet.¹³⁷ Dette tyder på, at der, på trods af en ny misbrugsklausul, stadig er lignende krav, der reelt set bringes op i forbindelse med vurderingen af disse selskaber, nemlig et krav om de fysiske etableringer i koncernforholdet.

Generaladvokaten nævner endvidere i forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, at såfremt en medlemsstat ønsker at begrænse muligheden for at udnytte EU-retten, vil det for medlemsstaten være tilladt at indføre en restriktion i forbindelse med etableringsretten, når restriktionen er begrundet i det hensyn, der går på bekæmpelse af misbrug. Det pågældende misbrug omhandler netop kunstige arrangementer, der ikke modsvarer den økonomiske virkelighed i selskabet, når formålet hermed er at undgå den ellers skyldige skat af det overskud, der optjenes. Det er endvidere tilstrækkeligt, når arrangementet i det væsentlige har til formål at opnå skattefordele. Det er således ikke et krav, at det udelukkende skal have omtalte formål.¹³⁸

I vurderingen af hvorvidt der er tale om et misbrug gennem brug af kunstige arrangementer, kan det, foruden bedømmelsen af de konkrete omstændigheder, være relevant at inddrage artikel 6 i direktiv

¹³⁶ Rønfeldt (2011), s. 13

¹³⁷ C-196/04 - Cadbury-Schweppes, præmis 55

¹³⁸ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 50

2016/1164. Dette i forhold til, at der foruden tilstedeværelsen af et kunstigt arrangement endvidere kan være et skatteretligt arrangement, der udgør misbrug. I forlængelse af dette kan yderligere kriterier, fortrinsvist de ikke-skatteretlige, spille ind i vurderingen af, hvorvidt der er tale om et kunstigt arrangement.¹³⁹ Hvis man som unionsborger har til hensigt at anvende sine rettigheder gennem netop unionsborgerskabet og på den måde drage fordel heraf, bliver man ikke frataget muligheden herfor, medmindre der er tale om tilfælde med rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på en økonomisk realitet. Inddragelse af en medlemsstat, der ikke anvender kildebeskatning, er i sig selv ikke misbrug.¹⁴⁰

Det er tidligere fastslået, at såfremt en restriktion for etableringsfriheden skal være begrundet i hensynet om at hindre misbrug samt bekæmpe dette, skal det specifikke formål med restriktionen være netop være at hindre adfærd, der består i at oprette kunstige arrangementer, der ikke bygger på en økonomisk realitet. Dette med henblik på at undgå en ellers skyldig skat.¹⁴¹ En antagelse om misbrug skal være begrundet på baggrund af en samlet vurdering, der tilkommer den nationale ret. Skatteretligt kan der foreligge misbrug i tilfælde af kunstige arrangementer, der ikke bygger på en økonomisk realitet. Det samme gør sig gældende, såfremt hovedformålet er at omgå lovgivning. Skattemyndighederne skal godtgøre, at der ville foreligge et tilsvarende krav, såfremt arrangementet havde været reelt. Omvendt skal den skattepligtige godtgøre, at der er væsentlige ikke-skatteretlige begrundelser for arrangementet.¹⁴²

Hvor grænsen mellem *reelle* og *ikke reelle arrangementer* måles i denne sammenhæng i høj grad på, hvordan den økonomiske aktivitet i selskabet er udformet. For arrangementer gælder yderligere, at der skal indgå kommercielle årsager, der bliver gennemgået nedenfor. Generaladvokatens forslag til disse afgørelser baseres fortsat på denne objektive undersøgelse, hvor det skal vurderes, hvorvidt denne etablering eller arrangement har reelt virke. Det kan i generaladvokatens forslag til afgørelser ses, at denne tilgang bibeholdes.

¹³⁹ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 58

¹⁴⁰ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 63

¹⁴¹ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 105

¹⁴² Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 114

5.3 Kommercielle årsager

Som nævnt ovenstående vil dette afsnit forholde sig til begrebet *kommercielle årsager*. Kommercielle årsager bunder i de overvejelser, der går forud for en disposition i en koncern. Det skal her overvejes, hvorvidt et arrangement er indført i koncernstrukturen med begrundelse i *kommercielle årsager*, eller om det udelukkende er skattemæssige overvejelser, der går forud for dispositionen, jf. Ligningslovens § 3 stk. 2. Her nævnes derudover, at de kommercielle overvejelser skal afspejle den økonomiske virkelighed. Det vil i nedenstående på baggrund af dansk retspraksis i sammenhæng med EU-retlige forhold vurderes, hvad *kommercielle årsager* indebærer.

Ved kommercielle årsager forstås det forhold, et arrangements økonomiske og selskabsretlige dispositioner planlægges ud fra, der ikke udelukkende består i rent skattemæssige overvejelser. Ved en ordlydsfortolkning af *kommerciel* må det fastslås, at det økonomiske element er et, hvormed et selskab forsøger at opnå en fortjeneste ved hjælp af overvejede dispositioner, hvilket underbygges af følgende: ”Arrangementer betragtes ikke som reelle, såfremt de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Det tilkommer dog den nationale ret at vurdere dette.”¹⁴³

Er selskabet oprettet, likvideret eller fusioneret som følge af kommercielle overvejelser, kan en medlemsstat således ikke gøre det gældende i misbrugssammenhæng, at der er tale om omgåelse i en forstand, der ikke er tilladt. Er en foretaget disposition betinget i målet om skattefordele, og tager denne disposition endvidere ikke udgangspunkt i en økonomisk realitet, vil det være en af de betingelser, en stat kan gøre gældende over for et selskab, når det har formodning om, at der er skatteunddragelse involveret i en etablering, jf. Fusionsbeskatningsdirektivet artikel 11, stk. 1, litra a. For at danne en forståelse af begrebet anvendes *C-126/10 – Foggia* vedrørende en fusion mellem fire portugisiske selskaber. Dette er ikke direkte anvendeligt i forbindelse med forhold omfattet af Moder-/Datterselskabsdirektivet, men det kan fremme forståelsen af begrebet, da der i misbrugsklausulen i Fusionsbeskatningsdirektivet anvendes en lignende formulering, jf. Fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, smh. hhv. Moder-/Datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 1 og derefter Ligningslovens § 3, stk. 1 og stk. 2.

¹⁴³ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 108

Underbyggende for dette er forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, hvor generaladvokaten udtrykker, at Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, andet punktum, understreger, at der ikke lægger forsvarlige økonomiske betragtninger til grund i det konkrete tilfælde. Begrebet *misbrug* bliver endvidere defineret i direktiv 2016/1164, artikel 6, angående regler til bekæmpelse af metoder til skatteunddragelse. Dette finder ikke anvendelse på den pågældende sag grundet det, at udbyttet i sagen er udbetalt før indførelsen af misbrugsklausulen i Moder-/Datterselskabsdirektivet. Det afgørende i en eventuel misbrugssag er, hvorvidt der foreligger arrangementer, hvis hovedformål virker mod formålet med gældende skatteret, som endvidere ikke er *reelle*. I henhold til direktiv 2016/1164, artikel 6. stk. 2, skal et arrangement være tilrettelagt af velbegrundede og kommercielle årsager for at blive anset som reelt. Det skal ligeledes afspejle den pågældende økonomiske virkelighed som beskrevet i sag C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS.¹⁴⁴

I sag C-126/10 - Foggia gør domstolen det indledningsvist klart, at medlemsstaterne i misbrugssituationen kan gøre gældende, at der er tale om en fusion, der ikke har "(...)*forsvarlige økonomiske betragtninger*."¹⁴⁵ Karakteren af disse forsvarlige betragtninger beskrives dernæst som selskabsstrukturelle overvejelser såsom omstrukturering eller rationalisering. EU-domstolen fortsætter herefter med at fastlægge, at fortolkningen af disse kommercielle årsager skal fortolkes *udvidende*. Det slås dermed endnu engang fast, at skatteovervejelserne skal udgøre et af hovedformålene. En transaktion, hvor skattefordele indgår, kan ikke alene udgøre en mulighed for restriktion.¹⁴⁶ Det skal herefter nævnes, at der i dette tilfælde er tale om en fusion, hvor et af selskabernes eneste formål har været at overføre skattemæssige tab, hvilket af EU-domstolen i denne forbindelse formodes at være skattemæssigt begrundet. Med henblik på fastlæggelse af misbrug er det en samlet bedømmelse af de omstændigheder, som er op til de nationale myndigheder at fastlægge. Dette skal gøres med henblik på, om de pågældende transaktioner er *almindelige* kommercielle transaktioner, eller om de har haft til formål at opnå fordele i EU-retten. EU-domstolen giver dog vejledning til de nationale domstole, hvilket nævnes af generaladvokatens i forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, som ligeledes understøttes af EU-domstolens afgørelse af sag C-196/04 - Cadbury-

¹⁴⁴ C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 49

¹⁴⁵ C-126/10 – Foggia, præmis 33

¹⁴⁶ C-126/10 – Foggia, præmis 34

Schweppes.¹⁴⁷ EU-domstolen kan i visse situationer kan give vejledning med henblik på konstatering af kommercielle transaktioner, hvilket bliver underbygget af sag *C-419/14 – WebMindLicenses*.¹⁴⁸

De yderligere kriterier til en sådan etablering kan ikke opstilles som en generel betingelse i national lovgivning. Domstolen fastslår, at der skal være tale om, at hvis der fra medlemsstatens side er generelle kriterier, der automatisk anfører, at en given struktur er udtryk for skattemisbrug, vil en sådan restriktion være i strid med formålet med Fusionsbeskatningsdirektivet.¹⁴⁹ Det kræver således en individuel undersøgelse af hver af disse strukturer. Det kan efter en gennemgang af sag *C-126/10 - Foggia* ikke afvises, at der, i tilfælde af fusioner, kan forekomme situationer, hvor en fusion har karakter af ren skattemæssig karakter, men domstolen ligger her fokus på, at det er på grund af omstrukturering og rationalisering, at denne fusion udføres. Det forhold, at koncernen specifikt kan påpege en besparing, der vil ske i forbindelse med fusionen, tyder på, at der i dette tilfælde er kommercielle årsager til at gennemføre en sådan. Havde denne fusion udelukkende været med omstrukturering og rationalisering i tankerne, ville den efter domstolens udtalelser i denne dom være begrundet i kommercielle årsager. Det forhold, at der i denne sag er tale om et selskab, der udelukkende overfører underskud, er derfor udslagsgivende, da dette tyder på rent skattemæssige årsager.

