



# SKATTEPLANLÆGNING

HVOR GÅR GRÆNSEN MELLEM BRUG OG MISBRUG?

Louise Würtz Nielsen

20123895



## Titelblad

---

Emne	EU-Skatteret
Dansk titel	Skatteplanlægning - Hvor går grænsen mellem brug og misbrug?
Engelsk titel	Tax planning - Where is the boundary between use and abuse?
Uddannelse	Jura
Uddannelsessted	Aalborg Universitet
Vejleder	René Yssing Rasmussen
Afleveringsdato	4. december 2019
Antal sider	59,99
Antal anslag	143.986 (uden abstract)
Udarbejdes af	Louise Würtz Nielsen
Studienummer	20123895

Ordoptælling

Statistik:

Sider	62
Ord	19.617
Tegn (uden mellemrum)	124.392
Tegn (med mellemrum)	143.986
Afsnit	495
Linjer	1.983

Medtag fodnoter og slutnoter

# Indholdsfortegnelse

<b>1. INDLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1 AFGRÆNSNING.....	3
1.2 PROBLEMFOMULERING.....	5
1.3 METODE OG RETSKILDEMÆSSIGE OVERVEJELSER .....	5
1.4 EU-RETTENS ADGANG TIL AT PÅVIRKE SKATTERETTEN .....	6
1.4.1 Princippet om EU-rettens forrang.....	6
1.4.2 EU-retskilders umiddelbare anvendelighed.....	7
1.4.3 EU-Domstolens rolle .....	9
<b>3. MISBRUGSBEGREBET I DE SEKUNDÆRE RETSAKTER</b> .....	<b>11</b>
3.1 FUSIONSSKATTEDIREKTIVET .....	12
3.1.1 C-28/95, <i>Leur-Bloem</i> .....	13
3.1.2 C-321/05, <i>Hans Markus Kofoed</i> .....	15
3.2 MODER/-DATTERSELSKABSDIREKTIVET .....	18
3.3 ANTI-TAX AVOIDANCE DIREKTIVET (ATAD).....	21
<b>4. MISBRUGSPRINCIPPET I DEN PRIMÆRE EU-RET</b> .....	<b>23</b>
4.1 SAG C-110/99, <i>EMSLAND-STÄRKE</i> .....	24
4.2 DEN NÆRMERE FORSTÅELSE AF MISBRUGSBEGREBET .....	28
4.2.1 Kunstige arrangementer.....	28
4.2.2 C-196/04, <i>Cadbury Schweppes</i> .....	29
4.3 REALITETSBETRAGTNINGER.....	34
4.4 BEVISBYRDEFORDELINGEN .....	35
4.5 FRA EN MISRUGSDOKTRIN TIL ET GENERELT PRINCIP OM FORBUD RETSMISBRUG AF EU-RETTEN .....	37
4.5.1 De forenede sager C-116/16 og C-116/17, <i>Beneficial owner</i> .....	37
4.6 SAMMENFATTENDE OM DET EU-RETLIGE MISBRUGSPRINCIP .....	42
4.6.1 Ét fælles EU-retligt misbrugsprincip .....	44
<b>5. KONKLUSION</b> .....	<b>45</b>
<b>6. BEKÆMPELSE AF MISBRUG KRÆVER VIDTGÅENDE HARMONISERINGSTILTAG</b> .....	<b>49</b>
6.1 EU'S NYESTE HARMONISERINGSTILTAG – ATA-DIREKTIVET .....	51
6.2 DERFOR KRÆVER BEKÆMPELSE AF MISBRUG MERE VIDTGÅENDE HARMONISERINGSTILTAG .....	52
<b>7. ABSTRACT</b> .....	<b>55</b>
<b>8. LITTERATUR</b> .....	<b>57</b>

# 1. Indledning

Fællesskabsretten har det overordnede formål, at sikre, at det indre marked fungerer tilfredsstillende. En målsætning, der indebærer, at alle transaktioner over grænserne skal være neutrale. Det fremgår imidlertid af Rådets Direktiv 2009/133/EF's præambel (herefter fusionsskattedirektivet), at der for transaktioner på tværs af grænserne skal fastsættes konkurrencemæssigt neutrale skatteregler, således at virksomhederne kan tilpasse sig vilkårene i det indre marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt.<sup>1</sup> Herved forstås, at ingen transaktioner, som involverer flere stater end en person eller et selskabs hjemstat, må opleves som mindre fordelagtig eller mere besværlig end i de tilfælde, hvor personen eller selskabet alene vælger at agere inden for hjemstatens grænser.<sup>2</sup>

Fællesskabslovgivers målsætning om at realisere det indre marked har medført, at medlemsstaternes skattelovgivning har været genstand for en fællesskabsretlig fokusering, men harmoniseringstiltag begrænses af traktaten. Modsat de indirekte skatter, er de direkte skatter ikke omtalt i traktatgrundlaget. Hjemlen til harmonisering af de direkte skatter skal således findes i de generelle harmoniseringsbetingelser, artikel 114 og 115.<sup>3</sup> Begrænsningen forstærkes imidlertid af, at artikel 114, stk. 2 fastslår, at bestemmelsen ikke kan anvendes som hjemmel til fiskale forslag. Det efterlader artikel 115 som det eneste hjemmelsgrundlag til harmonisering på området for direkte skatter. Modsat artikel 114 kræver artikel 115 enstemmighed. Skatteretten er således underlagt en enstemmighedsmajoritet ved vedtagelsen af harmoniseringstiltag. At opnå en sådan enighed blandt medlemsstaterne, på et område der berører deres internationale interesser i så høj en grad synes vanskelig. Som resultat heraf, er der på nuværende tidspunkt alene vedtaget et begrænset antal direktiver, som harmoniserer området for de direkte skatter. Herunder fusionsskattedirektivet, moderdatterselskabsdirektivet<sup>4</sup>, rente- og royaltidirektivet<sup>5</sup> samt anti-tax avoidance direktivet (herefter

---

<sup>1</sup> Jf. præambel 2, Rådets 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.

<sup>2</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, Skatteværn og EU-frihed, 2010, s. 173.

<sup>3</sup> Kommissionen har ligeledes henvist til artikel 352 med underrubrikken ”vedtagelse af retsakter uden specifik hjemmel. Bestemmelsen er dog kun anvendt én gang i skatteretlig henseende, jf. Ben Terra m.fl., European Tax Law, 2008, s. 18.

<sup>4</sup> Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

<sup>5</sup> Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater.

ATA-direktivet).<sup>6</sup> Medlemsstaterne har således i udstrakt grad bevaret deres suverænitet på området for de direkte skatter. Den begrænsede harmonisering, sammenholdt med medlemsstaternes forskellige skatteregler, har skabt en skattemæssig konkurrence mellem medlemsstaterne imellem. En konkurrence, der har medført rige muligheder for skatteplanlægning og egentlig skatteundgåelse i de forskellige skattesystemer.

Hvor der ikke er sket harmonisering, griber EU-retten ind i medlemsstaternes nationale skatteregler, hvis disse virker hindrende for de traktatfæstede frihedsrettigheder, der sikrer fri bevægelighed af varer, tjenesteydelser, kapital og personer.<sup>7</sup> De traktatfæstede frihedsrettigheder gælder dog ikke ubetinget. Citeret af den franske jurist Pianol, kan indskrænkningen udtrykkes på følgende måde: "*Le droit cesse là où l'abus commence*" - retten ophører, når misbruget begynder.<sup>8</sup> I denne afhandling vil citatet illustrere det forhold, at selv om en medlemsstat udøver sin beskatningskompetence på en måde, som medfører restriktion af traktatens frihedsrettigheder, vil skatteyderen ikke nyde nogen EU-retlig beskyttelse i de tilfælde, hvor transaktioner kan karakteriseres som *misbrug*.<sup>9</sup> Afgørende bliver det således, at fastslå hvornår en given transaktion er udtryk for misbrug.

Ovenstående betragtninger efterlader en opfattelse af, at det virker som en umiddelbar selvfølge, at EU-retten ikke skal kunne påberåbes i tilfælde af misbrug. Grænsedragningen mellem acceptabel brug og misbrug af de fællesskabsretlige fordele og frihedsrettigheder synes ikke lige så åbenbar. Generaladvokat Kokott har, i hendes forslag til afgørelse i de principielle Beneficial owner sager, understreget dette med følgende udtalelse "*Selv om denne problemstilling har eksisteret, siden den moderne skatteret blev opfundet, er afgrænsningen fra en ulovlig skatteminimering stadig vanskelig.*"<sup>10</sup> Denne afhandling vil have fokus på EU-retten og dennes praksis for dermed at undersøge, om der heraf kan udledes generelle principper, der kan tydeliggøre grænsen mellem EU-beskyttet skatteplanlægning og skatteplanlægning, der er udtryk for misbrug og dermed ikke beskyttet af EU-retten.

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Jf. Anders N. Laursen, "*Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten*", Den evige udfordring, 2015, s. 203.

<sup>8</sup> Citeret i præmis 20, forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola i C-212/97, *Centros*.

<sup>9</sup> Jf. Anders N. Laursen, "*Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten*", Den evige udfordring, 2015, s. 204.

<sup>10</sup> Jf. præmis 3, forslag til afgørelse af generaladvokat Kokott i C-115/16, *N Luxembourg 1 mod Skatteministeriet*.

## 1.1 Afgrænsning

Følgende afsnit har til formål at belyse hvorledes afhandlingen afgrænses fra øvrige og tilgrænsende emner. Disse afgrænsninger er foretaget ud fra betragtninger om emnernes relevans i forhold til afhandlingens fokus, samt under hensyn til afhandlingens omfang. Misbrug vil alene blive analyseret i en skatteretlig kontekst.

Formålet med nærværende afhandling er at fastlægge det nærmere indhold af det EU-retlige misbrugsbegreb, for dermed at kunne foretage en grænsedragning mellem brug og misbrug af EU-retten. Det EU-retlige misbrugsbegreb kan foreligge i tre tilfælde. For det første kan misbrug være et tvingende alment hensyn, der retfærdiggør en restriktiv national lovgivning. For det andet, kan der foreligge arrangementer, som anses for misbrug af de sekundære retsakter. Endelig kan arrangementer være et udtryk for misbrug af traktatens rettigheder.<sup>11</sup> Nærværende afhandling vil alene behandle de to sidstnævnte.

Afhandlingens fokus vil være på det selvstændige misbrugsbegreb, hvis påberåbelse vil medføre, at den omhandlede transaktion eller etablering ikke vil være beskyttet af EU-retten, idet EU-retten ikke kan strækkes til at beskytte i situationer, der anvender EU-retten til at opnå en position, der er til skade for det indre markeds formål.<sup>12</sup>

Da afhandlingens fokus er at udlede en definition af EU-rettens misbrugsbegreb, vil nationale fortolkninger af misbrugsbegrebet ikke blive behandlet. En dansk fortolkning af misbrugsbegrebet vil således heller ikke være genstand for behandling i nærværende. Traktatens frihedsrettigheder, herunder navnlig etableringsfriheden, spiller en central rolle i forbindelse med fastlæggelsen af indholdet i det direktivhjemlede såvel som det EU-Domstolsskabte misbrugsprincip. Idet de traktatfæstede frihedsrettigheder samt de fordele skatteyderne tillægges herigennem alene gælder inden for fællesskabets grænser, vil misbrug i relation til tredjelande ikke blive behandlet i nærværende.

I EU-Domstolens praksis anvendes en række forskellige termer, herunder *skattesvig*, *skatteunddragelse*, *skatteomgåelse* og *skatteflugt*. Disse sproglige variationer tillægges imidlertid

---

<sup>11</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret I, 2013, s. 167.

<sup>12</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret I, 2013, s. 220.

ikke nogen betydning i nærværende afhandling, idet den måde hvorpå EU-Domstolen anvender termerne, ikke nødvendigvis afspejler den sædvanlige forståelse af begreberne.<sup>13</sup> Direktivernes misbrugsbestemmelser anvender ligeledes forskellige termer, herunder *skatteunddragelse*, *skatteundgåelse*, *skattesvig* og *misbrug*. Disse ordlydsforskelle vil ej heller ikke blive tillagt betydning, idet både den materielle anvendelse samt formålet med bestemmelserne synes ens. *Misbrug* vil i nærværende udgøre samlebetegnelsen for de situationer, som medlemsstaterne må beskytte sig imod. Det er således uden betydning for begrebsfastlæggelsen om den konkrete konstruktion samtidig kan karakteriseres som skatteunddragelse, skatteomgåelse mv.<sup>14</sup>

Afhandlingen omhandler alene området for de direkte skatter, men vil for så vidt angår den primære EU-ret, direktiverne og fastlæggelsen af det EU-retlige forbud mod misbrug, i et vist omfang anvende EU-afgørelser inden for området for de indirekte skatter. EU-retlige afgørelser på området for de indirekte skatter anvendes alene, hvor de har bidraget til EU-Domstolens nærmere fastlæggelse af misbrugsbegrebet.