På baggrund af ovenstående dom vurderes det dermed, at der i skattemæssig henseende skal ske en *indskrænket* fortolkning af skattemæssige årsager, mens *kommercielle årsager* skal fortolkes *udvidende*. Dette ses i ovenstående, da omstrukturering og rationalisering må siges at være kommercielle årsager, mens forholdet om *overførsel af skattemæssige tab* betragtes som rent skattemæssige forhold. Derudover skal en restriktion i forbindelse med de omfattede direktiver foretages på baggrund af specifikke undersøgte forhold og ikke på baggrund af generelle bestemmelser i den nationale lovgivning. En misbrugs klausul, som den danske i Ligningslovens § 3, kan dermed ikke i sig selv siges at være direktivstridig i denne henseende. Der må dog være en formodning om, at myndighederne, ikke udelukkende på baggrund af denne generelle formulering, kan lægge *mangel på kommercielle årsager* til grund, men at denne må udføre en specifik undersøgelse af det givne arrangement.

¹⁴⁷ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 53 smh. C-196/04 - Cadbury-Schweppes, præmis 35

¹⁴⁸ C-419/14 – WebMindLicenses, præmis 34

¹⁴⁹ C-126/10 – Foggia, præmis 37-38

5.4 Kan holdingsstrukturer bibeholde deres nuværende formål i et skatteretligt perspektiv under den nye misbrugsklausul?

Holdingselskaber er en velkendt virksomhedsform, og den anvendes i et stort omfang til at forvalte formuer, rettigheder mv. Denne selskabstype er inden for både indenfor dansk ret og EU-retten anerkendt af domstolen gennem mange års praksis inden for skatteretten.¹⁵⁰ Problemstillingen inden for de skatteretlige aspekter for denne type selskaber er blandt andet, hvorvidt misbrugsklausulen i Ligningslovens § 3 kan strække sig i forhold til at kunne påvise, at denne type selskaber udgør et misbrug. Dette afsnit vil derfor tage udspring i generaladvokatens forslag til afgørelse i *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark* og *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, samt EU-domstolens tidligere praksis og holde det op mod den danske afgørelse *SKM2017.333SR*. Med dette afsæt vil afsnittet forsøge at udlede, hvorvidt holdingselskaber kan bibeholde deres realitet under den nye misbrugsklausul samt hvilke krav, der kan stilles til denne virksomhedsform.

5.4.1 Praksis fra EU-domstolen

Med henblik på formueforvaltende selskaber nævner generaladvokaten i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, at disse selskaber som sådan ikke har og ikke kan have mange aktiviteter, hvorfor der bør stilles ringe krav til den økonomiske realitet i denne type af selskaber. Kriterier som kan finde anvendelse i denne situation kan være selskabets stiftelse, om det er muligt at kontakte ejerne på dets hjemsted og endvidere, om der bliver anvendt personalemæssige ressourcer med henblik på at opfylde sit formål.¹⁵¹ Dette bliver ligeledes fastslået af generaladvokaten i forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*.¹⁵² Dette stemmer endvidere overens med EU-domstolens afgørelse i sag *C-504/16 - Deister Holding*, som gør det klart, at forvaltning af aktiver ikke som udgangspunkt udgør et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet.¹⁵³ Det kan heraf udledes, at der kan stilles krav til holdingselskaber, men i og med et holdingselskab ikke i sig selv har eller har mulighed for at have andet end formueforvaltende, skal krav stillet til denne virksomhedstype tillægges en mere lempelig vurdering. I denne

¹⁵⁰ Nørgaard Laursen (2017), s. 4, 1. spalte smh. forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, præmis 55

¹⁵¹ Forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, præmis 55

¹⁵² Forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, præmis 56

¹⁵³ *C-504/16 – Deister Holding*, præmis 73

forbindelse kunne krav oplyst af generaladvokaten i forslag til afgørelse til *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark* være kriterier, som kunne anvendes til en vurdering af hvorvidt et holdingselskab er reelt. Kravene er behandlet ovenstående i afsnittene omhandlende kommercielle årsager samt kunstige arrangementer.

I forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS* fremstilles omstændighederne omkring det pågældende arrangement som værende pegende i retning af noget kunstigt. Det fremgår således af de oplysninger, som den forelæggende ret har frembragt. Dette omfatter blandt andet, at selskabet ikke har udgifter til hverken leje af lokaler eller personale til at sidde i disse. Vederlaget til selskabets bestyrelsesmedlemmer er endvidere af så lav en størrelse, at det ikke tyder på en specielt omfangsrig virksomhed. Der var ej heller indtægtsgivende aktivitet bortset fra den formueforvaltning, selskabet står for. Den samlede vurdering af det pågældende arrangement er således, at det må være kunstigt. Der bliver ligeledes perspektiveret til en fysisk person, der under netop disse omstændigheder for længst ville have indstillet sin virksomhed.¹⁵⁴ EU-domstolen har trods ovenstående tidligere fastslået, at det at et selskabs virksomhed udelukkende består i at forvalte aktiver samt det, at selskabets indtægter udelukkende stammer herfra, ikke nødvendigvis medfører, at der er tale om et kunstigt arrangement, som for øvrigt ikke bygger på en økonomisk realitet. I den pågældende sag opstår der dog tvivl, idet selskabets aktivitet umiddelbart udelukkende finder sted på papiret, i og med at selskabets formueforvaltende funktion ikke genererer indtægter.¹⁵⁵

Den ovennævnte praksis fra EU-domstolen og generaladvokatens indlæg er sager fra før Ligningslovens § 3's ikrafttræden, hvorfor denne argumentation ikke med sikkerhed kan bekræftes som værende retningslinjer for, hvordan en fortolkning af misbrugsklausulen i Moder-/Datterselskabsdirektivet såvel som Ligningslovens § 3 skal foretages. Grundet EU-domstolens dynamiske fortolkning vil dette have stor indflydelse på den fremtidige fortolkning af omgåelsesklausulens omfang. Dette er en nødvendighed for specialet, idet der endnu ikke har forelagt sager omhandlende misbrugsklausulen for EU-domstolen, der ellers kunne give et billede af, hvordan omgåelsesklausulen vil blive anvendt inden for EU-retten.

¹⁵⁴ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 54

¹⁵⁵ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 55 smh. C-504/16 – Deister Holding, præmis 73

5.4.2 National praksis på baggrund af Ligningslovens § 3 i forhold til holdingselskaber

I henhold til *SKM2017.333SR*, som er en af de første centrale afgørelser på området omkring Ligningslovens § 3, vil Skatterådet ikke anerkende et holdingselskabs forelagte kommercielle årsager for dennes flytning. Skatterådet afviser med den begrundelse, at såfremt H3 havde haft hjemsted i De Britiske Jomfruøer og ledelsens sæde i Bahamas på tidspunktet for H1's ophør, ville udlodningen blive set som udbytte med begrænset skattepligt. Skatterådet anser sagens disposition som værende en klar skattefordel ved denne forudgående flytning af H3. Den kommercielle begrundelse, der ligger til grund for selskabets flytning, er således, at koncernen ønsker en forenkling af selskabsstrukturen og hermed en nedskæring af omkostninger. Skatterådet anser derfor hovedformålet med denne flytning som værende at opnå en skattemæssig fordel, der ikke er tilstrækkeligt begrundet i kommercielle årsager. Det er dermed efter Skatterådets opfattelse, at hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg er at opnå en skattemæssig fordel, som ikke er begrundet i kommercielle årsager. Ved Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, vil H3 ikke være i stand til at opnå de fordele som følger af Moder-/Datterselskabsdirektivet.

Dette må siges at danne grundlag for en eventuel grænse for, hvorvidt SKAT vil acceptere flytning af et holdingselskab. Denne afgørelse fra Skatterådet må siges at stride med generaladvokatens udtalelse som nævnt ovenstående i forbindelse med forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, i og med SKAT stiller yderligere krav til et holdingselskabs aktivitet.¹⁵⁶ Det kan diskuteres, hvorvidt dette vil være i overensstemmelse med EU-retten og dermed blive accepteret ved EU-domstolen. Ud fra tidligere praksis vil dette formentligt blive underkendt ved en EU-domstolsprøvelse.

Yderligere anfører spørger i henhold til de kommercielle årsager i sit høringssvar, at H1 er et rent holdingselskab og dermed kun udgør en omkostning for den samlede koncern. Selskabet har udelukkende kunne opretholdes gennem lokale revisorer og selskabsadministratorer. Til dette anfører Skatterådet, at spørger ikke tilstrækkeligt har dokumenteret flytningens besparelse, og Skatterådet fastholder i denne forbindelse, at der stadig er tale om, at hovedformålet med flytningen for H3 er foretaget for at opnå en skattemæssig fordel og ikke af kommercielle årsager.

¹⁵⁶ Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 55

Problematikken i forhold til ovenstående ligger således i bevisbyrden mellem de to parter. Det fremgår af forarbejderne til Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2, at det er SKAT, der skal løfte bevisbyrden for, at der er tale om et arrangement, der har til hovedformål at opnå en skattemæssig fordel. Skatterådet ser i denne afgørelse igennem spørgers kommercielle hensyn og anfører, at der er tale om et arrangement, der har til hovedformål at opnå en skattemæssig fordel uden en yderligere begrundelse herfor. Dermed kan det diskuteres, hvorvidt skat har løftet sin bevisbyrde.¹⁵⁷

Generaladvokaten nævner i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark* såvel som forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Danmark ApS*, at udgangspunktet for misbrug inden for EU-retten i forhold til bevisbyrden er, at det er den pågældende skattemyndighed, der skal bevise, at et arrangement er mere fordelagtigt skattemæssigt end et ellers normalt arrangement, i og med den skattepligtige kan blive forpligtet til at samarbejde i et vist omfang. Såfremt hovedformålet med arrangementet ikke er at undgå skatter, der ellers ville skulle betales, vil der formentlig ikke være tale om misbrug, idet medlemsstaten selv giver den skattepligtige mulighed for at anvende de fordelagtige regler.¹⁵⁸ Generaladvokaten nævner i denne forbindelse, at en medlemsstat ikke blot må antage, at der er tale om misbrug i en sag som den omhandlede. Såfremt medlemsstaten ikke vil anerkende udbyttmodtageren som følge af en påstand om misbrug, skal medlemsstaten oplyse, hvem der efter dennes opfattelse af den egentlige udbyttmodtager. Det kræver således en objektiv begrundelse.¹⁵⁹ Dette støttes endvidere af domstolens afgørelse i sag *C-251/16 – Cussens*, hvor der henvises til, at der skal foretages en objektiv vurdering af den omdefinerede situation i forhold til de nationale bestemmelser og herved påvise, at der foreligger misbrug.¹⁶⁰ Endvidere følger det af sag *C-196/04 - Cadbury Schweppes*: *“For at konstatere, at der foreligger et sådant arrangement, kræves det således ud over et subjektivt forhold, der består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, at det fremgår af de objektive omstændigheder, at det mål, der forfølges ved etableringsfriheden, således som det er beskrevet i denne doms præmis 54 og 55, ikke er nået, til trods for, at fællesskabsrettens betingelser formelt er opfyldt(...)”*.¹⁶¹ Dette støtter op om, at der skal foretages vurdering af de objektive omstændigheder i sagen, hvor Skatterådet i det bindende svar afvises med begrundelsen om, at de kommercielle årsager ikke er tilstrækkelige uden at lave en objektiv vurdering af de

¹⁵⁷ Nørgaard Laursen (2017), s. 4

¹⁵⁸ Forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Danmark ApS*, præmis 89-91

¹⁵⁹ Forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Danmark ApS*, præmis 92

¹⁶⁰ *C-251/16 – Cussens*, præmis 47

¹⁶¹ *C-196/04 - Cadbury Schweppes*, præmis 64

skattemæssige forhold. Afgørelsen fra Skatterådet er dermed ikke foretaget i overensstemmelse med den nuværende praksis fra EU-domstolen.

Holdingselskaber, hvis formål er at forvalte aktier og anpartar i et eller flere datterselskaber, må siges at anerkendes inden for national dansk selskabsret, da det ved domstolene er fastslået, at denne type virksomhed er erhvervsdrivende. Denne argumentation anvendes indenfor den skatteretlige vurdering hvormed denne virksomhedstype ligeledes anerkendes i *SKM2004.297HR*. Anerkendelsen har den betydning, at såfremt en vurdering af kommercielle årsager skal foretages af denne virksomhedstype, skal vurderingen foretages i overensstemmelse med en EU-konform fortolkning. I så fald vil dette betyde, at holdingselskabet skal have få kommercielle årsager for sin flytning for, at dette skal godtages af skattemyndigheden.

5.5 Forskellen mellem SKM2017.333SR og SKM2018.209SR

Overordnet ligner de faktuelle omstændighederne hinanden meget i den forstand, at begge sager omhandler indeholdelse af kildeskat efter Kildeskattelovens § 65 samt om hvorvidt likvidationsprovenu kan blive fritaget fra indeholdelse af kildeskat efter Ligningslovens § 16 A, om behandling af likvidationsudlodning som udbytte, når dette skal udloddes til selskaber, som er beliggende i EU/EØS-lande hvor Moder-/Datterselskabsdirektivet finder anvendelse. I begge sager finder ovennævnte regler anvendelse, men Skatterådet kommer frem til, at der er tale om misbrug efter Ligningslovens § 3 i *SKM2017.333SR* og endvidere, at reglen ikke finder anvendelse i *SKM2018.209SR*, hvormed det er interessant at undersøge forskelligheden af de to afgørelser. Ligeledes findes det i begge afgørelser, at overliggende holdingselskab anses som værende retmæssig ejer af likvidationsudlodningen, og dette bliver dermed ikke anset for at være et gennemstrømningselskab, hvorfor det ikke ændrer på anvendelsen af Moder-/Datterselskabsdirektivet. Den forskel, der er mellem de to selskaber, ligger derfor i de forudgående civilretlige dispositioner, der bliver foretaget i *SKM2017.333SR*, hvorimod disse ikke foretages i *SKM2018.209SR*.

I *SKM2017.333SR* har Skatterådet særligt fokus på misbrug, da spørger foretager en flytning af et selskab beliggende på Bahamas til Luxembourg, hvorefter man derefter flytter det danske selskab til Luxembourg. Skatterådet finder, at den ovenstående disposition udgør et udtryk for omgåelse af beskatning ved flytningen af det danske selskab. Spørger lægger på den anden side vægt på, at denne

omstrukturering af koncernstrukturen begrundes ved, at man ønsker en forenkling af selskabsstrukturen, hvorfor koncernen dermed vil have lavere omkostninger, såvel som de herefter vil skulle foretage mindre rapportering og i samme omgang have fokus på færre landes lovgivning. Disse kommercielle årsager mener Skatterådet ikke er tilstrækkeligt til, at dette ikke udgør misbrug efter Ligningslovens § 3.

I *SKM2018.209SR* hæfter Skatterådet sig ved det faktum, at selskabet ønsker at forenkle den danske struktur. Det vurderes, sammenholdt med det faktum, at selskabet har hovedsæde i Sverige, samt at ledelsen har sit sæde i Sverige, at være tilstrækkelige kommercielle årsager til, at der ikke kan være tale om misbrug i henhold til Ligningslovens § 3. Skatterådet bemærker i den forbindelse, at denne selskabsstruktur kan udgøre misbrug, hvis de bagvedliggende ejere opnår en skattemæssig fordel. Det kan hertil diskuteres, hvorvidt dette er i overensstemmelse med EU-domstolens afgørelse i sag *C-196/04 - Cadbury Schweppes*, da de herved går ind og tilsidesætter de forelagte kommercielle årsager, fordi der ultimativt opnås en skattemæssig fordel hos ejerne.¹⁶² I forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS* nævnes det ligeledes, at domstolen allerede har fastslået i tidligere tilfælde, at en ejerkonstruktion, hvor formålet udelukkende er at opnå skattefordele, kan udgøre en form for misbrug. Dermed er en hensigt om at opnå skattemæssige fordele uden der er noget, der minder om en relation til en økonomisk realitet ikke beskyttet.¹⁶³ Dette underbygges endvidere i sag *C-283/94 - Denkavit* som anfører, at erhvervelse af andele i selskabers kapital med skattemæssige formål i sig selv kan være misbrug, hvis det ikke er med henblik på en varig investering.¹⁶⁴ Dette kan understøtte Skatterådets påstand om, at det kan udgøre misbrug.

Ved en sammenholdelse af de to afgørelser fra Skatterådet er det endvidere værd at bemærke, at man grundet en ændring i en civilretlig disposition i *SKM2017.333SR*, som er foretaget i overensstemmelse med de luxembourgske regler, kan miste retten til at anvende Moder-/Datterselskabsdirektivets fordele rent skatteretligt. Dette vil muligvis være i strid med etableringsretten, da der er tale om en ellers lovlig selskabsretlig etablering, som ikke er et rent kunstigt arrangement, og som bygger på en økonomisk realitet, men uden nærmere begrundelse bliver anset som misbrug. Dette strider med sag *C-212/97 - Centros*, da SKAT glemmer objektiviteten i forhold til bevisbyrden og herved ikke løfter deres krav til bevisbyrde, idet de kommer med følgende begrundelse: “*SKAT fastholder, at*

¹⁶² C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 55

¹⁶³ C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 59

¹⁶⁴ C-283/94 – Denkavit, præmis 31

*hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg er at opnå en skattefordel, og er ikke foretaget af velbegrundede kommercielle årsager.*¹⁶⁵ SKAT bør efter krav om bevisbyrde undersøge forholdene omkring den skattemæssige fordel nærmere og hermed udforme en begrundelse.¹⁶⁶ Denne problemstilling vil formentligt udgøre en restriktion af etableringsretten.