Henset til de sekundære retsakter der behandles i nærværende, vil der alene blive anvendt retsakter, som regulerer den direkte beskatning. Disse vil imidlertid omfatte fusionsskattedirektivet, moder-/datterselskabsdirektivet samt ATA-direktivet. Rente- og royaltydirektivets misbrugsbestemmelse vil ikke være genstand for selvstændig behandling i nærværende, idet der ikke synes at foreligge praksis fra EU-Domstolen, som på baggrund heraf bidrager til den nærmere forståelse af EU-rettens misbrugsbegreb. Det skal imidlertid anføres, at misbrugsbestemmelsen har været genstand for fortolkning i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, *N Luxembourg 1 m.fl. mod Skatteministeriet* (herefter rentedommen). Nærværende afhandling indeholder i afsnit 4, *misbrug af den primære EU-ret*, en analyse af de forenede sager C-116/16 og C-117/16, *Skatteministeriet mod T Danmark og Y Danmark*. Idet EU-Domstolens to domme i al væsentlighed synes identiske for så vidt angår spørgsmålet om retsmisbrug<sup>15</sup>, synes rentedommen ikke at bidrage med et selvstændigt indhold til misbrugsbegrebet, hvorfor denne ikke vil blive behandlet i nærværende.

---

<sup>13</sup> Jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", Den evige udfordring, 2015, s. 206.

<sup>14</sup> Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", Den evige udfordring, 2015, s. 206.

<sup>15</sup> Jf. Niels W.Sørensen, SR.2019.174, s. 2.

En del af de udfordringer, der eksisterer på området, tager udgangspunkt i det faktum, at fællesskabet på nuværende tidspunkt består af 28 medlemsstater, hvilket medfører, at der er 28 forskellige skattesystemer. Som afhandlingen vil afspejle, synes risikoen for, at skatteyderne misbruger EU-retten til at opnå uretmæssige fordele, netop at bestå på grund af disse forskelle i skattesystemerne. Betragtninger, Initiativer og umiddelbare løsningsforslag, herunder OECD's initiativer; *BEPS* og Kommissionens forslag til et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, *CCCTB*, vil endvidere ikke være genstand for behandling.

Slutteligt skal det fremhæves, at denne afhandling ikke har til formål at foretage en vurdering af hvorvidt det hjemlede, såvel som det EU-Domstolsskabte misbrugsbegreb er i strid med legalitetsprincippet, lige så vel som afhandlingen ikke vil indeholde andre retssikkerhedsmæssige overvejelser.

## **1.2 Problemformulering**

Nærværende afhandling søger at fastlægge det nærmere indhold af det EU-retlige misbrugsbegreb i en skatteretlig kontekst. Afhandlingen vil nærmere besvare spørgsmålet om brug eller misbrug, og hvor grænsen ligger mellem brug af EU-retten og misbrug af EU-retten for at kunne foretage en grænsedragning mellem lovlig skatteplanlægning, som er beskyttet af EU-retten, og misbrug, der ikke nyder nogen EU-retlig beskyttelse. Nærværende afhandling arbejder derfor ud fra en problemformulering der lyder:

*”Hvor går grænsen mellem lovlig traktatbeskyttet skatteplanlægning og ulovlig skatteplanlægning, der er udtryk for misbrug af traktaten?”*

## **1.3 Metode og retskildemæssige overvejelser**

Afhandlingens problemstilling behandles med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode. Formålet med denne er at analysere og beskrive, den i samtiden gældende retstilstand, *de lege lata*.<sup>16</sup> Nærværende søger, at fastlægge det nærmere indhold af misbrugsbegrebet i den europæiske skatteret for dermed at kunne klarlægge hvor grænsen går mellem lovlig brug af skattefordelene, medlemsstaterne imellem, og ulovlig misbrug. Afhandlingen tager udgangspunkt i en beskrivelse,

---

<sup>16</sup> Jf. Carsten M. Hansen, Retsvidenskabsteori, 2014, s. 190.



analyse og fortolkning af EU-retten, herunder den primære retskilde, *traktaten* samt retskilder, der udspringer heraf, *de sekundære retskilder* og afgørelser fra EU-Domstolen. Som støtte for argumentationen og forståelsen af området vil der blive inddraget betragtninger og holdepunkter fra indenlandsk samt udenlandsk retsvidenskabelig litteratur. Retspolitiske betragtninger (de lege ferenda) om hvordan EU-retten bør være, vil alene blive inddraget i et forsøg på at beskrive, analysere og fortolke EU-rettens potentielle udvikling på området for de direkte skatter. Da målet er at beskrive, analysere og fortolke misbrugsbegrebet med udgangspunkt i den gældende fællesskabsret, anvendes formuleringen *fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin* ofte, dvs. retten som den er på nuværende tidspunkt.

## **1.4 EU-rettens adgang til at påvirke skatteretten**

Som ovenfor anført, afgrænses medlemsstaternes lovgivningskompetence af EU-retten, herunder navnlig traktatens frihedsrettigheder og EU-Domstolens fortolkning heraf. Herudover begrænses medlemsstaternes myndigheder ligeledes af de EU-retlige principper. Fælles for disse principper er, at de er etableret af EU-Domstolen og, at de særligt vedrører forholdet mellem EU-retten og den nationale lovgivning.<sup>17</sup> Det er uden for afhandlingens rammer, at redegøre udtømmende for alle EU-retlige principper og deres adgang til at påvirke skatteretten. Nedenstående vil alene fokusere på de overordnede principper, som påvirker afhandlingens emnefelt.

### **1.4.1 Princippet om EU-rettens forrang**

I retskildemæssig sammenhæng er det væsentligt at få synliggjort rammerne af EU-rettens forrangsprincip der medfører, at EU-retten slår igennem på national skatteret. Der er imidlertid ikke tiltænkt en gennemgang af de retskilder, der har betydning i den internationale skatteret, men derimod en analyse af forrangsprincippet, som det styrende element for skatteretten.<sup>18</sup> EU-Domstolen har fastslået, at EU-retten har forrang frem for national ret og at traktaten indfører en særlig retsorden, hvorved medlemsstaterne har begrænset deres suverænitet. Første gang EU-Domstolen fastslog princippet om EU-rettens forrang var i sag 6/64, *Costa mod ENEL*. Princippet blev fastslået med følgende begrundelse: ” (...) *at medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, som de har accepteret på gensidig basis; en sådan foranstaltning vil således ikke kunne gøres gældende imod denne retsorden;*

---

<sup>17</sup> Jf. Ulla Neergaard m.fl., EU-RET fri bevægelighed, 2018, s. 31.

<sup>18</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret I, 2013, s 26.

*Hvis fællesskabsretten som følge af en senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af de i traktatens art. 5, stk. 2 omhandlende mål i fare og ville indebære en efter art. 7 forbudt forskelsbehandling”<sup>19</sup>*

Med de citerede betingelser er det tydeligt, at afgørelsen er særligt begrundet i ønsket om, at sikre EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse i medlemsstaterne. Såfremt EU-retten måtte vige for national lovgivning, ville traktaterne og EU-retsakterne have forskellig virkning i medlemsstaterne, idet de ville være anvendelige i nogle medlemsstater, mens de skulle vige for modstridende nationale regler i andre.<sup>20</sup> En sådan afvigelse fra stat til stat ville bevirke, at EU-rettens gennemslagskraft og effektivitet ville blive undermineret.<sup>21</sup> En retstilstand, der ville resultere i en forskelsbehandling medlemsstaterne i mellem og som ville være uforeneligt med fællesskabets ånd og mål.

Forrangsprincippet indebærer, at enhver traktat og EU-retsakt, som gælder umiddelbart for en medlemsstats nationale ret, har forrang frem for enhver bestemmelse i national ret.<sup>22</sup> Som resultat heraf bliver modstridende national lovgivning uanvendelig og domstolene må således tilsidesætte disse bestemmelser, uanset bestemmelsens retskildemæssige værdi.<sup>23</sup> EU-rettens forrangsprincip får særlig betydning i forbindelse med de direkte skatter, idet der alene eksisterer begrænset harmonisering på området. Udviklingen på området, herunder misbrugsbegrebet er således i høj grad sket på baggrund af traktatens bestemmelser – en udvikling medlemsstaterne som følge af EU-rettens forrang må indordne sig ubetinget efter.

### **1.4.2 EU-retskilders umiddelbare anvendelighed**

Sammen med forrangsprincippet er den umiddelbare virkning af EU-retten et grundlæggende princip. At en EU-retsakt er umiddelbart anvendelig i en medlemsstat, medfører at bestemmelsen skaber rettigheder og/eller pligter for private og myndigheder. Det medfører ligeledes, at private, herunder statsborgere og selskaber, uden videre foranstaltninger kan påberåbe sig bestemmelsen for de nationale domstole.<sup>24</sup> Den umiddelbare virkning af retskilderne sikrer anvendeligheden og effektiviteten af EU-retten i medlemsstaterne.

---

<sup>19</sup> Jf. C-26/62, *Van Gend en Loos*, (præmisserne er ikke nummereret i afgørelsen).

<sup>20</sup> Jf. Karsten E. Sørensen m.fl., *EU-Retten*, 2014, s. 175.

<sup>21</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 29.

<sup>22</sup> Jf. præmis 17, C-106/77, *Simmenthal*.

<sup>23</sup> Jf. præmis 2-4, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>24</sup> Jf. Karsten E. Sørensen m.fl., *EU-retten*, 2014, s. 152.

Det skal imidlertid bemærkes, at der er to sider af den umiddelbare virkning; den vertikale virkning og den horisontale virkning. Den vertikale virkning pålægger medlemsstaterne forpligtelser og vedrører således forholdet mellem borgerne og medlemsstaten. Den horisontale virkning vedrører derimod forholdet mellem borgerne og medfører, at retsakten kan påberåbes over for en anden borger i medlemsstaten.<sup>25</sup> Traktaten og de sekundære retskilders forskellige karakter medfører, at behandlingen af deres umiddelbare anvendelighed må behandles særskilt.

### **Traktaten**

EU-Domstolen fastslog i C-26/62, *Van Gend en Loos*, princippet om umiddelbar anvendelighed. Domstolen har fortolket traktaten således, at dennes bestemmelser efter omstændighederne kan være umiddelbare anvendelige. Domstolen anfører imidlertid som betingelse, at forpligtelserne skal være præcise, klare, ubetingede og, at de ikke må nødvendiggøre supplerende foranstaltninger fra medlemsstaternes side. Traktatens bestemmelser er således umiddelbare anvendelige i de tilfælde, hvor de er tilstrækkelig præcise og ubetinget forpligtende over for medlemsstaterne.<sup>26</sup>

At en traktatbestemmelse er umiddelbart anvendelig, får særlig betydning, når det skal vurderes om en national foranstaltning er i konflikt med traktatens generelle målsætning om skabelsen af det indre marked.<sup>27</sup> Det skal hertil bemærkes, at traktatens frihedsrettigheder, såvel artiklerne 49 og 54 som artiklerne 56 og 63 TEUF, anses for, at være umiddelbare anvendelige traktatbestemmelser.<sup>28</sup> I skatteretlig kontekst giver det EU-Domstolen adgang til at tilsidesætte national skattelovgivning, hvis den er i strid med traktatens frihedsrettigheder.

### **Den sekundære ret**

Forordningernes umiddelbare anvendelighed i medlemsstaterne er hjemlet i traktaten. Forordninger udstedes med hjemmel i traktatens artikel 288, hvoraf det fremgår, at forordninger er alment gyldige og alle enkeltheder er umiddelbare gældende i hver medlemsstat. Det er således klart, at bestemmelser indeholdt i forordninger, er umiddelbare anvendelige.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Jf. Karsten E. Sørensen m.fl., EU-retten, 2014, s. 152 f.

<sup>26</sup> Jf. C-26/62, *Van Gend en Loos* samt Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 32.

<sup>27</sup> Jf. Jeppe R. Stokholm, *EU Skatteret*, 2008, s. 50.

<sup>28</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk Skatteret I*, 2013, s. 32.

<sup>29</sup> Jf. Karsten E. Sørensen m.fl., *EU-Retten*, 2014, 158.