Det kan diskuteres, hvorvidt SKAT i dette tilfælde tager hensyn til formålet, der ligger i etableringsfriheden, med ovenfor nævnte problemstilling. Dette begrundes i, at der er foreliggende en gyldig selskabsretlig etablering, der som nævnt bygger på økonomisk realitet, og ikke er et kunstigt arrangement, som ligeledes har til formål at undgå den normalt skyldige skat. Der er hermed ikke grundlag til at afvise rettigheder opnået gennem EU-retten jf. sag *C-196/04 - Cadbury Schweppes*.¹⁶⁷

Yderligere er det værd at tage i betragtning, hvorvidt der kan være tale om diskrimination, som uden kan være en problemstilling i forhold til EU-retten. I *SKM 2017.333SR* er tale om en flytning af et selskab fra Danmark til Luxembourg, hvorimod der i *SKM 2018.209SR* er tale om et dansk selskab som flytter til Sverige. På baggrund af anvendt praksis i dette speciale kan det diskuteres, hvorvidt Luxembourg kan anses som værende et skattelys land. Luxembourg er i flere af de anvendte afgørelser involveret i forbindelse med skattely konstruktioner, hvorfor SKAT kunne have en forudgående antagelse om, at der i denne situation er tale om misbrug. Dette er formentlig ikke tilfældet med Sverige, da dette ikke er et land der fremtræder lige så ofte i forbindelse med skattely konstruktioner. Hvis dette har været en forudgående antagelse, vil der i et EU-retligt henseende være tale om diskrimination, hvilket er i strid med etableringsfriheden. Ligeledes bør det ikke lægges til grund, hvor et selskab er etableret, og hvad dette land nævnes i forbindelse med. Generaladvokaten anfører, at den EU-retlige skattefritagelse af udbytte ikke afhænger af, hvorfra aktionærerne hidrører, eller hvor de er hjemmehørende, idet dette ikke spiller en rolle i Moder-/Datterselskabsdirektivet.¹⁶⁸ At en anpartshaver i et dansk selskab er hjemmehørende på Cypern, eller at anpartshaveren i det cypriotiske selskab er hjemmehørende på Bermuda, kan isoleret set ikke statuere misbrug.¹⁶⁹

¹⁶⁵ SKM2017.333SR

¹⁶⁶ C-212/97 – Centros, præmis 25

¹⁶⁷ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 55

¹⁶⁸ Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 65 smh. forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark, præmis 65

¹⁶⁹ C-504/16 – Deister Holding, præmis 66

Generaladvokaten nævner i forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, at i en samlet vurdering vejer det tungere, når en endelig udbyttmodtager befinder sig i et tredjeland, der traditionelt er kendt for ikke at samarbejde med andre skattemyndigheder. Dette er for eksempel lande som Cayman Islands, Jersey og Bermuda. I en samlet vurdering vil dette altså kunne antyde en usædvanlig fremgangsmåde, hvor en økonomisk begrundelse ikke umiddelbart er indlysende.¹⁷⁰ Denne betragtning bunder dog udelukkende i forslag til afgørelser, hvorfor retskildeværdien ikke kan tilskrives samme værdi som i ovenstående afsnit, hvor Domstolen har afsagt en afgørelse på området. Dermed er det tvivlsomt hvorvidt dette vil blive tiltrådt af domstolen eller ej. Fortolkningen bakkes yderligere op i forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*. Her er ordlyden dog mere forsigtig, da ordlyden er som følger: “Det ville eventuelt veje tungere (...)”.¹⁷¹ Dette kan skabe usikkerhed på området, da formuleringen i dette tilfælde er upræcis. Det skal dog noteres, at der fortsat er tale om forslag til afgørelser, og at der dermed ikke direkte kan støttes ret på disse.

Det følger af generaladvokaten, at udbytte, som bliver videre udloddet fra selskabet til sine aktionærer, ikke kan anvendes til en begrundelse af, at selskabet optræder som et kunstigt arrangement. Dette begrundes i, at kapitalselskabers formål netop er, at det overskud der genereres i disse virksomheder netop skal udloddes til selskabsdeltagerne på et tidspunkt.¹⁷² Dette er gældende uanset, om der er tale om, hvorvidt kapitalejerne af moderselskabet er hjemmehørende i tredjelande eller ej. Til dette anfører generaladvokaten, at domstolen tidligere har fastlagt, at den omstændighed, at et selskab ejes og kontrolleres af personer eller selskaber, som ikke er hjemmehørende i EU, vil give anledning til misbrug af fritagelsesreglerne. Dette vil kunne medføre, at skatteyderen skulle bevise, at motiverne ikke er skattemæssige og ikke omvendt som nuværende retsstilling.¹⁷³ Denne betragtning følger endvidere af sag *C-6/16 - Eqiom og Enka*.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, præmis 66

¹⁷¹ Forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, præmis 66

¹⁷² Forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, præmis 56

¹⁷³ Forslag til afgørelse *C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark*, præmis 57

¹⁷⁴ *C-6/16 - Eqiom og Enka*, præmis 29

5.6 Generelt om skatteplanlægning

I afsnit 3.5 *Misbrug af EU-retten* bliver det indledningsvist beskrevet, hvordan det EU-retlige misbrugsprincip i et skatteretligt perspektiv kan opstilles gennem tre forhold. Disse tre forhold kan videre opstilles i følgende punkter:

- Legitim skatteplanlægning
- Rene realitetsbetragtninger
- Rene misbrugsbetragtninger

5.6.1 Legitim skatteplanlægning

EU-domstolen har i flere sager slået fast, at skatteplanlægning kan ske legitimt. I forbindelse med denne konstatering kan sag *C-277/09 - RBSD Deutschland* inddrages. Sagen omhandler det i Tyskland hjemmehørende selskab RBSD, der var en del af Royal Bank of Scotland-koncernen, som drev virksomhed med levering bank- og leasingtjenester. RBSD var endvidere momsregistreret i Det Forenede Kongerige som en ikke-etableret afgiftspligtig person. RBSD indgik en aftale med det i Det Forenede Kongerige hjemmehørende selskab Vinci plc omkring levering af leasing. RBSD indkøbte således biler gennem Vinci Fleet Services, der var et datterselskab til Vinci plc. Efterfølgende blev en 'salgs-option' aftale indgået mellem RBSD og Vinci Fleet Services. Aftalen indebar, at Vinci Fleet Services kunne tilbagekøbe biler fra RBSD på en forudbestemt dato. Afslutningsvist indgik RBSD og Vinci plc en 2-årig lejekontrakt, hvori RBSD stod som udlejer.¹⁷⁵

RBSD opkrævede leje af Vinci plc. Der blev ikke opkrævet moms af denne leje. Ved lejeopkrævnings ophør overførte RBSD leasingaftalerne til et tysk datterselskab ved navn Lombard Leasing GmbH, der ligeledes var en del af Royal Bank of Scotland-koncernen. Herefter opkrævede Lombard Leasing GmbH leje fra Vinci plc. Der blev heller ikke på denne leje opkrævet moms. Efterfølgende tilbagekøbte Vinci Fleet Services de pågældende biler, og den opkrævede afgift på salget blev indbetalt til skattemyndighederne.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Bundgaard m.fl. (2015), s. 62 smh. C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 12-16

¹⁷⁶ Bundgaard m.fl. (2015), s. 62-63 smh. C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 17-27

Den manglende momsbetaling på lejen betalt til først RBSD og efterfølgende Lombard Leasing GmbH skyldes, at transaktionerne blev anset som værende levering af tjenesteydelser. Det Forenede Kongerige anså betalingerne for disse tjenesteydelser som værende udført i Tyskland - det sted hvor leverandøren havde hjemsted. Der blev ligeledes ikke betalt moms i Tyskland, idet tysk lovgivning anså betalingen som levering af goder, der således fandt sted i Det Forenede Kongerige. De to pågældende medlemsstater kvalificerede således betalingerne forskelligt, hvilket havde den konsekvens, at ingen af dem opkrævede moms. Den afgift, RBSD i første omgang betalte på købet af bilerne, kræves der fuldt fradrag for ved skattemyndighederne i Det Forenede Kongerige.¹⁷⁷ EU-domstolen bemærkede i dens afgørelse, at scenariet kun kunne opstå, idet afgiftsmyndighederne i Det Forenede Kongerige anså leasingtransaktionerne som en tjenesteydelse, mens de tyske afgiftsmyndigheder anså transaktionerne som værende levering af et gode.¹⁷⁸ EU-domstolen bemærkede endvidere, at forskellene i medlemsstaternes momssystemer har den betydning, at den omstændighed, at ”(...) den kvalificering, den har givet en kommerciel transaktion, ikke har opkrævet udgående moms, ikke fratages en afgiftspligtig person retten til fradrag for indgående moms betalt i en anden medlemsstat.”¹⁷⁹ Der blev efterfølgende taget stilling til, hvorvidt RBSD skulle nægtes muligheden for fradrag med henvisning til, at skatteplanlægningen var udtryk for misbrug.

For at besvare dette spørgsmål indledte EU-domstolen med, at de omhandlede transaktioner ”(...) fandt sted mellem to parter, som ikke havde nogen retlig tilknytning til hinanden.” Transaktionerne var endvidere ikke kunstige, og de ”(...) fandt sted som led i normal handel.”¹⁸⁰ Det fastslås dernæst, at de i sagen omhandlede transaktioner ikke havde karakter af at være kunstige og uden økonomisk realitet.¹⁸¹ Dette stemmer ligeledes overens med sag C-196/04 – *Cadbury Schweppes*, idet der lægges vægt på betragtningen af et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet.¹⁸² Det faktum, at tjenesteydelser leveres fra et selskab etableret i en medlemsstat og videre til et selskab etableret i en anden medlemsstat, samt at ”(...)vilkårene for de gennemførte transaktioner blev valgt som resultat af de berørte erhvervsdrivendes egne overvejelser, ikke anses for at være retsmisbrug. Sagsøgeren i hovedsagen havde således faktisk leveret de omhandlede tjenesteydelser i

¹⁷⁷ Bundgaard m.fl. (2015), s. 63

¹⁷⁸ C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 29

¹⁷⁹ C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 42

¹⁸⁰ C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 50

¹⁸¹ C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 51

¹⁸² C-196/04 – *Cadbury Schweppes*, præmis 55

*forbindelse med en reel økonomisk virksomhed.*¹⁸³ Det må således sluttes, at selskaber må foretage fordelagtige dispositioner, såfremt det foretages i forbindelse med reel økonomisk virksomhed. EU-domstolen bemærkede efterfølgende, at det står afgiftspligtige frit for angående valg af organisationsstrukturer samt transaktionsformer, som de skønner værende mest fordelagtige baseret deres økonomiske aktivitet samt med det formål at begrænse en afgiftsbyrde.¹⁸⁴

Sagen er et godt eksempel, idet den viser, at EU-retten giver plads til skatteplanlægning. I samme omgang er der ligeledes grænser for, hvor aggressiv skatteplanlægningen kan være. I den samlede vurdering skal der således inddrages en sondring mellem på den ene side *rene realitetsbetragtninger* og på den anden side *egentlige misbrugsbetragtninger*.¹⁸⁵ I forlængelse heraf må det siges at de rene realitetsbetragtninger ligger sig op af fortolkningen af begrebet økonomisk realitet, hvor en betragtning af kommercielle årsager indgår. Endvidere må det tilføjes, at de egentlige misbrugsbetragtninger lægger sig op ad det EU-retlige misbrugsbegreb. Hermed menes den situation, hvor hovedformålet, eller et af disse, er at opnå en skattemæssig fordel, hvilket stemmer overens med *C-196/04 - Cadbury Schweppes* som beskrevet tidligere i specialet.¹⁸⁶

5.6.2 Rene realitetsbetragtninger

Som set i *U2006.2400H* nævnes det i forbindelse med realitetsgrundsætningen, at transaktioner skal være forretningsmæssigt begrundede. Dette lægger op til *Rene* realitetsbetragtninger, som berettiger retsanvendende myndigheder til at omkvalificere et af en skatteyder påstået faktum i en sag udelukkende med henvisning til, at det påståede faktum ikke er i overensstemmelse med transaktionernes økonomiske virkelighed og realitet.¹⁸⁷ Som eksempel på forholdet *rene realitetsbetragtninger* kan dommen *C-185/01 - Auto Lease* inddrages. Auto Lease er et leasingselskab, som stiller motorkøretøjer til rådighed mod månedlige leasingrater, der er fastsat i kontrakten med kunderne. Kontrakten tilbyder yderligere muligheden for en aftale om brændstofadministration, så tankning sker hos et benzinselskab i Auto Lease's navn og for dennes regning.¹⁸⁸

¹⁸³ C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 52

¹⁸⁴ C-277/09 - RBSD Deutschland, præmis 53

¹⁸⁵ Bundgaard m.fl. (2015), s. 65

¹⁸⁶ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 55

¹⁸⁷ Bundgaard m.fl. (2015), s. 65

¹⁸⁸ C-185/01 - Auto Lease, præmis 10-19

Besvarelsen på de præjudicielle spørgsmål i sagen gik på, hvorvidt benzinselskabet skulle anses for at levere et gode i form af brændstof til Auto Lease, der efterfølgende leverede godet videre til de kunder, der havde takket ja til en sådan aftale. Alternativet hertil var, at brændstoffet blev leveret direkte fra benzinselskabet til forbrugeren. I denne sammenhæng blev det fastslået, at Auto Lease ikke på noget tidspunkt opnåede en råderet over det pågældende brændstof.¹⁸⁹ Med i vurderingen spillede det faktum, at det kun *tilsyneladende* var på Auto Lease's regning, at der skete levering af brændstof.¹⁹⁰

Auto Lease fungerede i praksis som kreditgiver for køb af brændstof, idet leasingtageren i sidste ende oppebar udgiften for brændstof. Af denne årsag fastslog domstolen, at der reelt var tale om finansiering af køb af brændstof og ikke levering som ellers angivet.¹⁹¹ Det forelagte spørgsmål besvares med, at der ikke sker en egentlig levering fra leasinggiver til leasingtager, idet leasingtager selv påfylder køretøjet på tankstationer. Dette er uagtet det faktum, at påfyldning sker på leasinggivers regning.¹⁹²

Dermed blev leasinggivers rolle i afgørelsen sidestillet med en kreditgivers, hvilket ikke stemte overens med parternes egen faktuelle fremlægning af forholdet. EU-domstolens argumentation er således et udtryk for en samlet kvalifikation af transaktionerne med udgangspunkt i de økonomiske realiteter, der lå bag.¹⁹³ Auto Lease-dommen understreger således, at transaktioner skal tage udgangspunkt i deres økonomiske realitet frem for den betegnelse for forholdet, to parter er enige om. Det vurderes ikke, at der var et reelt skatteplanlægningsmotiv med det pågældende forhold, idet dommen er udtryk for traditionel faktumkvalifikation på grundlag af de faktiske forhold.¹⁹⁴

5.6.3 Rene misbrugsbetragtninger

I modsætning til rene realitetsbetragtninger lægger rene misbrugsbetragtninger op til den situation, hvor der forelægger et *rent kunstigt arrangement*, som ikke foretages i forbindelse med en reel

¹⁸⁹ Bundgaard m.fl. (2015), s. 66

¹⁹⁰ C-185/01 - Auto Lease, præmis 35 i den engelske udgave

¹⁹¹ C-185/01 - Auto Lease, præmis 36 i den engelske udgave

¹⁹² C-185/01 - Auto Lease, præmis 37

¹⁹³ Bundgaard m.fl. (2015), s. 66

¹⁹⁴ Bundgaard m.fl. (2015), s. 66

økonomisk virksomhed.¹⁹⁵ Således er det værd at bemærke, at det ligeledes i litteraturen anføres, at ”(...) om det af skatteyderen påberåbte faktum også i en skatteretlig kontekst måtte holde for en ren realitetsprøvelse med henvisning til, at skatteyderen søger at misbruge lovgivningens ordlyd i modstrid med dens formål.”¹⁹⁶

I forhold til vurderingen af rene misbrugsbetragtninger er det ligeledes relevant at inddrage *C-110/99 - Emsland-Stärke*, hvor Emsland-Stärke ved flere lejligheder havde sendt varer til Schweiz. Modtagerne af de pågældende varer stod anført som værende enten Fuga AG eller Lukowa AG på den samme adresse, der endvidere blev ledet samt repræsenteret af den samme personkreds. Samtlige fakturaer var adresseret til Lukowa AG. Gennem anmodning udbetalte Hauptzollamt eksportrestitution til Emsland-Stärke.¹⁹⁷ Efterfølgende kontrolundersøgelser foretaget af det tyske toldvæsen angående Emes E viste, at varerne, efter overgang til fri omsætning i Schweiz, med samme transportmidler og i uforandret stand, var blevet transporteret tilbage til Tyskland. Denne transport tilbage til Tyskland skete efter rammerne af en ny procedure angående ekstern fællesskabsforsendelse.¹⁹⁸ Grundet disse forhold krævede Hauptzollamt tilbagebetaling af den udbetalte restitution samtidig med ophævelsen af tildelingen.¹⁹⁹ I 1987 gennemførte Emsland-Stärke flere forsendelser af en anden vare. Varemottagerne var ligeledes Fuga AG eller Lukowa AG. Der blev endvidere også på disse forsendelser udbetalt eksportrestitution af Haptzollamt.²⁰⁰ Disse forsendelser blev sendt videre til Italien ligeledes inden for rammerne af en ny procedure med ekstern fællesskabsforsendelse, der var indledt af Kuga.²⁰¹

Emsland-Stärke gjorde det efterfølgende gældende, at kravet om tilbagebetaling var uberettiget, idet varerne var overgået til fri omsætning i Schweiz. Emsland-Stärke gjorde det endvidere gældende, at varerne i Schweiz var solgt af Fuga AG til Lukowa AG.²⁰² EU-domstolen bemærker i denne forbindelse, at der foreligger reelle forhold, som opfylder alle de materielle forhold, hvormed det kan fastslås, at realitetsbetragtningen er opfyldt.²⁰³ I forlængelse heraf anførte EU-domstolen, at EU-retten

¹⁹⁵ C-277/09 - RBS Deutschland, præmis 52 modsætningsvist

¹⁹⁶ Bundgaard m.fl. (2015), s. 67

¹⁹⁷ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 7.