Anderledes forholder det sig, med hensyn til direktivers umiddelbare anvendelighed. Traktatens artikel 288 (EUF) fastslår, at direktiver er bindende for enhver medlemsstat i forhold til, at sikre målet. Det er derimod overladt til medlemsstaterne at bestemme mål og midler til sikring heraf. Direktiver skal således implementeres i national lov, før de som udgangspunkt kan påberåbes af borgerne.<sup>30</sup> EU-Domstolen har imidlertid anerkendt, at direktiver i visse tilfælde har en umiddelbar anvendelighed af hensyn til beskyttelse af privatpersoners rettigheder. EU-Domstolen har i sin afgørelse C-41/74 *Van Duyn*, fastslået, at et direktiv er umiddelbart anvendeligt, når dets bestemmelser er ubetingede og tilstrækkelige klare og præcise, og når medlemsstaten ikke har implementeret direktivet inden for fristen. I forlængelse heraf, er det væsentligt at bemærke, at direktivbestemmelser tidligst kan betragtes som umiddelbare anvendelige, når implementeringsfristen er overskredet.<sup>31</sup> I senere afgørelser har EU-Domstolen understreget, at en medlemsstat, som ikke inden for den fastsatte frist har gennemført direktivet, ikke over for private, kan vinde ret på sin egen manglende opfyldelse af sin pligt til at gennemføre direktivet.<sup>32</sup> Idet direktiver er rettet mod medlemsstaterne, som skal implementere dem, skal det således ikke komme medlemsstaten til gode, at de ikke har implementeret det inden for fristen. Derfor gives skatteyderne en mulighed for at påberåbe bestemmelser, der ikke er implementeret, mens medlemsstaterne ikke kan forpligte borgerne herefter. Det kan således udledes, at den umiddelbare anvendelighed, alene omfatter direktivets vertikale virkning.

### 1.4.3 EU-Domstolens rolle

Som resultat af den manglende harmonisering på området for de direkte skatter, er udviklingen i høj grad sket på domstolsniveau, hvor EU-Domstolen har fortolket traktatbestemmelserne. Udviklingen har navnlig vedrørt traktatens artikel 49/54, etableringsfriheden, artikel 56 om fri udveksling af tjenesteydelser og artikel 63 om kapitalens frie bevægelighed.<sup>33</sup> EU-Domstolen har således spillet en afgørende rolle i forhold til den nuværende EU-selskabsskatteretlige lovgivning.

EU-Domstolens opgave er i denne sammenhæng at værne om lov og ret, således at den effektive virkning af fællesskabets målsætninger samt de traktatfæstede frihedsrettigheder ikke gøres

---

<sup>30</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 34.

<sup>31</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 35.

<sup>32</sup> Jf. præmis 47, C-152/84, *Marshall*.

<sup>33</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 23.

illusoriske eller indholdsløse.<sup>34</sup> En del af denne funktion består ligeledes i, at foretage en afgrænsning af forholdet mellem de enkelte medlemsstaters kompetencer samt den traktatfæstede målsætning om oprettelsen af et indre marked.<sup>35</sup>

EU-Domstolens praksis er, som det også er tilfældet for nationale domstole, i en løbende udvikling. Udgangspunktet er, at EU-Domstolen tager afsæt i den konkrete bestemmelses ordlyd. Da bestemmelserne i både den primære- og sekundære EU-ret ofte er vage og upræcise formulerede, er EU-Domstolen ofte henvist til at lægge vægt på en formålsfortolkning af den konkrete bestemmelse. Fortolkningsresultatet vil således ofte være, at den konkrete regel begrænser medlemsstaternes mulighed for at have regler, der strider mod fællesskabets mål. Som resultat heraf fortolkes de traktatfæstede frihedsrettigheder udvidende, mens de traktatmæssige undtagelsesbestemmelser fortolkes indskrænkende.<sup>36</sup> Disse betragtninger kommer imidlertid til udtryk i afhandlingens behandling af EU-Domstolens praksis vedrørende medlemsstaternes mulighed for at nægte anvendelse af traktatens frihedsrettigheder, i situationer, hvor der er tale om misbrug.

Centralt i denne sammenhæng er ligeledes, at mange medlemsstater har søgt at indrette deres lovgivning således, at virksomhederne ikke uberettiget overfører indkomstgrundlaget til beskatning i andre medlemsstater. Som fællesbetegnelse for disse tiltag, anvendes *værnsregler*. EU-Domstolen har imidlertid været kritisk over for værnsregler, der generelt sigter mod at gøre det mindre attraktivt, at udnytte en lavere beskatning i en anden medlemsstat – det indre marked skal netop sikre, at virksomhederne kan udøve den frie bevægelighed for derved at kunne udnytte de forskellige betingelser i de forskellige medlemslande, herunder forskellene i skattesystemerne.<sup>37</sup> Dette afspejles i flere afgørelser, hvor EU-Domstolen har fastslået, at udnyttelse af en lavere skattesats i andre medlemsstater ikke i sig selv udgør misbrug af etableringsretten.<sup>38</sup>

EU-Domstolens fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten er dynamisk. Dette kommer til udtryk ved, at EU-Domstolen ofte begrunder sine afgørelser med henvisning til, at det må antages, eller ikke antages på ”EU-rettens nuværende udviklingstrin”. Denne dynamiske fortolkningsstil medfører, at

---

<sup>34</sup> Jf. Jeppe R. Stokholm, EU Skatteret, 2008, s. 98 ff.

<sup>35</sup> Jf. Jeppe R. Stokholm, EU Skatteret, 2008, s. 73.

<sup>36</sup> Jf. Karsten E. Sørensen m.fl., EU-Retten, 2014, s. 108.

<sup>37</sup> Jf. Karsten E. Sørensen m.fl., EU-Retten, 2014, s. 826.

<sup>38</sup> Jf. blandt andet præmis 36, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

EU-Domstolen principielt står frit i forhold til tidligere afgørelser. EU-Domstolens dynamiske vurdering af, hvorvidt medlemsstaterne udøver deres skatteretlige kompetence i overensstemmelse med traktatens bestemmelser, er et udtryk for negativ harmonisering.<sup>39</sup> Denne negative harmonisering synes imidlertid at være et resultat af medlemsstaternes modvilje til, at afgive deres suverænitet og positivt vedtage harmoniserende foranstaltninger på område for de direkte skatter.

Endvidere skal det bemærkes, at EU-Domstolen bistås af generaladvokater, der fremsætter forslag til afgørelse. Generaladvokaternes forslag til afgørelse indeholder ofte mere omfattende og teoretiske diskussioner, samt en videregående inddragelse af litteraturen end EU-Domstolens domme. Generaladvokatens forslag til afgørelser vil således blive inddraget som støtte for argumentationen, hvor det synes relevant. Det skal imidlertid bemærkes, at generaladvokaternes udtalelse ikke er bindende, hverken i forhold til sagens parter eller EU-Domstolens dommere, når de efterfølgende skal afsige dommen.<sup>40</sup>

### **3. Misbrugsbegrebet i de sekundære retsakter**

Det karakteristiske for de sekundære retsakter er, at deres overordnede formål er, at sikre grænseoverskridende transaktioner inden for fællesskabets indre marked, og dermed være med til at styrke grænseoverskridende virksomheders konkurrencemæssige dispositioner. Fælles for disse retsakter er ligeledes, at de positivt giver medlemsstaterne mulighed for at nægte anvendelsen af bestemmelserne og fordelene heri, i de tilfælde, hvor hensigten hermed alene er misbrug. Fusionsskattedirektivet blev vedtaget i 1990 og er således blandt Kommissionens første harmoniseringstiltag på området for direkte skatter.<sup>41</sup> Direktivets misbrugsbestemmelse fremgik heraf af artikel 11. Med fusionsskattedirektivets seneste kodificering i direktiv 2009/133, er bestemmelsen nu placeret i artikel 15. Ændringen synes imidlertid ikke, ud fra direktivets præambel, at skulle tillægges væsentlig betydning. I forbindelse med begrebsfastlæggelsen vil der således ikke blive skelnet mellem praksis før og efter ordlydsændringen.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Modsat positiv harmonisering, som er et udtryk for, at et område er EU-retligt reguleret ved retsakter, jf. Jeppe R. Stokholm, EU Skatteret, 2008, s. 44 ff.

<sup>40</sup> Jf. Christina D. Tvarnø m.fl., Retskilder og retsteorier, 2017, s. 158.

<sup>41</sup> Jf. Direktiv 90/434 af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater.

<sup>42</sup> Jf. hhv. præambel 13 i direktiv 2009/133 og præambel i direktiv 90/343 (præambelen er ikke nummeret). Det følger heraf, at medlemsstaterne skal have mulighed for at afslå at anvende direktivets bestemmelser, når transaktionen har til formål at begå *skattesvig eller skatteunddragelse*.

De sekundære retsakter vil i følgende gennemgang indeholde en kort beskrivelse af formålet med direktiverne, hvor dette synes relevant for forståelsen af misbrugsbestemmelsen. Herefter vil afhandlingen gennem henholdsvis en ordlydsfortolkning og en fortolkning af afgørelser fra EU-Domstolen, søge at fastlægge det nærmere indhold af det misbrugsbegreb, der udspringer af de sekundære retsakter.

### 3.1 Fusionsskattedirektivet

Som ovenfor anført, findes hjemlen til medlemsstaternes nægtelse af fusionsskattedirektivets bestemmelser i direktivets artikel 15. Misbrugsbestemmelsen bygger på hensynet til, at medlemsstaterne bør kunne afslå direktivfordelene i tilfælde af skatteunddragelse eller skatteundgåelse.<sup>43</sup> Misbrugsbestemmelsen har følgende ordlyd:

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

*a) som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.<sup>44</sup>*

Det følger af bestemmelsen, at en transaktion ikke må have skatteunddragelse eller skatteundgåelse som hovedformål eller et af hovedformålene. Såfremt transaktionen ikke foretages ud fra gyldige forretningsmæssige årsager, kan det skabe formodning for skatteundgåelse eller skatteunddragelse og dermed misbrug af direktivets bestemmelser. Bestemmelsen har gennem en eksemplificering søgt at afgrænse, hvad der betragtes som gyldige forretningsmæssige årsager. Det følger heraf, at omstrukturering eller rationalisering af aktiver i de selskaber, som deltager i transaktionen, må betragtes som gyldige forretningsmæssige årsager. Indlysende synes det derimod ikke at være, hvad bestemmelsen betragter som *ikke* gyldige forretningsmæssige årsager. Misbrugsbestemmelsen synes

---

<sup>43</sup> Jf. præambel 13, fusionsskattedirektivet.

<sup>44</sup> Det er alene artikel 15, stk. 1, litra a), der er genstand for fortolkning, idet det er den del der regulerer misbrugsbegrebet.

således at efterlade fortolkningstvivil, hvorfor EU-Domstolen i flere afgørelser har taget stilling til det nærmere indhold af misbrugsbestemmelsen.

### 3.1.1 C-28/95, *Leur-Bloem*

De nærmere betingelser for, at medlemsstaterne kan bringe misbrugsbestemmelsen i anvendelse for at nægte en skatteyder fordelene i fusionsskattedirektivet blev prøvet i C-28/95, *Leur-Bloem*. Afgørelsen omhandlede, hvorvidt en aktieombytning var i strid med fusionsskattedirektivets artikel 11, stk. 1, litra a.

Sagen vedrørte Leur-Bleom, der som eneste selskabsdeltager og direktør i to hollandske anpartsselskaber, påtænkte at erhverve anparterne i et tredje anpartsselskab og lade betalingen ske gennem en aktieombytning med anparterne i de to første selskaber, således at Leur-Bleom indirekte blev eneste selskabsejer i de to første selskaber.<sup>45</sup> Efter national lovgivning kunne beskatningen heraf udskydes ved fusion. De nationale skattemyndigheder nægtede imidlertid anmodningen herom, idet de ikke fandt, at transaktionen havde til formål, i finansiel og økonomisk henseende, varigt at samslutte virksomheden i de to oprindelige selskaber.<sup>46</sup> Sagen blev på baggrund heraf anlagt til præjudiciel afgørelse hos EU-Domstolen. Det interessante i denne sammenhæng er spørgsmålet om anvendelsen af fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse.

Henset til det andet spørgsmål, som vedrører fortolkning af indholdet i misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivets artikel 11, indrømmer EU-Domstolen medlemsstaterne kompetence til at fastsætte bestemmelser til forhindring af misbrug.<sup>47</sup> Det præciseres i forbindelse hermed, at manglende økonomiske forsvarlige betragtninger kan skabe formodning for skattesvig eller skatteunddragelse<sup>48</sup>. EU-Domstolen fastslår endvidere, at det fremgår af ordlyden og formålet med artikel 11 i direktivet, at begrebet *forsvarlige økonomiske betragtninger* er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en skattemæssig fordel. En omstrukturering der alene skal tjene et skattemæssigt formål kan således ikke anses for økonomisk forsvarlig, hvilket kan skabe en formodning for misbrug.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Jf. præmis 3, C-28/95, *Leur-Bloem*.