¹⁹⁸ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 8

¹⁹⁹ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 9

²⁰⁰ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 10

²⁰¹ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 11

²⁰² C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 14

²⁰³ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 46-47

ikke kan udvides til at dække over de erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner.²⁰⁴ Ulovlige transaktioner er dermed ikke dækket af fællesskabsretten.

EU-domstolen anfører, at ”*Konstateringen af, at der er tale om misbrug, nødvendiggør dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt.*”²⁰⁵

Det forstås hermed, at der skal foretages en vurdering af de objektive forhold, hvorefter det skal sikres at disse stemmer overens med EU-rettens formål. Ligeledes kræves en vurdering af, hvorvidt arrangementerne har til formål at drage fordele af EU-rettens friheder således, at det kunstigt opnår disse fordele.²⁰⁶

5.7 Skattetænkning overfor skatteunddragelse

Med virkningen af den nye misbrugs klausul kan det diskuteres, hvorvidt hele betragtningen af skattetænkning fortsat skal være lovlig, eller om dette begreb skal sættes i bås med skatteunddragelse. Skattetænkning er, som allerede nævnt, den lovlige skattedisposition, som efter en prøvelse er i overensstemmelse med den givne lovgivning, men *SKM2017.333SR* lægger op til en diskussion af, hvorvidt det endnu skal være lovligt at skattetænke. Skatterådet anfører i *SKM2017.333SR*, at den kommercielle begrundelse, der ligger til grund for selskabets flytning, er at koncernen ønsker en forenkling af selskabsstrukturen. Der foreligger ikke i sagen yderligere oplysninger om andre kommercielle årsager for flytningen. SKAT anser derfor hovedformålet med denne flytning som værende at opnå en skattemæssig fordel, som ikke er tilstrækkeligt begrundet i kommercielle årsager. Det er dermed efter SKATs opfattelse, at hovedformålet med flytningen af H3 til Luxembourg er at opnå en skattemæssig fordel, som ikke er begrundet i kommercielle årsager. Ud fra denne betragtning kan det diskuteres, hvorvidt et selskab altid skal vælge den *dårlige* skattemæssige løsning, når der er mulighed for at vælge mellem to, hvoraf den ene er en fordelagtig skattemæssig løsning, og den anden er en mindre fordelagtig skattemæssig løsning, når der foretages en ændring i koncernstrukturen. Efter SKATs opfattelse i denne sag vægter det skattemæssige forhold mere end de forelagte kommercielle årsager for flytningen. Det skal hertil anføres, at Skatterådets afgørelse møder kritik for den

²⁰⁴ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 50-51

²⁰⁵ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 52

²⁰⁶ C-110/99 - Emsland-Stärke, præmis 53

manglende bevisførelse i deres bindende svar.²⁰⁷ Dette kan have den betydning, at hvis dette tilsluttes opbakning fra domstolene, skal koncerner, ved fremtidige ændring i koncernstrukturen, overveje de skattemæssige muligheder og hermed vælge den løsning, som udløser den største beskatning.

På baggrund af sag *C-196/04 - Cadbury Schweppes*, kunne det konkluderes, at der ikke i sig selv er tale om misbrug, hvis et selskab oprettes med skattebegunstigede overvejelser som formål. Skulle disse overvejelser være det eneste formål med, og selskabet dermed et rent kunstigt arrangement, ville der være tale om misbrug. Dermed er der i EU-retten en retsstilling, der til en grænse tillader skattetænkning. Denne grænse ligger i den situation, hvor der er tale om et rent kunstigt arrangement, som har til hovedformål eller et af sine hovedformål at opnå en skattemæssig fordel.²⁰⁸ Hvis dette er tilfældet, er der bestemt tale om skatteunddragelse. Generaladvokaten nævner i forslag til afgørelse *C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS*, at man kan som EU-borger frit kan anvende sine rettigheder, uanset om man er en fysisk eller juridisk person. Dette gælder til en vis grænse, idet anvendelsen heraf ikke kan udvides og på den måde dække eventuelle retsstridige handlinger, som erhvervsdrivende foretager sig. Med retsstridige transaktioner menes der transaktioner, der ikke finder sted som et led i en almindelig og kommerciel transaktion - det er i stedet transaktioner, der alene har haft det formål retsstridigt at opnå fordele, der ellers er hjemlet i EU-retten.²⁰⁹

Dette støttes endvidere af EU-domstolens afgørelse *C-305/05 – Ordre des barreaux francophones og germanophone m.fl.*, som anfører “*Borgerne kan ikke på svigagtig vis eller med henblik på misbrug gøre fællesskabsbestemmelserne gældende. Deres anvendelsesområde kan ikke udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, dvs. 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.*”²¹⁰ Hermed bekræftes det, at hvis der foreligger kommercielle årsager for den foretagne disposition, så er der ikke nødvendigvis tale om misbrug. Dette har derfor denne betydning, at EU-retten tillader, at der skal være mulighed for at placere sig efter den løsning, der er mest fordelagtig skattemæssigt, hvis dette blot begrundes i, at der også foreligger andre formål end det skattemæssige aspekt.

²⁰⁷ Nørgaard Laursen (2017), s. 1-9

²⁰⁸ C-196/04 - Cadbury Schweppes, præmis 55

²⁰⁹ C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 47

²¹⁰ C-305/05 – Ordre des barreaux francophones og germanophone m.fl, præmis 28

Endvidere har generaladvokaten anført, at skattepligtige frit kan vælge organisationsstrukturer eller transaktionsformer, der findes mest passende for den økonomiske aktivitet, der er i selskabet for på den måde at begrænse en kommende skattebyrde. At der vælges en konstruktion som den i sagen omhandlede, der ikke medfører den højest mulige skattebyrde, kan ikke betegnes som misbrug.²¹¹ Sag C-419/14 - *WebMindLicenses* underbygger ligeledes generaladvokatens påstand, hvormed et selskab ikke nødvendigvis skal vælge den organisationsstruktur, som giver det højeste afgiftsgrundlag. Det er i stedet tilladt at finde den struktur, som findes mest passende for den økonomiske aktivitet.²¹²

Dermed kan det udledes, at Skatterådets bindende svar *SKM2017.333SR* muligvis vil stride med EU-retten, men afgørelsen skulle eftersigende være anket til landskatteretten, og dette vil dermed blive behandlet yderligere ved en højere instans.²¹³ Skulle dette blive tiltrådt af de danske domstole i og dermed blive retsstillingen i national dansk praksis med denne nye bestemmelse kan det diskuteres hvorvidt skattetænkning endnu vil være lovligt. Det vil dog kræve en nærmere fortolkning af hvad der er tilstrækkeligt af kommercielle årsager og hvorvidt skattemyndigheden kan nægte denne virksomhedstype.

5.8 Delkonklusion

Dette afsnit går dybere ind i ordlyden af Ligningslovens § 3. Heraf kan det udledes, at begrebet *arrangement* skal fortolkes bredt i henhold til EU-rettens forståelse af begrebet. Dermed omfatter *arrangementer* og *serier af arrangementer* alle selskaber som enestående eller i form af flere sammen sluttede selskaber. Endvidere kan det konkluderes i henhold til, hvorvidt der er tale om reelle arrangementer, at disse arrangementer skal være begrundede i *kommercielle årsager*. Det bliver derudover klargjort, at visse forhold taler for, at der er tale om reelle arrangementer, herunder de fysiske forhold i arrangementet. Dette bliver slået fast i sag C-221/89 *Factortame II*. Det samme gør krav til varigheden af et sådant arrangement. Ved reelle arrangementer forstås også et arrangement, der kan måles på rent objektive omstændigheder. Der bliver i EU-sammenhæng slået fast, at disse omstændigheder skal kunne undersøges af medlemsstaten. Afsnittet går yderligere ind og vurderer, hvad der må betragtes som *kommercielle årsager*. I forhold til *kommercielle årsager* skal begrebet i forhold til EU-domstolen fortolkes udvidende, hvormed dette skal vurderes i forhold til den konkrete situation.

²¹¹ C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS, præmis 62

²¹² C-419/14 – WebMindLicenses, præmis 42

²¹³ Nørgaard Laursen (2017), s. 9

Dermed skal begrundelsen ses i forhold til den aktivitet, virksomheden i selskabet opretholder. Er der tale om et formueforvaltende selskab, kan der ikke stilles store krav udover, at selskabet skal være lovligt registeret i henhold til den nationale lovgivning. Endvidere kan det angå, hvorvidt selskabets ejere kan kontaktes på adressen. Disse kriterier kan ligeledes tillægges et driftsselskab. I forhold til den nationale skattemyndighed har området på tidspunktet for udarbejdelsen af nærværende speciale to for specialet centrale afgørelser i form af bindende svar fra den nationale skattemyndighed. Hvorvidt afgørelsen *SKM2017.333SR* er i overensstemmelse med EU-retten er diskutabelt, da SKAT uden at tage særlig stilling til de forelagte kommercielle årsager for holdingselskabets flytningen påstår, at der foreligger misbrug. Dette er ikke i overensstemmelse med kravet om en EU-konform fortolkning af Ligningslovens § 3. Ligeledes har Skatterådet afsagt bindende svar om en tilsvarende sag, hvori der findes frem til, at Ligningslovens § 3 ikke finder anvendelse. Dette antyder, at selskaber, som allerede er etablerede og gør brug af Moder-/Datterselskabsdirektivet, ikke som udgangspunkt udgør misbrug, hvorimod en koncerns tilrettelæggelse efter de lande, som giver den bedste skattemæssige situation, vil falde under omgåelsesklausulen, selvom der foreligger kommercielle årsager.