<sup>46</sup> Jf. præmis 10, C-28/95, *Leur-Bloem*.

<sup>47</sup> Jf. præmis 39, C-28/95, *Leur-Bloem*.

<sup>48</sup> Jf. bestemmelsens ordlyd på tidspunktet for sagens forelæggelse.

<sup>49</sup> Jf. præmis 46 og 47, C-28/95, *Leur-Bloem*.



EU-Domstolen anfører i sin besvarelse til samme spørgsmål, at ved fastlæggelsen af arrangementets hovedformål, ” (...) skal de kompetente nationale myndigheder foretage en samlet undersøgelse af den konkrete situation.”<sup>50</sup> Besvarelsen skal ses i sammenhæng med EU-Domstolens udtalelse om, at de nationale myndigheder ikke blot kan anvende forudsatte, generelle kriterier, men at medlemsstaterne skal foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Denne undersøgelse skal kunne undergives en retslig prøvelse.<sup>51</sup> Det er således op til medlemsstaterne, at fastslå, på baggrund af en samlet undersøgelse af omstændighederne i den konkrete situation, om det påtænkte arrangement er iværksat ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger. Medlemsstaterne skal i forbindelse hermed tage hensyn til proportionalitetsprincippet, da det vil være i strid med direktivets formålet at gå ud over hvad der er nødvendigt for at hindre misbrug. En generel regel, hvorefter visse transaktioner automatisk afskæres fra at kunne anvende direktivets bestemmelser, uden en vurdering af hvorvidt der foreligger skattesvig eller skatteunddragelse, går ud over hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for misbrug og vil være i uoverensstemmelse med direktivets formål.<sup>52</sup> EU-Domstolen fastslår således, at misbrugsbestemmelsen ikke blot skal fortolkes ud fra ordlyden, men tillige ud fra formålet med direktivet.<sup>53</sup>

EU-Domstolens afgørelse i C-28/95, *Leur-Bloem* må ses som et udtryk for, at medlemsstaterne skal indrømme de i direktivet fastsatte skattefordele, medmindre det i forbindelse med den konkrete transaktion kan konstateres, at hovedformålet med arrangementet er skatteundgåelse. Misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet er således en undtagelsesbestemmelse, der kan bringes i anvendelse, såfremt medlemsstaten konstaterer en konkret formodning for misbrug af de direktivhjemlede skattefordele. Det kan ligeledes udledes, at direktivet ikke indeholder nogle bidrag til, hvornår den i artikel 11 nævnte formodning er skabt. Det er således overladt til medlemsstaterne at fastsætte disse rammer under hensynstagen til proportionalitetsprincippet.<sup>54</sup> Trods disse betragtninger synes EU-Domstolen ikke at komme med konkrete fortolkningsbidrag til det nærmere indhold af misbrugsbegrebet i *Leur-Bloem*.

---

<sup>50</sup> Jf. præmis 48, litra b), C-28/95, *Leur-Bloem*.

<sup>51</sup> Jf. præmis 41, C-28/95, *Leur-Bloem*.

<sup>52</sup> Jf. præmis 44, C-28/95, *Leur-Bloem*.

<sup>53</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 214.

<sup>54</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 215.

### 3.1.2 C-321/05, *Hans Markus Kofoed*

Fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse har ligeledes været genstand for fortolkning i sag C-321/05, *Hans Markus Kofoed* (herefter Kofoed) og her synes EU-Domstolen, at komme et skridt nærmere på indholdet af misbrugsbegrebet. Sagen omhandlede to aktionærers aktieombytning af danske anparter til anparter i et irsk kapitalsselskab. Umiddelbart efter denne aktieombytning blev der udloddet udbytte fra det danske selskab til det irske selskab, og få dage herefter fra det irske selskab til selskabsdeltagerne, Kofoed og Hans Toft (herefter Toft). Selskabsdeltagerne Kofoed og Toft var af den overbevisning, at denne udlodning kunne ske skattefrit, med hjemmel i reglerne i fusionsskattedirektivet. Dette blev imidlertid tilsidesat af de danske skattemyndigheder, idet de anså udbytteudbetalingen som en del af ombytningen af selskabsandele, hvor den tilladte udligningssum var overskredet, da denne maksimalt kunne udgøre 10 %. Sagen blev herefter forelagt for EU-Domstolen.

EU-Domstolen bemærker indledningsvist, at medlemsstaterne undtagelsesvist, og i særlige tilfælde, helt eller delvist kan afslå anvendelsen af direktivets bestemmelser og fordelen deri, såfremt hovedformålet er skattesvig eller skatteunddragelse.<sup>55</sup> Hermed synes EU-Domstolen endnu engang at understrege, at misbrugsbestemmelsen udgør en undtagelsesbestemmelse, hvorfor den skal fortolkes snævert.

Herefter fastslår EU-Domstolen, at misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet afspejler det almindelige EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug. EU-Domstolen bemærker i forlængelse heraf, at fællesskabsbestemmelserne ikke kan gøres gældende med henblik på misbrug. EU-Domstolen fastslår således, at det EU-retlige misbrugsprincip indebærer, at fællesskabsretten ikke kan gøres gældende med henblik på misbrug. EU-Domstolen udtaler i overensstemmelse hermed, at fællesskabsbestemmelsernes anvendelsesområde ikke kan udvides til at finde anvendelse på transaktioner, der ikke har fundet sted som led i kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i fællesskabsretten.<sup>56</sup>

Endvidere fastslår EU-Domstolen, med henvisning til generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, at der i den konkrete sag foreligger visse indicier, som kan begrunde anvendelsen af

---

<sup>55</sup> Jf. præmis 37, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>56</sup> Jf. præmis 38, C-321/05, *Kofoed*.

misbrugsbestemmelsen.<sup>57</sup> Generaladvokaten anfører i hendes forslag til afgørelse, at en aktieombytning, hvorved der tilstræbes rent skattemæssige fordele ikke tjener noget forsvarlig økonomisk formål i direktivets forstand. Ligeledes skaber den nære tidsmæssige sammenhæng mellem udbytteudlodningen og aktieombytningen en formodning for, at der foreligger et potentielt misbrug af muligheden for at disponere i henhold til fusions-skattedirektivet.<sup>58</sup> Transaktionen er således alene båret af skattemæssige hensyn, idet der ikke synes at være noget kommercielt forhold, der kan begrunde omdannelsen. EU-Domstolen har allerede i C-28/95, *Leur-Bloem*, fastslået, at den omstændighed, at transaktionen ikke er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, skaber en formodning for misbrug.<sup>59</sup> EU-Domstolens afgørelse i *Kofoed* synes således at være et udtryk for, at en nær tidsmæssig sammenhæng mellem udbytteudlodning og aktieombytning, skaber en formodning for, at transaktionen ikke er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, og dermed en formodning for, at der foreligger misbrug.

Generaladvokat Kokott fastslår endvidere, i hendes forslag til afgørelse, at det skaber en formodning for misbrug, at parterne handlede med viden om den nært forestående ændring af den dansk-irske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der ikke var mulighed for en skattefritagelse af de udbytter, der tilfaldt *Kofoed* og dennes partner.<sup>60</sup> Formålet med ombytningen af aktierne synes således, dels at være undgåelse af skattepligten i Danmark, hvis der var foretaget en udbytteudlodning til de fysiske ejere direkte fra det danske selskab, og dels at være sikring af skattefrihed via den dansk-irske dobbeltbeskatningsaftale, der stod til at blive ændret. Hermed synes EU-Domstolen at anlægge en holdning om, at misbrug foreligger, hvor en transaktion foretages for at afværge en allerede konstateret og faretruende skattepligt.<sup>61</sup> Trods disse holdepunkter, fastslår EU-Domstolen, at et indgreb overfor misbrug forudsætter, at der i national ret eksisterer hjemmel til et sådant indgreb.

EU-Domstolen fastslår imidlertid, at det følger af TEUF artikel 4 og 288<sup>62</sup>, at medlemsstaterne er forpligtede til, inden for sin nationale retsorden, at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivets fulde virkning, i overensstemmelse med dets formål. I forlængelse heraf fastslår

---

<sup>57</sup> Jf. præmis 39, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>58</sup> Jf. præmis 59 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i C-321/05, *Kofoed*.

<sup>59</sup> Jf. præmis 47, C-28/95, *Leur-Bloem*.

<sup>60</sup> Jf. præmis 59 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i C-321/05, *Kofoed*.

<sup>61</sup> Jf. præmis 39, C-321/05, *Kofoed*, hvor EU-Domstolen støtter sig op ad generaladvokat Kokotts anførte indicier i hendes forslag til afgørelse i samme sag. Se ligeledes Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 218.

<sup>62</sup> På tidspunktet for afgørelsens forelæggelse var hjemlen i artikel 10 EF og 249 EF, jf. præmis 41, C-321/05, *Kofoed*.

EU-Domstolen, at retssikkerhedsprincippet er til hinder for, at direktiver i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne. Danmark havde ikke, på tidspunktet for sagens forelæggelse, implementeret fusionsskattedirektivets misbrugsbestemmelse i sin nationale lovgivning, hvorfor medlemsstaten ikke kunne påberåbe sig misbrug over for borgeren.<sup>63</sup> En anerkendelse af anvendelsen af direktivets bestemmelser, uden implementering i national lovgivning, ville underminere det faktum, at direktiver ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne<sup>64</sup>.

EU-Domstolen anfører dog, at det er overladt til medlemsstaterne selv at bestemme form og midler for gennemførelsen af direktiver med henblik på bedst muligt at sikre det resultat, der tilsigtes med dem.<sup>65</sup> Hertil følger af generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, at en generel ramme, hvor det på en tilstrækkelig præcis og klar måde er sikret at direktivet anvendes fuldt ud, synes at være tilstrækkelig til opfyldelse af retssikkerhedsprincippet.<sup>66</sup> Afgørende er imidlertid, at de berørte borgere ud fra den nationale gennemførelsesforanstaltning kan gennemskue omfanget af deres rettigheder og forpligtelser.<sup>67</sup> Domstolen fastslår på baggrund heraf, at misbrugsprincippet kan finde anvendelse ved fortolkning af den nationale implementeringslovgivning, uagtet at medlemsstaten ikke har foretaget en direkte implementering af misbrugsbestemmelsen, såfremt der i stedet findes en almindelig bestemmelse eller grundsætning, hvorefter der gælder et forbud mod retsmisbrug i den nationale retsorden.<sup>68</sup> Med denne konstatering synes det misbrugsprincip, der udspringer af de sekundære retsakter, alene at kunne gøres gældende over for den enkelte medlemsstats borgere, såfremt bestemmelsen er implementeret i den nationale lovgivning eller såfremt der allerede eksisterer et lignende princip i den nationale retsorden, som korresponderer den retlige ramme, der er fastlagt i direktivets misbrugsbestemmelse.

Centralt i afgørelsen er ligeledes, at såfremt direktivet indeholder en misbrugsbestemmelse, kan medlemsstaten ikke med henvisning til det generelle EU-retlige misbrugsprincip fratage borgeren de rettigheder, der er inkorporeret i den nationale lovgivning, medmindre der er i national ret, eksisterer en, enten skreven eller uskreven hjemmel, til at bortse fra misbrugstilfælde. Såfremt borgernes

---

<sup>63</sup> Jf. præmis 42, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>64</sup> Jf. præmis 67 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i C-321/05, *Kofoed*. Ligeledes i overensstemmelse med det ovenfor anførte i afsnit 1.4.2, om EU-retskilders umiddelbare anvendelighed.

<sup>65</sup> Jf. præmis 43, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>66</sup> Jf. præmis 62 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i C-321/05, *Kofoed*.

<sup>67</sup> Jf. præmis 44, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>68</sup> Jf. præmis 46, C-321/05, *Kofoed*.

rettigheder følger direkte af national lovgivning, kan medlemsstaten således ikke tilsidesætte fordelene på grund af misbrug med henvisning til det EU-retlige misbrugsprincip. Såfremt medlemsstaterne kunne nægte anvendelse af direktivets bestemmelse med henvisning til dette EU-retlige misbrugsprincip ville der være fare for, at harmoniseringsformålet med direktivet ville blive undermineret.<sup>69</sup> Det kan således udledes, at såfremt medlemsstaterne ikke har implementeret den præcise beskyttelse mod misbrug, vil der ikke være adgang til at påberåbe det almindelige retsmisbrugsprincip i tilfælde, hvor området er direktivdækket.<sup>70</sup>

Sammenfattende kan det på baggrund af ovenstående udledes, at formuleringen ”*gyldige forretningsmæssige årsager*” i fusionsskattedirektivs misbrugsbestemmelse ikke gælder i situationer, hvor en transaktion alene skal tjene et skattemæssigt formål. Illustrativ i denne sammenhæng er Leur-Bleom. I Kofoed præciserer EU-Domstolen, at et indicie herfor kan være, at en udbytteudlodning foretages kort tid efter en aktieombytning. Et indicie kan ligeledes være, at parterne handler med en viden om en nært forestående ændring af skattelovgivningen med det formål at undgå en allerede konstateret beskatning. Herved kan det udledes, at en konstatering af misbrug retter sig mod en efterfølgende transaktion, hvilket vil være tilfældet, hvis der skydes et selskab ind mellem to fysiske personer og et selskab, som det var tilfældet i Kofoed. Hertil fastslår EU-Domstolen, at den efterfølgende transaktion alene sker for at undgå en skattebetaling.<sup>71</sup> Det er således denne efterfølgende transaktion, der kan underkendes som misbrug.

### **3.2 Moder-/datterselskabsdirektivet**

Formålet med moder-/datterselskabsdirektivet er at skabe skattemæssig neutralitet, hvorfor udbytte, som er udloddet fra et datterselskab til sit modselskab, skal fritages for kildeskat af udbyttet, således særlig dobbeltbeskatning på tværs af medlemsstater undgås. Med disse konkurrenceneutrale beskatningsregler søger direktivet at skabe lige vilkår for koncerner, hvad enten disse agerer inden for samme medlemsstat eller på tværs af de forskellige medlemsstater. Herved sikres, at det indre marked kommer til at fungere bedst muligt, idet koncerner på tværs af medlemsstaterne ikke hæmmes af medlemsstaternes forskellige beskatningsregler.<sup>72</sup> Det overordnede mål med direktivet er således virkeliggørelsen af det indre marked.

---

<sup>69</sup> Jf. præmis 67 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i sag C-321/05, *Kofoed*.

<sup>70</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 261.

<sup>71</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 206.

<sup>72</sup> Jf. præambel 3, 4 og 8, moder-/datterselskabsdirektivet.

I henhold til moder-/datterselskabsdirektivet gældende før 2015, var misbrugsbestemmelsen hjemlet i artikel 1, stk. 2 og havde følgende ordlyd:

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

Bestemmelsen gav således medlemsstaterne mulighed for at indføre nationale bestemmelser til hindring af svig og misbrug. Ved ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet i 2015 blev misbrugsbestemmelsen ændret således medlemsstaterne ikke længere blot havde mulighed for at indføre nationale foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug, men tillige en pligt dertil. Medlemsstaternes forpligtelse til at implementere en generel misbrugsbestemmelse må ses som et udtryk for fællesskabslovgivers ønske om, at fremme samordnede tiltag fra medlemsstaternes side for dermed at sikre overensstemmelse med frihederne i traktaten, som de er fortolket af EU-Domstolen.<sup>73</sup> Det følger imidlertid af direktivets artikel 2, stk. 1, at medlemsstaterne er forpligtede til at implementere misbrugsbestemmelsen senest d. 31. december 2015. Denne generelle misbrugsbestemmelse skal være med til at sikre, at kunstige arrangementer ikke drager fordel af direktivets gunstige skatteregler og sikre at beskatningen sker i overensstemmelse med den økonomiske virkelighed.

Misbrugsbestemmelsen er nu at finde i direktiv 2015/121/EU, om ændring af direktiv 2011/96/EU, *moder-/datterselskabsdirektivet* (herefter ændringsdirektivet) og har følgende ordlyd:

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

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

*Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.*

---

<sup>73</sup> Jf. Com (2013) 814 final, s. 3.

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.»*

Ordlyden af artikel 1, stk. 2 giver således medlemsstaten mulighed for at nægte skatteyderen adgang til direktivets bestemmelser såfremt der består et arrangement (eller serie af arrangementer), der ikke er reelt og har som hovedformål, at opnå en skattefordel, som ikke er i overensstemmelse med direktivets formål. Stk. 3 præciserer, at et arrangement ikke betragtes som reelt når det ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Når misbrugsbestemmelsen anvender formuleringen *”et arrangement kan omfatte flere trin eller dele”*, må det ses som udtryk for, at medlemsstaterne alene skal anvende bestemmelsen til at bekæmpe misbrug af de specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet. Hermed sikrer misbrugsbestemmelsen, at bekæmpelse af misbrug bliver størst mulig, samtidig med det sikres, at bestemmelsen står i rimeligt forhold til målet. Med andre ord giver det medlemsstaterne mulighed for at efterleve proportionalitetsprincippet, da de alene anvender misbrugsbestemmelsen på de dele, der ikke er reelle, mens de dele af arrangementet, der er reelle får lov at bestå.<sup>74</sup>

Ændringsdirektivet udgør et minimumsdirektiv, som skal sikre fælles minimumsregler for bekæmpelse af misbrug af direktivet.<sup>75</sup> Direktivets misbrugsbestemmelse finder således anvendelse, hvis en medlemsstat ikke har nationale regler, der sigter mod at hindre misbrug, eller hvis de nationale regler er mindre restriktive end den fælles minimumsbestemmelse.<sup>76</sup> Det hertil bemærkes, at minimumsbestemmelsen ikke er til hinder for, at allerede gældende misbrugsbestemmelser i medlemslandene kan videreføres. Dette er imidlertid hjemlet i ændringsdirektivets artikel 1, stk. 4 der fastslår, at direktivet ikke er til hinder for anvendelse af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug. At der er

---

<sup>74</sup> Jf. præambel 8, ændringsdirektivet.

<sup>75</sup> Jf. præambel 5, ændringsdirektivet.

<sup>76</sup> Jf. Jakob Bundgaard, *”Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret”*, Den evige udfordring, 2015, s. 244.

tale om et minimumsdirektiv betyder dog ikke, at medlemsstaterne har ubetingede vide rammer til at videreføre eller indføre strengere regler, end dem der følger af direktivet. Hverken ordlyden eller præambelen til direktivet hjemler medlemsstaterne mulighed for at indføre strengere misbrugsbestemmelser. Det bemærkes i den henseende, at det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at den alene tillader anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som i dette øjemed er *nødvendige*. Hvis et arrangement ikke klassificeres som misbrug i henhold til direktivets minimumsbestemmelse, men derimod anses for misbrug i henhold til medlemsstatens nationale lovgivning, må det således forventes, at den primære EU-ret vil blive påberåbt for EU-Domstolen for at efterprøve, hvorvidt medlemsstatens strengere misbrugsbestemmelse er en krænkelse af de grundlæggende frihedsrettigheder. En national misbrugsbestemmelse, der er mere vidtgående end misbrugs klausulen i direktivet vil derfor ikke alene skulle være i overensstemmelse med direktivets hensigt, men tillige med de traktatfæstede frihedsrettigheder.<sup>77</sup> Der kan i den forbindelse argumenteres for, at skatteydernes ret til at påberåbe sig de traktatfæstede frihedsrettigheder, vil begrænse medlemsstaternes mulighed for at vedtage strengere regler end dem, der er fastsat i direktivets minimumsbestemmelse. EU-Domstolen har i overensstemmelse hermed fastslået, at misbrugsbestemmelser i direktiverne afspejler det EU-retlige princip om forbud mod misbrug.<sup>78</sup>

### 3.3 Anti-tax avoidance direktivet (ATAD)

I forbindelse med nærværende afsnit er det endvidere relevant at inddrage EU's seneste harmoniseringstiltag på området for de direkte skatter, *Anti-tax avoidance Directive* (på dansk ligeledes benævnt *skatteundgåelsesdirektivet*. Nærværende vil imidlertid anvende betegnelsen ATA-direktivet). Hovedformålet med direktivet er at forbedre det indre markeds modstandsevne som helhed over for grænseoverskridende metoder til skatteundgåelse.<sup>79</sup> ATA-direktivet, der havde implementeringsfrist den 31. december 2018 og i hovedsagen har haft virkning siden 1. januar 2019 skal ikke behandles indgående i denne sammenhæng. Udgangspunktet for denne gennemgang er alene at belyse EU's nyeste værnsregler til bekæmpelse af misbrug. Direktivet indeholder fire specielle anti-avoidance regler ("SAAR")<sup>80</sup> samt en generel regel om bekæmpelse af misbrug – general anti-abuse rule ("GAAR"). Henset til denne afhandlings fokus, vil det alene være sidstnævnte,

---

<sup>77</sup> Jf. Dennis Weber, "The New Common Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive is a 'De Minimis Rule', But Not a Carte Blanche for the National Legislature"

<sup>78</sup> Jf. præmis 38, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>79</sup> Jf. præambel 16, ATA-direktivet.

<sup>80</sup> Disse SAARs udgør værnsregler om: rentefradragsbegrænsning, exit-beskatning, CFC-beskatning samt hybride mismatch, jf. artikel 4, 5, 7 og 9, ATA-direktivet.



der vil være genstand for behandling, idet de øvrige værnsregler ikke synes at bidrage til den nærmere fortolkning af det EU-retlige misbrugsbegreb.

GAAR'en findes i ATA-Direktivets artikel 6, og har følgende ordlyd:

*1. Ved beregning af selskabsskattetilsvaret ser en medlemsstat bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.*

*2. Med hensyn til stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.*

*3. Hvis der ses bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, jf. stk. 1, beregnes skattetilsvaret i overensstemmelse med national ret.*

Formuleringsmæssigt er GAAR'en i høj grad et udtryk for et genbrug af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse, hvorfor det synes nærliggende, at der i forbindelse med den nærmere fastlæggelse af bestemmelsens indhold, søges inspiration i de hertil hørende fortolkningsbidrag. Det er dog væsentligt at bemærke, at GAAR'en har et anvendelsesområde, som gælder for alle arrangementer, og som således ikke kun relaterer sig til udbytter og dobbeltbeskatningsoverenskomster. Derudover er GAAR'en tiltænkt at gælde såvel nationalt som internationalt, hvorimod moder-/datterselskabsdirektivet alene gælder for grænseoverskridende transaktioner.

GAAR'ens formål er kortfattet forklaret i direktivets præambel 11, ” (...) *Generelle regler om bekæmpelse af misbrug har således til formål at dække huller og bør ikke påvirke anvendelsen af specifikke regler om bekæmpelse af misbrug (...)*”. Udgangspunktet er således, at GAAR'en skal finde anvendelse, hvor de specifikke regler ikke gør. Som det fremgår af bestemmelsens stk. 3, vil konsekvensen, hvis bestemmelsen finder anvendelse, være at et arrangement i det hele tilsidesættes og ignoreres i selskabsskattemæssig sammenhæng. I stedet afgør den nationale ret i

anvendelsesstaten, hvorledes arrangementet skal behandles.<sup>81</sup> Det skal imidlertid bemærkes, at der ikke eksisterer nogle eksempler på GAAR'ens anvendelsesområde.<sup>82</sup> Misbrugsbestemmelsen fungerer alene som et supplement, og udfylder den nationale regulering på det overordnede plan. Medlemsstaterne formodes at kunne opretholde deres allerede gældende værneregler, dog under den forudsætning at disse ikke er lempeligere end GAAR'en. Retsordenen synes således at stå over for en svær opgave, idet der endnu ikke eksisterer retspraksis vedrørende den generelle omgængelsesbestemmelse, hvorfor medlemsstaterne endnu ikke kender de nøjagtige afgrænsninger heraf.<sup>83</sup>

Som nedenstående vil illustrere, eksisterer der på domstolsniveau en kunstighedsprøve, som EU-Domstolen anvender i forbindelse med misbrugsvurderingen. GAAR'en synes at afspejle denne kunstighedsprøve. I det oprindelige forslag til ATA-direktivet blev det imidlertid også udtalt i fremsættelsesteksten, at den foreslåede generelle misbrugsbestemmelse, i overensstemmelse med gældende ret, afspejler den kunstighedsprøvning, som EU-Domstolen foretager inden for Unionen.<sup>84</sup> Baseret på dette synes det nærliggende at antage, at hidtil praksis fra EU-Domstolen i et vist omfang skal kunne indfortolkes i GAAR'en.<sup>85</sup> Da der endnu ikke foreligger retspraksis om den nye generelle misbrugsbestemmelse, er det imidlertid ikke muligt at vurdere, hvordan EU-Domstolen vil fortolke bestemmelsens nærmere indhold samt anvendelsesområde. Hvorvidt de ovenfor gennemgåede betragtninger vil bestå, kommer i sidste ende an på EU-Domstolens fortolkning af misbrugsbestemmelsen. Det må forventes at der vil gå adskillige år, før der eksisterer tilstrækkelig retspraksis til, at retstilstanden er afklaret.<sup>86</sup> Afhandlingens afsnit 6 vil indeholde en nærmere diskussion af de udfordringer, der synes at eksistere i forbindelse med ATA-direktivets generelle misbrugsbestemmelse.