6. Konklusion

Moder-/Datterselskabsdirektivet anvendes af medlemsstater på selskabers overskud, der er modtaget fra datterselskaber i andre medlemsstater, ligesom det anvendes i det modsatte tilfælde, hvor et selskab i en medlemsstat udlodder udbytte til et selskab i en anden medlemsstat, som det udbytteudlodgende selskab er datterselskab til. Direktivet er endvidere ikke en hindring for, at medlemsstater kan anvende interne bestemmelser i forsøget på at hindre svig og misbrug. Formålet med selve direktivet er netop at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, der bliver betalt fra datterselskaber til moderselskaber. I og med der er tale om et direktiv, har indholdet heri vertikal virkning i medlemsstater, der implementerer det.

Moder-/Datterselskabsdirektivet har i artikel 1, stk. 2, en misbrugsbestemmelse, der ligeledes internt fungerer som en misbrugsbestemmelse - i Danmarks tilfælde i form af Ligningslovens § 3, da den blev implementeret i 2015. Før implementeringen af misbrugsklausulen i Moder-/Datterselskabsdirektivet havde Danmark sin egen omgåelsesklausul i form af den, gennem retspraksis, udviklede realitetsgrundsætning. Formålet med en sådan klausul er at sætte en grænse mellem den lovlige skattetænkning og den ulovlige skatteunddragelse for på den måde at være med til at hindre omgåelse samt misbrug af gældende skatteregler. Op til implementeringen af misbrugsbestemmelsen i Moder-/Datterselskabsdirektivet var området således kun reguleret i den nationale ret i form af realitetsgrundsætningen. Implementeringen tilvejebringer dermed diskussionen af, hvorvidt realitetsgrundsætningen i sig selv kunne ses som værende en tilstrækkelig implementering af misbrugsklausulen i Moder-/Datterselskabsdirektivet i tiden op til implementeringen.

Implementeringen af Moder-/Datterselskabsdirektivet indikerer endvidere et behov for at kunne gøre en reel misbrugsbestemmelse gældende over for unionsborgere. Gennem flere års praksis har det resulteret i realitetsgrundsætningen, hvormed domstolene tager stilling til de faktuelle omstændigheder i et forhold frem for de oplysninger, der er fremlagt af unionsborgeren. Realitetsgrundsætningen er således udtryk for, at skatteplanlægningen i et af en unionsborger konstrueret forhold skal være begrundet i kommercielle årsager, hvorfor der skal være tale om et reelt arrangement. Med et reelt arrangement forstås et arrangement, hvis formål ikke udelukkende eller overvejende grad er at udnytte national skattelovgivning. Realitetsgrundsætningen har netop været et værktøj, Danmark har kunne tage i brug for at hindre et sådant arrangement. Med tilføjelsen i Moder-

/Datterselskabsdirektivet anerkendte EU-domstolen behovet for en sådan klausul, hvilken efterfølgende er blevet implementeret i dansk ret.

I et EU-retligt lys er Moder-/Datterselskabsdirektivet med til at sikre et velfungerende indre marked, der er et af EU's hovedformål, hvilket følger af TEU. I dette ligger et område inden for fællesskabsrettens område, hvori der ikke er grænser for den fri bevægelighed. Som følge heraf er der regler for medlemsstaternes eventuelle diskriminationer og restriktioner mod borgere, der ønsker at gøre brug af de rettigheder, de som EU-borgere er sikret. Moder-/Datterselskabsdirektiver hører under disse EU-regler, der giver borgere visse fordele og muligheder. Det er dermed ligeledes regler, som medlemsstater skal efterleve.

Medlemsstater har mulighed for at differentiere deres skattelovgivning for på den måde at gøre sig attraktive for selskaber, hvilket har den virkning, at der bliver etableret arrangementer på tværs af grænser inden for fællesskabsrettens område. Medvirkende til muligheden for dette er etableringsretten. Selskaber er således omfattet af etableringsretten, når de er oprettet lovligt i en medlemsstat efter dennes nationale selskabslovgivning. Som følge af muligheden for skatteplanlægning bliver der planlagt meget omfattende arrangementer, der udnytter hver enkelt medlemsstats lovgivning på en måde, der muliggør overordentligt fordelagtige arrangementer. Disse fordelagtigt planlagte arrangementer skal have hold i den økonomiske virkelighed, der er i det selskab eller den koncern, der udfører planlægningen. Grænsen mellem lovlig skatteplanlægning og ulovlig skatteunddragelse bliver derfor relevant i vurderingen af lovligheden af et arrangement.

I kraft af EU-rettens betydning for nationale stater skal nationale skattemyndigheder i medlemsstaterne tage højde for betydningen og formålet med gældende EU-ret på området. I en vurdering af lovligheden af et arrangement skal formålet med etableringsfriheden samt Moder-/Datterselskabsdirektivet inddrages. Det må kunne slutes, at visse arrangementer, der nationalretligt vil blive anset som misbrug, alligevel ikke udgør misbrug, når formålet med gældende EU-ret på området inddrages. Der skabes således en fin grænse mellem det, der er lovligt og det, der er ulovligt. Såfremt Danmark skal kvalificere skatteplanlægning som værende misbrug, skal særligt to betragtninger tages med i vurderingen. Den første er, at der skal være et krav om skat. Dernæst skal der være en risiko for, at den pågældende udbyttebetaling ikke beskattes i modtagerstaten.

Med disse to betragtninger in mente skal valg af transaktionsstruktur i skatteplanlægningen inddrages i en misbrugsvurdering. Transaktionsstrukturen kan være med til at afgøre, hvorvidt der er tale om misbrug. Det kan således tale for misbrug af nationale skatteregler, i det tilfælde der er valgt en transaktionsstruktur, der udbetaler udbytte til investorer via tredjelande, der ikke traditionelt udleverer informationer på modtagere. Med til at afkræfte formodningen om misbrug i et sådan tilfælde kan være, at selskabet selv stiller oplysninger til rådighed.

I forlængelse heraf tillader EU netop nationale foranstaltninger, der skal hjælpe med at hindre misbrug og ulovlig skatteplanlægning. De nationale foranstaltninger må anvendes til en grænse, hvorefter de går ud over formålet, hvilket må konkluderes efter en gennemgang af dommene *Sag C-212/97 – Centros* og *Sag C-196/04 - Cadbury Schweppes*. Det kan dermed konkluderes, at hensynet til formålet med etableringsretten er større end hensynet til en medlemsstats ønske om at fastslå en skatteplanlægning som værende misbrug. I et skatte- og udbyttedmæssigt sammenhængende vil Moder-/Datterselskabsdirektivet skulle inddrages, og med det tungere hensyn til formålet med disse in mente må det fastslås, at visse arrangementer, såfremt de tager udgangspunkt i den økonomiske realitet i selskabet, er tilladt gennem EU-retten uanset, om den nationale medlemsstat måtte mene anderledes.

Såfremt en medlemsstat ønsker at gøre brug af misbrugsklausulen i Moder-/Datterselskabsdirektivet, skal ordlyden i direktivet fortolkes, som den er. Dette gælder ligeledes internretlige bestemmelser, der er en implementering, såfremt den er implementeret korrekt, idet en strengere fortolkning af direktivet i visse tilfælde vil kunne medføre restriktioner for øvrige frihedsbestemmelser indrømmet i EU-retten, herunder især etableringsretten. For at et arrangement skal kunne anses som at udgøre et misbrug, må der således først tages stilling til den/de selskabsretlige disposition(er), der ligger bag, samt om hvorvidt disse er stiftet i overensstemmelse med fællesskabsretten som nævnt i TEUF artikel 49 smh. 54.

Det må i forbindelse med afsnittet om Ligningslovens § 3 yderligere konkluderes, at bevisbyrden i forbindelse med bestemmelsen er todelt i henhold til vurderingen af, hvorvidt der foreligger skatteretligt misbrug. Det er op til SKAT at bevise der foreligger misbrug eller omgåelse, herunder at et af hovedformålene eller hovedformålet med et arrangement udgør misbrug. Det tillægges skatteyderen at bevise, at der foreligger kommercielle årsager som baggrund for de økonomiske såvel som selskabsretlige dispositioner. I denne forbindelse nævner generaladvokaten ligeledes, at det er op til

skattemyndigheden, som skal godtgøre, at et sådant arrangement ligger udenfor det, som normalt ville blive anvendt, hvorefter det er samme tilgang som i den danske bestemmelse, hvorfor skatteyderen skal bevise arrangementets forretningsmæssige grunde. Endvidere kan det konkluderes, at realitetsgrundsætningen kan betragtes som en implementering af Moder-/Datterselskabsdirektivets gamle artikel 1, stk. 2. Dette vil formentlig kunne overføres til den nye bestemmelse, idet ordlyden af den gamle bestemmelse indgår i denne. Ligningslovens § 3 overtager dog på de områder der er omfattet af denne bestemmelse, derimod vil realitetsgrundsætningen fortsat finde anvendelse, da ligningslovens § 3 ikke dække alle skattemæssige dispositioner.

I henhold til anvendelsen af Ligningslovens § 3 opdeles bestemmelsen i flere led, således der isoleret ses på de enkelte begreber. Det første som behandles i fremstillingen er forståelsen af et *arrangement* eller en *serie af arrangementer*. I den forbindelse kan det konkluderes, at *et arrangement* skal fortolkes bredt, hvorfor et *arrangement* udgør et selskab, hvilket skal forstås som alle selskaber. I henhold til en *serie af arrangementer* skal her forstås konstellationer, der hver især er indsat i en struktur, hvormed disse samlet set kan anskues som en serie. Her er der fokus på, hvilke transaktioner, der sker mellem de indskudte dele. I denne sammenhæng er der dermed tale om en række af selskaber, der på forskellig vis påvirker beskatningsgrundlaget igennem de forskellige led. Som det andet behandles *rent kunstige arrangementer*, hvor spørgsmålet er, hvorvidt der foreligger objektive omstændigheder, som kan testes af de nationale myndigheder. Dette kan for eksempel være en fysisk lokation og om selskabets ledelse kan kontaktes på adressen for selskabet. Yderligere er det relevant at vurdere den økonomiske aktivitet, som er forbundet til arrangementet. Er disse ovenstående elementer ikke opfyldt, kan det give anledning til mistanke om misbrug. I situationen, hvor der foreligger mistanke om misbrug, kan skatteyderen lægge kommercielle årsager til grund, hvilket kan reducere eller fjerne misbrugsmistanken, såfremt skattemæssige dispositioner ikke er hovedformål eller et af disse.

Idet et arrangement defineres som en bred definition på et selskab, omfatter *arrangement* ligeledes eksisterende holdingselskaber. Holdingselskaber har i deres egenskab af formueforvaltende selskab meget lav aktivitet, og da konstatering af misbrug kræver en vurdering af den faktiske aktivitet i et selskab, opstår der således en problemstilling angående holdingselskaber. Gennem analysen i fremstillingen er der inddraget afgørelser fra Skatterådet, hvor især *SKM2017.333SR* udfordrer eksistensen af holdingselskaber på sigt, idet SKAT underkender flytningen af et holdingselskab begrundet i kommercielle årsager. Det må, set i lyset af den efterfølgende diskussion, konkluderes, at

holdingselskaber fortsat har deres berettigede eksistens, idet der kun må kunne stilles ringe krav til aktiviteten i disse. Med denne konklusion må det ligeledes sluttes, at *SKM2007.333R* kan vise sig at være i strid med EU-retten, idet SKAT uden videre argumentation afviser de kommercielle årsager, der ligger til grund for flytningen af holdingselskabet. Det er således udelukkende de skattemæssige vurderinger, der bliver lagt til grund ved afgørelsen.

Ud fra en sammenligning af *SKM2017.333SR* og *SKM2018.209SR* kan det endvidere udledes, at Skatterådet vægter en allerede eksisterende konstruktion over en konstruktion, som oprettes som følge af kommercielle årsager. Dette giver anledning til diskussionen af, hvorvidt *SKM2017.333SR* er afsagt i overensstemmelse med EU-retten, hvilket den, set i lyset af nærværende speciale, ikke er. Ligeledes er det i denne forbindelse relevant at diskutere, hvorvidt skattetænkning fortsat opfattes som lovligt. På baggrund af det sidste afsnit må det således konkluderes, at skattetænkning fortsat er muligt både efter EU- og national ret, idet misbruget udelukkende begrænses efter de ovenstående kriterier, hvor medlemsstaterne som udgangspunkt har fortolkningsfrihed inden for rammerne af EU-retten.

Overordnet må det konkluderes, at der i EU-retten giver medlemsstater mulighed for at hindre misbrug i skattemæssig henseende. Ligningslovens § 3, der er en direkte implementering af Moder-/Datterselskabet, fokuserer på, at der skal være tale om omgåelse igennem et ikke reelt arrangement, før denne finder anvendelse. EU-retten fastsætter samtidig, at misbrugsbestemmelserne kan gøres gældende i det omfang, disse ikke strider imod EU-rettens formål.

7. Abstract

The purpose of this thesis is to investigate the newly implemented circumvention rule in the Danish Tax Assessment Act in light of EU legislation. The aim of the thesis is to find the requirements to withdraw benefits granted by EU legislation from a national point of view. The focus of this thesis is therefore on the exploitation of EU legislation in addition to an analysis on the circumvention rule of the Danish Tax Assessment Act § 3. Furthermore, the aim is to determine how to interpret the circumvention rule in the Danish Tax Assessment Act within the scope of EU legislation.

In order to reach clarification on the aforementioned issues, the thesis will conduct research on case law from the Danish tax authorities as well as the national courts. Furthermore, cases from the European Court of Justice will be examined along with the opinion of the General Advocate on newer case law concerning the topic.

The first topic is in regards to tax avoidance and the history of the rule set. The purpose of this theme is to improve the understanding of the overall topic of the thesis.

The second topic of the thesis is exploitation of EU legislation. The theme pursues to enlighten upon the exploitation on the freedom of establishments according to the TEUF article 49 and 56 within the EU, which allows citizens of the EU to freely establish subsidiaries within the union. The results of the research are that in order for a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the arrangements cannot be artificial and must reflect an economic reality along with a scope of avoiding tax normally due on the profits generated.

The third and fourth topic presented are the Danish Tax Assessment Act § 3. The previously mentioned topic will be examined further in terms of the interpretation of the rule. The rule is to prevent benefits being obtained from EU directives if arrangements are established with the main purpose of getting tax benefits that are not in accordance with the directives. These arrangements have to have well-founded commercial reasons that reflect the economic reality to be considered in accordance with the rule. More to the point, this theme will go further into interpretation of certain parts of the rule.

The final part of the thesis concludes all the findings previously discussed.

8. Litteraturliste

Bøger:

Bundgaard, Jakob m.fl.: *Den Evige Udfordring - Omgåelse og Misbrug i Skatteretten*. 1. udg. Ex Tuto Publishing, 2015. (Bog) - Henvises i fodnoter som Bundgaard m.fl. (2015), s. xx

Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: *EU Retten*. 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog) - Henvises i fodnoter som Engsig Sørensen m.fl. (2014), s. xx

Koerver Schmidt, Peter m.fl.: *International Skatteret - i et Dansk Perspektiv*. 1. udg. Hans Ritzels Forlag, 2015. (Bog) - Henvises i fodnoter som Koerver Schmidt m.fl. (2015), s. xx

Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten I*. 7. udg. Karnov Group Denmark A/S, 2015. (Bog) - Henvises i fodnoter som Pedersen m.fl. (2015), s. xx

Tvarnø, Christina og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog) - Henvises til i fodnoter som Tvarnø og Nielsen (2014), s. xx

Werlauff, Erik: *Selskabsskatteret 2017/18*. 19. udg. Karnov Group Denmark A/S, 2017. (Bog) - Henvises til i fodnoter som Werlauff (2017), s. xx

Direktiver:

RÅDETS DIREKTIV 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (benævnes Moder-/Datterselskabsdirektivet)

RÅDETS DIREKTIV (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (benævnes Ændringsdirektivet)

RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016

om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion

Links:

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=169826&#P8> – besøgt d. 3. april

<http://skat.dk/skat.aspx?oid=2177708> – besøgt d. 5. april

<http://skat.dk/skat.aspx?oId=2177714&chk=214955> – besøgt d. 5. april

<http://www.ft.dk/samling/20141/lovforslag/L167/fremsaettelsestale.htm> - besøgt d. 8. april

http://www.ft.dk/samling/20141/lovforslag/1167/20141_1167_fremsaettelsestale.htm – besøgt d. 9. april

https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_da) – besøgt d. 22 april kl. 12:00

<http://www.eu.dk/da/danmark-i-eu/euret-i-danmark/faelles-regler-til-dansk-lov>) – besøgt d. 22. april

Artikler:

Nørgaard Laursen, Anders: Mellem brug og misbrug: Hvor GAAR grænsen? - nogle kritiske bemærkninger til SKM2017.333.SR. I: *SR.2017.0315*, 2017, s. 1-9 (Artikel) henvises i fodnoter som Nørgaard Laursen (2017), s. xx

Rønfeldt, Thomas : Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer. I: *TfS 2011, 403*, 1.1.2011, s. 1-15 (Artikel) henvises i fodnoter som Rønfeldt (2011), s. xx

Forslag til afgørelse:

Forslag til afgørelse C-116/16 – Skatteministeriet mod T Danmark

Forslag til afgørelse C-117/16 – Skatteministeriet mod Y Denmark ApS

EU-domstolen:

C-29/84 – Kommissionen mod Tyskland

C-79/85 – Segers

C-221/89 – Factortame II

C-212/97 – Centros Ltd

C-110/99 – Emsland-Stärke

C-167/01 – Inspire Art Ltd.

C-185/01 – Auto Lease

C-255/02 – Halifax

C-196/04 – Cadbury Schweppes

C-524/04 – Test Claimants

C-305/05 – Francophones

C-321/05 – Kofoed
C-438/05 – Viking Line
C-330/07 – Jobra
C-277/09 – RBSD Deutschland
C-126/10 – Foggia
C-419/14 – WebMindLicenses
C-6/16 – Egiom og Enka
C-106/16 – Polbud – Wykonawstwo
C-251/16 – Cussens
C-504/16 – Deister Holding

National domstol:

SKM2004.297HR
U2006.2400H
SKM2012.121ØLR

Skatterådet:

Skattelypakken – SR. 2015.0097 s. 3
SKM.2017.333SR
SKM.2018.209SR