#### **4. Misbrugsprincippet i den primære EU-ret**

Udover det ovenfor gennemgåede, eksisterer der yderligere et niveau for, hvordan EU-retten forsøger at hindre misbrug. Dette bliver navnlig relevant, hvor transaktioner ikke er dækket af rettigheder i de

---

<sup>81</sup> Jf. Jakob Bundgaard, SR.2016.383, s. 2.

<sup>82</sup> Jf. Jan Pedersen, SR.2017.7.46, s. 9.

<sup>83</sup> Jf. Jan Pedersen, SR.2017.7.46, s. 9.

<sup>84</sup> Jf. COM (2016) 26 Final, s. 9.

<sup>85</sup> Jf. Jakob Bundgaard, SU.2018.173, s. 4.

<sup>86</sup> Jf. Jakob Bundgaard, SU.2018.173, s. 6.

sekundære retsakter – er transaktionen ikke omfattet heraf, vil retsakternes misbrugsbestemmelser endvidere ikke finde anvendelse i forsøget på at hindre transaktionen.<sup>87</sup>

EU-Domstolen synes imidlertid, at have anlagt en holdning til, ” (...) at EU-retten ikke skal og kan strækkes til at beskytte situationer, der anvender traktatens bestemmelser til at opnå en position, der er til skade for det indre markeds formål.<sup>88</sup> Det EU-Domstolsskabte princip om misbrug af traktatens rettigheder synes således at være et udtryk for, at hvis EU-Domstolen konstaterer misbrug, vil der ikke kunne støttes ret på disse rettigheder, idet de ikke kan strækkes til at finde anvendelse på beskyttelse af misbrug. Med andre ord tilskyndes skatteyderen ikke EU-retlig beskyttelse i de tilfælde, hvor EU-retten misbruges. Havde medlemsstaterne ikke adgang til at beskytte sig i disse tilfælde, ville EU-retten ikke fungere effektivt, hvilket ville være i uoverensstemmelse med det indre markeds funktion.<sup>89</sup>

Nærværende afsnit har til formål at fastlægge indholdet af det EU-retlige misbrugsprincip, herunder hvilke elementer, der er afgørende for begrebets anvendelse. Til brug for denne fastlæggelse vil relevant praksis fra EU-Domstolen blive gennemgået.

Grundsætningen om misbrug af rettigheder kan spores tilbage til EU-Domstolens dom i sag C-33/74, *Van Binsbergen* og har siden udviklet sig til et EU-retligt misbrugsprincip. Princippet medfører, at hvis EU-Domstolen i en konkret sag konstaterer misbrug, vil skatteyderen ikke kunne støtte ret på EU-bestemmelserne, idet de normale rettigheder bortfalder. Dette princip har i skatteretlig sammenhæng ligeledes været anvendt til at formulere de ydre grænser for, hvornår medlemsstaterne kan indføre værneregler til imødegåelse af misbrug.<sup>90</sup>

#### **4.1 Sag C-110/99, *Emsland-Stärke***

*Emsland-Stärke* er en af de første sager, der synes at illustrere EU-Domstolens holdning til, at traktaten ikke kan påberåbes til at gennemføre transaktioner, der ikke opfylder formålet med traktatens bestemmelser. Dette kommer blandt andet til udtryk i Kommissionens indledende

---

<sup>87</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 220.

<sup>88</sup> Citeret af Thomas Rønfeldt i *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 220.

<sup>89</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I*, 2013, s. 220.

<sup>90</sup> Jf. Karsten E. Sørensen, SU 2008.84, s. 5.

bemærkninger, hvor det præciseres, at det præjudicielle spørgsmål, set i forhold til omstændighederne i hovedsagen, skal undersøges under synsvinklen *misbrug af rettigheder*.<sup>91</sup>

I sagen havde Emsland-Stärke, med hjemsted i Tyskland, udført varer til to selskaber med hjemsted i Schweiz. De to sidstnævnte selskaber havde samme ejerkreds som Emsland-Stärke. Umiddelbart efter udførelsen til Schweiz blev varerne sendt retur på det tyske marked med henblik på videresalg. Der forekom ingen forarbejdning af varerne i Schweiz, hvorfor det eneste formål med forsendelsen ind og ud af Tyskland var at opnå eksportrestitution i Tyskland. De tyske myndigheder krævede på baggrund heraf den tyske eksportrestitution tilbagebetalt.

Kommissionen citerede i forlængelse af dens opfattelse vedrørende sagens indhold, *misbrug af rettigheder*, artikel 4, stk. 3 i forordning nr. 2988/95 af 18. december 1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser, hvorefter: ”*handlinger, som beviseligt har til formål at opnå en fordel, der er i modstrid med sigtet for de på området gældende fællesskabsregler, ved kunstigt at skabe de nødvendige forudsætninger for at opnå denne fordel, bevirker, alt efter tilfældet, enten at fordelene ikke indrømmes, eller at den tilbagekaldes*”<sup>92</sup> Dette må ses som et udtryk for, at der alene kan gøres krav på anvendelse af EU-rettens regler, så længe bevæggrunden for den situation der skal bedømmes, ikke er misbrug.

Det skal imidlertid bemærkes, at forordningen ikke fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, men at bestemmelsen, efter Kommissionens opfattelse, er et udtryk for et almindeligt retsprincip, der er gældende i kraft af fællesskabets retsorden. Kommissionen fastslår desuden, at det almindelige retsprincip om misbrug af rettigheder findes i alle medlemsstater og at det allerede har været anvendt af EU-Domstolen i praksis, selv om EU-Domstolen ikke udtrykkeligt har anerkendt det som et almindeligt fællesskabsretligt princip.<sup>93</sup> Det skal hertil bemærkes, at Kofoed-afgørelsen ikke var afsagt på tidspunktet for Emsland-Stärkes forelæggelse, hvorfor de ovenfor gennemgåede betragtninger i forhold til EU-Domstolens udtalelser, vedrørende misbrugsprincippet, ikke på tidspunktet for indeværende sag var fremsagt.

---

<sup>91</sup> Jf. præmis 36, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>92</sup> Jf. præmis 37, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>93</sup> Jf. præmis 38, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

Kommissionen anfører endvidere, at formodningen for misbrug af rettigheder kræver, at tre forhold er opfyldt. For det første et objektivt element, bestående i et bevis for, at betingelserne for at opnå en EU-retlig fordel ikke er skabt på et kunstigt grundlag, hvormed menes, at den pågældende transaktion ikke forfølger et selvstændigt økonomisk formål, men alene tilsigter at opnå en fællesskabsretlig fordel. Kommissionen præciserer, at dette nødvendiggør en konkret undersøgelse af de pågældende fællesskabsbestemmelers indhold og formål, samt adfærden hos den erhvervsdrivende, der driver sin virksomhed under overholdelse af de gældende regler og i overensstemmelse med den praksis, der gælder inden for den pågældende sektor.<sup>94</sup> For det andet skal der foreligge et subjektivt element, hvorefter hensigten skal være begrundet i et ønske om at opnå en økonomisk fordel, der er uforenelig med fællesskabsbestemmelsernes formål<sup>95</sup>. Endelig bemærker Kommissionen et procesretligt element vedrørende bevisbyrden for, at der foreligger misbrug af rettigheder.<sup>96</sup>

I forlængelse af Kommissionen betragtninger, bemærker EU-Domstolen, at alle de formelle betingelser for tildeling af eksportrestitutioner var opfyldt for de omtvistede transaktioner.<sup>97</sup> Der var således ikke grund til at tilsidesætte konstruktionen ud fra en opfattelse af, at faktum ikke var i overensstemmelse med transaktionens økonomiske realitet. EU-Domstolen anfører imidlertid, at de konkrete omstændigheder ved den pågældende transaktion kunne give mistanke om misbrug, og at anvendelsesområdet for forordninger ikke kan udvides til at dække sådanne retsstridige transaktioner.<sup>98</sup> EU-Domstolen præciserer, at der vil være tale om misbrug af den påberåbte forordning, såfremt transaktionerne alene er udtryk for *”en formel udførelse fra fællesskabets område, der er gennemført med det ene formål at drage fordel af eksportrestitutioner”*<sup>99</sup> og altså *”ikke har fundet sted som led i en almindelig handel, men alene har haft til formål retsstridigt at profitere af monetære udligningsbeløb”*.<sup>100</sup>

I forlængelse heraf anfører EU-Domstolen, i overensstemmelse med Kommissionens udtalelse, at konstateringen af, om der er tale om misbrug, nødvendiggør dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som fællesskabsbestemmelser forfølger, ikke er

---

<sup>94</sup> Jf. præmis 39, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>95</sup> Jf. præmis 39, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>96</sup> Jf. præmis 39, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>97</sup> Jf. præmis 46, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>98</sup> Jf. præmis 50-51, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>99</sup> Jf. præmis 50, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>100</sup> Jf. præmis 51, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt.<sup>101</sup> Derudover kræves dels et subjektivt element, bestående i ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt, at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. EU-Domstolen præciserer, at et sådant subjektivt element blandt andet kan godtgøres ved bevis for en hemmelig aftale, mellem eksportøren i fællesskabet, der drager fordel af den restitution, og importøren af varerne i tredjelandet.<sup>102</sup>

EU-Domstolen fastslår således, at en skatteyder, der ellers ville være i en situation, der er omfattet af fællesskabsretten, kan miste sine rettigheder efter fællesskabsretten, hvis skatteyderen forsøger at misbruge dem. Sådanne tilfælde udgør imidlertid en undtagelse; et misbrug forekommer alene, når det formål, som de relevante fællesskabsbestemmelser forfølger, ikke opnås, selvom betingelserne i disse formelt er overholdt, og der består et ønske om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt, at skabe de betingelser der kræves for at opnå denne fordel.<sup>103</sup>

Denne definition på retsstridigt misbrug af EU-retten er efterfølgende gentaget i en række afgørelser, men dog præciseret således, at det i forhold til det subjektive element er tilstrækkeligt til anvendelsen af misbrugsprincippet, at det kan fastslås, at de omstridte transaktioner har til *hovedformål* at opnå en skattefordel.<sup>104</sup> Illustrativ i denne sammenhæng er, blandt andet, sag C-425/06, *Part Service Srl*, hvori EU-Domstolen blev anmodet om, at forholde sig til, om der er tale om misbrug, når opnåelse af en afgiftsfordel er hovedformålet med den eller de omhandlende transaktioner, eller om det udelukkende er tilfældet, såfremt det eneste formål hermed er at opnå en afgiftsfordel, og andre erhvervsmæssige formål ikke foreligger.<sup>105</sup> EU-Domstolen anfører hertil, at der foreligger misbrug, når opnåelse af en afgiftsfordel er hovedformålet med den eller de omhandlede transaktioner.<sup>106</sup> Misbrugsbetragtninger er således ikke begrænset til transaktioner, der udelukkende har til formål at opnå en fordel, men kan også anlægges i forhold til transaktioner, der i et vist mindre omfang kan begrundes i kommercielle formål.<sup>107</sup>

---

<sup>101</sup> Jf. præmis 52, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>102</sup> Jf. præmis 53, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

<sup>103</sup> Jf. præmis 52-53, C-110/99, *Emsland-Stärke*, samt COM (2007) 785 endelig, s. 3.

<sup>104</sup> Jf. Dennis R. Jensen, "Misbrugsprincippet", Den evige udfordring, 2015, s. 69.

<sup>105</sup> Jf. Præmis 40, C-425/06, *Part Service Srl*.

<sup>106</sup> Jf. Præmis 45, C-425/06, *Part Service Srl*.

<sup>107</sup> Jf. Dennis R. Jensen, "Realitets- og misbrugsbetragtninger i EU-skatte retten", Festskrift til Jan Pedersen, 2011, s. 178.

I henhold til EU-Domstolens misbrugsprincip, kan det på baggrund af ovenstående udledes, at princippet finder anvendelse på konstruktioner, der må betegnes som kunstige, som følge af at de hovedsageligt er båret af ønsket om at spekulere i EU-retten. Som konsekvens heraf, kan transaktionen tilsidesættes, selvom betingelserne i det pågældende retsgrundlag formelt set er overholdt.<sup>108</sup> Det skal imidlertid bemærkes, at anlæggelse af misbrugsbetragtninger forudsætter, at det af parterne søgte resultat vil være i strid med de påberåbte retsakters formål, hvilket er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis for så vidt angår misbrugsbestemmelserne i de sekundære retsakter, jf. blandt andet den ovenfor gennemgåede Leur-Bloem. Det skal endvidere bemærkes, at EU-Domstolens holdning i Emsland-Stärke må ses som et udtryk for, at der alene kræves et objektivi og et subjektivt indhold i misbrugsprincippet for at konstatere, at der ikke er ret til at drage fordel af de fællesskabsretlige rettigheder. Der kræves således ikke særskilt hjemmel til misbrugsprincippet; såfremt der konstateres subjektive og objektive elementer af misbrug, vil rettigheden forsvinde.<sup>109</sup>

## 4.2 Den nærmere forståelse af misbrugsbegrebet

### 4.2.1 Kunstige arrangementer

Som det fremgår af ovenstående, består det subjektive element i misbrugsvurderingen i, ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelsen, ved *kunstigt* at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. EU-Domstolen fastlagde allerede rammerne for denne udvikling i sag C-264/96, *ICI*, som omhandlede et moderselskab, der ville have fradrag for driftstabet i datterselskabet, som følge af sambeskatning. Denne mulighed forelå nationalt, hvorfor ICI var af den overbevisning, at det også skulle være muligt over grænsen. Idet størstedelen af datterselskaberne var hjemmehørende i udlandet, afslog de britiske skattemyndigheder, at ICI kunne fradrage underskuddet. EU-Domstolen anså imidlertid reglerne for at udgøre en restriktion af etableringsfriheden og udtalte at den omtvistede lovgivning: ” (...) ikke specielt har til formål at udelukke rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå Det Forenede Kongeriges skattelovgivning”. EU-Domstolen accepterer således, at *rent kunstige arrangementer* kan begrunde, medlemsstaternes restriktioner i de traktatfæstede frihedsrettigheder.

---

<sup>108</sup> Jf. Dennis R. Jensen, ”Realitets- og misbrugsbetragtninger i EU-skatte retten”, Festskrift til Jan Pedersen, 2011, s. 178.

<sup>109</sup> Jf. præmis 53 og 56, C-110/99, *Emsland-Stärke*, samt Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret I, 2013, s. 238.

EU-Domstolen synes i C-196/04, *Cadbury Schweppes*, at fremkomme med konkrete fortolkningsbidrag vedrørende konstatering af misbrug og i den forbindelse, navnlig hvad angår det nærmere indhold af *kunstige arrangementer*. Centralt i afgørelsen er ligeledes, at EU-Domstolen synes at lægge vægt på formålet med reglerne om den frie etableringsret, det såkaldte *integrationsformålet*.

#### **4.2.2 C-196/04, *Cadbury Schweppes***

Sagen vedrørte det britiske moderselskab Cadbury Schweppes Overseas, som i medfør af de britiske CFC-beskatningsregler var blevet beskattet af indkomst fra to datterselskaber beliggende i Irland. Det fulgte af de britiske CFC-regler, at udenlandske datterselskabers overskud skulle medregnes, hvis selskabsskattesatsen var væsentlig lavere end den nationale skattesats. Koncernen påstod imidlertid, at denne beskatning af datterselskabets indkomst var uforenelig med traktaten. På baggrund heraf anlagde koncernen sag hos den britiske Domstol med påstand om, at CFC-lovgivningen var i strid med traktatens frihedsrettigheder i artikel 43, 49 og 56 EF. Den britiske Domstol valgte herefter at forelægge EU-Domstolen en række spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse.

EU-Domstolen konkluderer indledningsvist, at de engelske CFC-regler udgjorde en restriktion af reglerne om den frie etableringsret og reglerne om den frie kapitalindkomst.<sup>110</sup> Afgørende for om de kunne bestå var således, om de var begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug.

Storbritannien havde gjort gældende, at formålet med CFC-lovgivningen<sup>111</sup> var at modvirke, at et hjemmehørende selskab kunstigt overfører overskud fra den medlemsstat, hvori overskuddet er optjent, til en stat, der beskatter på et lavere niveau, ved at oprette et datterselskab i sidstnævnte stat og ved at foretage transaktioner, hvis formål er at gennemføre en sådan overførsel til gavn for dette datterselskab.<sup>112</sup> Hertil fastslår EU-Domstolen, at den omstændighed, at der foreligger en fordel på grund af en lav beskatning af et datterselskab, der er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor moderselskabet er etableret, ikke i sig selv er tilstrækkelig til begrænsning i etableringsfriheden.<sup>113</sup> EU-Domstolen synes således endnu engang at understrege, at differencer i medlemsstaternes

---

<sup>110</sup> Jf. præmis 47, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>111</sup> Med støtte af den danske, tyske, franske, portugisiske, finske og svenske regering, jf. præmis 48, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>112</sup> Jf. præmis 48, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>113</sup> Jf. præmis 59, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.



skatteforhold ikke i sig selv kan begrunde hindringer af fællesskabsrettighederne. Det er således ikke i sig selv misbrug at sænke den skattemæssige byrde gennem brugen af andre medlemsstaters gunstigere skatteforhold. EU-Domstolen bemærker endvidere, at den omstændighed, at et hjemmehørende selskab opretter et datterselskab i en anden medlemsstat end den hvor moderselskabet er etableret, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for, at der foreligger misbrug og dermed tjene som en begrundelse for en foranstaltning, der krænker en grundlæggende frihed, der er sikret ved traktaten.<sup>114</sup>

For så vidt angår misbrugsbegrebet, fastslår EU-Domstolen, med henvisning til sin egen tidligere praksis<sup>115</sup>, det allerede kendte hensyn, hvorefter der skal være tale om et rent *kunstigt arrangement*, der alene sigter at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning, førend hensynet kan begrunde en restriktion af etableringsfriheden. I Cadbury Schweppes går EU-Domstolen herefter, for første gang, ind i en nærmere bedømmelse af hvilke forhold, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der er tale om et kunstigt arrangement.

EU-Domstolen bemærker hertil, at vurderingen skal ske i lyset af formålet med den frihedsrettighed der konkret forfølges, hvilket i indeværende sag var etableringsfriheden. I forlængelse heraf fastslår EU-Domstolen, at formålet med etableringsfriheden er, at give fællesskabsborgere mulighed for, på stabil og vedvarende måde, at kunne deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og drage fordel heraf.<sup>116</sup> I forhold til dette *integrationsformål*, forudsætter begrebet etablering, som omhandlet i traktatens bestemmelser vedrørende etableringsfriheden, at der udøves en faktisk erhvervmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i den pågældende medlemsstat, i et ikke nærmere angivet tidsrum.<sup>117</sup> Med dette fokuserer EU-Domstolen i sine misbrugsovervejelser for første gang på traktatens etableringsbegreb.<sup>118</sup> Hvis de i sagen omhandlede selskaber ikke befandt sig i Irland og ikke udøvede virksomhed dér, ville medlemsstatens restriktive lovgivning således kunne opretholdes.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Jf. præmis 50, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>115</sup> Herunder blandt andet den ovenfor kort omtalte ICI-afgørelse, jf. præmis 51, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>116</sup> Jf. præmis 51-53, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>117</sup> Jf. præmis 54, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>118</sup> Jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", Den evige udfordring, 2015, s. 212.

<sup>119</sup> Jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", Den evige udfordring, 2015, s. 212.

Centralt i denne sammenhæng er EU-Domstolens udtalelse, hvorefter en restriktion af etableringsfriheden alene vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, hvis det specifikke formål med en sådan restriktion er "(...) at hindre adfærd, der består i at oprette **rent kunstige arrangementer**, der ikke bygger på nogen **økonomisk realitet**, med henblik på at **undgå den normalt skyldige skat** (...)" [egen fremhævning].<sup>120</sup> Det kan hermed udledes, at EU-Domstolen synes at skabe en formodning for, at der foreligger misbrug, når arrangementet er kunstigt oprettet, ikke indeholder nogen økonomisk realitet og har til hensigt at undgå den normalt skyldige skat.

Herefter anfører EU-Domstolen, under henvisning til sin egen tidligere praksis<sup>121</sup>, at misbrugsbegrebet, udover et subjektivt forhold, ligeledes indeholder objektive omstændigheder. Hvor det subjektive forhold består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, må de objektive omstændigheder bedømmes ud fra, om arrangementet er i strid med formålet med traktaten.<sup>122</sup> EU-Domstolen synes således at tillægge de samme elementer betydning ved misbrugsvurderingen, som det var tilfældet i *Emsland-Stärke*. Vurderingen af de objektive omstændigheder skal imidlertid kunne efterprøves af tredjemand, hvortil EU-Domstolen opstiller en række eksempler, herunder selskabets fysiske eksistens gennem lokaler, personale og udstyr. Fører denne efterprøvelse til, at en tredjemand kan konstatere, at der foreligger en fiktiv etablering uden økonomisk realitet, må oprettelsen af selskabet anses for at udgøre et rent kunstigt arrangement. Dette er eksempelvis tilfældet for et datterselskab, som udelukkende er et "postkasse"- eller "skærm"- selskab.<sup>123</sup> Det skal hertil bemærkes, at det ikke i sig selv er betegnelsen "postkasse"-selskab, der er afgørende for, om en given etablering skal anses for reel eller ej. Afgørende er derimod, om selskabet er et udtryk for en reel etablering i den konkrete situation, herunder i forhold til det retsområde der konkret er genstand for prøvelse.<sup>124</sup>

Disse betragtninger er navnlig relevante i forhold til holdingselskaber, der efter deres natur har en begrænset aktivitet. Dette medfører ikke nødvendigvis, at de udgør et "kunstigt arrangement", når

---

<sup>120</sup> Jf. Præmis 55, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>121</sup> Jf. C-110/99, *Emsland-Stärke* og C-255/02, *Halifax* m.fl.

<sup>122</sup> Jf. præmis 54, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>123</sup> Jf. præmis 68, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, med henvisning til præmis 34 og 35, C-341/04, *Eurofoods IFSC*. Eurofoods IFSC fastslår, at der i ordene "postkasse- og skærm"-selskab ligger, at der ingen faktisk virksomhed udøves i det land, hvor den omdiskuterede etablering har hjemsted.

<sup>124</sup> Herunder eksempelvis selskabsret (C-212/97, *Centros*), eller skatteret (C-196/94, *Cadbury Schweppes*), jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", Den evige udfordring, 2015, s. 214.

blot holdingselskabet råder over tilstrækkelige faciliteter, personale og hvad der ellers er nødvendigt for at kunne udøve selskabets aktivitet.<sup>125</sup> De forhold misbrugsbetragtningerne vurderes ud fra, skal således være tilpasset det konkrete selskabs aktivitet.

I henhold misbrugsvurderingen synes EU-Domstolen hermed at fastslå, at såfremt det af tredjemand kan efterprøves, at selskabet reelt er etableret og dér udøver faktisk økonomisk virksomhed, kan nationale skattemæssige foranstaltninger ikke begrunde en restriktion af etableringsfriheden, uanset at der foreligger skattemæssige bevæggrunde for denne etablering. Sagt med andre ord; hvis der ikke *objektivt* kan konstateres en etablering i strid med EU-rettens formål, vil fællesskabsborgerens *subjektive* forhold være uden betydning.<sup>126</sup> Det er således etableringens objektive forhold, der i første omgang får betydning for misbrugsvurderingen.

EU-Domstolens udtalelse i Cadbury Schweppes sagen må ses som et udtryk for, at EU-Domstolen i skatteretlig henseende åbner op for en anerkendelse af, at medlemsstaterne indsætter skatteretlige foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug ved fiktive etableringer, uden nogen økonomisk realitet, selvom disse regler medfører restriktioner af etableringsfriheden. Det er imidlertid ikke ganske oplagt, hvad EU-Domstolen mener hermed. EU-Domstolen har i sin tidligere praksis om artikel 49 (etableringsfriheden), herunder i den berømte selskabsretlige afgørelse C-212/97, *Centros*, accepteret, at stiftelse af et selskab i Storbritannien med henblik på, at undgå de dagældende danske kapitalkrav til anpartsselskaber, ikke var udtryk for misbrug. Og dette til trods for, at der ikke var nogen aktivitet i Storbritannien og at etableringen utvivlsomt måtte anses for at være et ”postkasse”-selskab.<sup>127</sup> Svaret på, hvornår en etablering alene er fiktiv, må søges ud fra en konkret vurdering af de objektive omstændigheder i den konkrete sag og i forhold til det retsområde, der konkret er genstand for prøvelse. Hvorvidt en etablering skal anses for reel, skal således afgøres fra sag til sag.<sup>128</sup>

Det er i denne sammenhæng væsentligt at bemærke, at de to ovenfor nævnte afgørelser<sup>129</sup> illustrerer, at en etablering ofte vil være juridisk acceptabel i selskabsretlig forstand, idet selskabsretten kan

---

<sup>125</sup> Jf. Martin Poulsen, 2011.905.

<sup>126</sup> Jf. Præmis 75, C-196/04, *Cadbury Schweppes samt* Anders N. Laursen, ”Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten”, *Den evige udfordring*, 2015, s. 213.

<sup>127</sup> Jf. Anders N. Laursen, ”Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten”, *Den evige udfordring*, 2015, s. 213.

<sup>128</sup> Anders N. Laursen, ”Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten”, *Den evige udfordring*, 2015, s. 214.

<sup>129</sup> C-196/04, *Cadbury Schweppes* samt C-212/97, *Centros*.

tillade sig at blive stående ved formaliteten. I skatteretlig sammenhæng kræves imidlertid noget mere. Med dette ”mere” menes en reel tilstedeværelse, med de hertil relevante faciliteter.<sup>130</sup> Som ovenfor anført, bliver det således afgørende, om et selskab er udtryk for en reel etablering i den konkrete situation, herunder i forhold til det retsområde, der konkret er genstand for prøvelse. Man taler dermed om en transaktion, der er bindende på det civilretlige plan, men som betragtes anderledes, eventuelt helt underkendes på det skatteretlige plan, hvis det kan påvises, at der ikke er realitet i transaktionen. Realiteten går da forud for formaliteten – *substance over form*.

Det kan på baggrund heraf udledes, at arrangementer, der må betegnes som kunstige, som følge af, at de hovedsageligt er båret af ønsket om at spekulere i EU-retten, skal tilsidesættes ud fra misbrugsbetragtninger, selvom betingelserne i det pågældende retsgrundlag formelt set er overholdt. Det er imidlertid vigtigt at have in mente, at disse misbrugsbetragtninger forudsætter, at skatteyderen søger et resultat, der vil være i strid med de påberåbte retsaktens formål.

Afgørelsen illustrerer, udover vurderingen af de objektive omstændigheder af en given etablering eller transaktion, at den kunstige etablering skal være iværksat for at undgå den normalt skyldige nationale skat.<sup>131</sup> EU-Domstolen synes således at forbinde begrebet ”rent kunstigt arrangement” med hensigten om at undgå den normalt skyldige skat. Dette har EU-Domstolen fastslået i en række senere afgørelser, herunder i sag C-231/05, *OY*, vedrørende muligheden for at fradrage tabet fra et ydet bidrag til et andet selskab i koncernen, beliggende i en anden medlemsstat og C-105/07 *Lammers & Van Cleeff*, omhandlende renters omkvalificering til skatteretligt udbytte. I begge afgørelser fastslår EU-Domstolen: ” (...) 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”. EU-Domstolen synes dermed at fortolke begrebet *rent kunstige arrangementer* således, at hensigten med det kunstige arrangement skal være at undgå en skat, der uden arrangementets eksistens ville være realiseret i skatteyderens hjemstat.

Det misbrug, som medlemsstaterne anerkendes at beskytte sig mod, synes således at være kunstig indkomstoverflytning, hvor indkomst, som det retteligt tilkommer én medlemsstat at beskatte,

---

<sup>130</sup> Jf. Erik Werlauff, *Selskabsskatteret*, 2016/17, s. 409.

<sup>131</sup> Jf. præmis 75, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

overføres til en anden medlemsstat.<sup>132</sup> Det karakteristiske for disse situationer er, at den skattepligtige ikke flytter sine aktiviteter og dermed bliver omfattet af skattelovgivningen i en anden medlemsstat, men i stedet søger via kunstige arrangementer at få flyttet en indkomst, som er skattepligtig i én medlemsstat til at fremstå, som om den er skattepligtig i en anden medlemsstat.<sup>133</sup> Medlemsstaternes skattemæssige foranstaltninger til bekæmpelse af dette misbrug skal herefter indrettes, så de på objektivi grundlag, der kan efterprøves af en uafhængig tredjemand, kan anvendes til at vurdere om skatteyderens transaktioner medfører risiko for en sådan indkomstfordeling.<sup>134</sup>

### 4.3 Realitetsbetragtninger

Af de ovenfor gennemgåede betragtninger fra retspraksis, synes EU-Domstolens argumentation at være et udtryk for en samlet kvalifikation af transaktionerne på baggrund af deres økonomiske realiteter. EU-Domstolens misbrugsbegreb anvendes således, med de objektive og subjektive elementer, til at foretage en realitetsvurdering. Såfremt en nærmere efterprøvelse af faktum viser, at der ikke er overensstemmelse mellem; på den ene side, en snæver civilretlig kvalifikation af faktum, som er lagt til grund af skatteyderen, og på den anden side den økonomiske realitet, som den skatteretlige faktumkvalifikation dækker, kan transaktionen tilsidesættes ud fra realitetsbetragtninger. Dette medfører, at tomme og kunstige skattebetingede dispositioner tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i forhold til den modstående realitet. Som betegnelse for disse betragtninger, hvor realiteten går forud for formaliteten, anvendes i den internationale EU-ret *substance over form*.

Centralt i denne sammenhæng er imidlertid, at der eksisterer en væsentlig forskel i de krav der stilles til en given etablerings eller transaktions substans, afhængig af om der er tale om en selskabsretlig (civilretlig) vurdering eller en skatteretlig. En proforma-etablering accepteres imidlertid af EU-retten i selskabsretlig sammenhæng, også selvom motivet for valg af hjemsted til selskabet erkendes at være ønsket om en omgåelse af hjemlige kapitalkrav. Illustrativ i denne sammenhæng er den ovenfor refererede afgørelse C-212/97, *Centros*. En sådan proforma-etablering accepteres derimod ikke af EU-retten i skatteretlig sammenhæng, idet motivet for valg af hjemsted for selskabet gerne må

---

<sup>132</sup> Jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", Den evige udfordring, 2015, s. 220.

<sup>133</sup> Jf. Karsten E. Sørensen, SU 2008.84, s.7.

<sup>134</sup> Jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", Den evige udfordring, 2015, s. 220.

indeholde spekulation i forskellen mellem medlemsstaternes skatteregler, så længe der kan påvises substans og tilstedeværelse. Med andre ord et krav om realitet i etableringen.<sup>135</sup> Dette kommer blandt andet til udtryk i den ovenfor gennemgåede C-196/04 *Cadbury Schweppes*, hvor EU-Domstolen har fastslået, at der skal være en substans i form af lokaler, faciliteter mv. Den frihed der eksisterer i selskabsretten til at anvende postkasseselskaber, anerkendes således ikke i skatteretten, hvor der med rette kræves en vis reel tilknytning. Søger en skatteyder således at flytte et skattetilsvær mellem to medlemsstater vil realitetsvurderingen stille krav om, at den dertilhørende aktivitet ligeledes flyttes fra den ene medlemsstat til den anden. I modsat fald vil skatteyderen blive nægtet at drage fordel af EU-rettens fordele, da transaktionen vil falde ind under betegnelsen rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå en allerede konstateret skyldig skat.<sup>136</sup> Disse betragtninger illustrerer således den forskel, der synes at bestå ved grænsedragningen mellem brug og misbrug af etableringsretten inden for de to retsområder.

#### 4.4 Bevisbyrdefordelingen

Såfremt medlemsstaternes lovgivning på tilstrækkeligt og objektivt grundlag skaber en formodning for, at en given transaktion kan være udtryk for misbrug, skal den skattepligtige have mulighed for at afkræfte denne formodning. Det er imidlertid væsentligt at bemærke, at det i første omgang er medlemsstaterne, der på objektivt grundlag skal konstatere, at der reelt er risiko for misbrug. Illustrativ i denne henseende er sag C-201/05, *Test Claimants in the CFC and dividend Group Litigation*, der i realiteten omhandlede de samme regler, som var genstand for prøvelse i *Cadbury Schweppes*.<sup>137</sup> EU-Domstolen fastslår her, at det var berettiget, at de britiske myndigheder opstillede en objektiv formodningsregel for misbrug og herefter stillede krav til skatteyderne om at afkræfte formodningen.<sup>138</sup> Det er således accepteret af EU-Domstolen, at skatteyderen i disse tilfælde tillægges en forpligtelse til at dokumentere, at arrangementet er reelt og således ikke et udtryk for misbrug. Skatteyderen skal i disse tilfælde afkræfte risikoen, ved at godtgøre, at etableringen faktisk er reel. Skatteyderen skal derimod ikke redegøre for sin hensigt med en given transaktion.<sup>139</sup> Skatteyderens mulighed for at føre et modbevis må ligeledes anses som en dokumentationsret, der pålægges denne

---

<sup>135</sup> Jf. Erik Werlauff, *Selskabsskatteret*, 2019, s. 452.

<sup>136</sup> Jf. Karsten E. Sørensen, SU 2008.84, s. 8.

<sup>137</sup> Jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", *Den evige udfordring*, 2015, s. 221.

<sup>138</sup> Jf. præmis 86, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and dividend Group Litigation*.

<sup>139</sup> Jf. Anders N. Laursen, "Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten", *Den evige udfordring*, 2015, s. 222.

for at sikre, at reelle etableringer og transaktioner ikke underkendes uberettiget. Skatteyderen skal således, i tilfælde, hvor der er formodning om tilstedeværelsen af et rent kunstigt arrangement, uden at være underlagt unødige administrative betingelser, have mulighed for at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til dette arrangement.<sup>140</sup>

Det skal imidlertid bemærkes, at det ikke altid er skattemyndighederne, der har bevisbyrden, idet der er mulighed for, efter omstændighederne, at pålægge skatteyderen bevisbyrden. Væsentligt i denne sammenhæng er det, at skattemyndighederne skal iagttage proportionalitetsprincippet, hvorfor der ikke eksisterer en ubetinget mulighed for medlemsstaterne til at vende bevisbyrden, alene fordi skatteyderen benytter sig af de fordele der følger af EU-retten.<sup>141</sup> Illustrativ i denne sammenhæng er EU-Domstolens betragtninger i sag C-310/09, *ACCOR*. EU-Domstolen fastslår her, at skattemyndighederne i en medlemsstat har ret til at kræve, at skatteyderen fremlægger de beviser, som de finder nødvendige for at kunne bedømme, om de i den omhandlede lovgivning fastsatte betingelser for en skattefordel er opfyldt, og dermed afgøre om den krævede fordel skal godkendes.<sup>142</sup>

Det er imidlertid væsentligt at fremhæve, at denne omvendte bevisbyrde alene kan anvendes i tilfælde, hvor der er en reel risiko for, at der kan ske misbrug. Det er således ikke en generalklausul om omvendt bevisbyrde, men derimod et princip om, at skatteyderen er uskyldig i henhold til misbrug, indtil myndighederne har bevist det modsatte, dog med den undtagelse, at medlemsstaterne må pålægge skatteyderen at bevise, at denne opfylder betingelserne for at modtage en national fordel.<sup>143</sup> Denne mulighed for medlemsstaterne foreligger imidlertid kun i sager som *ACCOR*, hvor en etableringskæde i skatteretlig kontekst kan anvendes til at omgå en konkret truende skattepålægelse. EU-Domstolen har i denne sammenhæng fastslået, at skatteyderen ikke må underlægges unødige administrative byrder, hvorfor der ikke må stilles bestemte formkrav til denne bevisbyrde. Det eneste krav der kan stilles er, at skattemyndighederne i beskatningsmedlemsstaten kan kontrollere, hvorvidt betingelserne for en fordel er opnået.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Jf. COM (2007) 785 endelig, s. 5.

<sup>141</sup> Jf. Karsten E. Sørensen, SU 2008.84, s. 9.

<sup>142</sup> Jf. præmis 82, C-310/09, *ACCOR*, præmis.

<sup>143</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret I, 2013, s. 259.

<sup>144</sup> Jf. Thomas Rønfeldt, Europæisk skatteret I, 2013, s. 259.

## 4.5 Fra en misrugsdoktrin til et generelt princip om forbud retsmisbrug af EU-retten

### 4.5.1 De forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*

EU-Domstolen tager i 6 sager om dansk kildeskat på udbytte og renter stilling til en række præjudicielle spørgsmål. Fælles for sagerne er, at de omhandler situationer, hvor danske selskaber har betalt udbytter eller renter til et moderselskab i en anden medlemsstand, hvor disse udbytter/renter er viderebetalt af EU-moderselskabet til en kapitalfond eller et selskab hjemmehørende i en jurisdiktion uden for EU, som Danmark ikke har haft en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.<sup>145</sup> Det centrale i sagerne er, om udbytte eller renteudbetalingerne har været omfattet af skattefritagelse efter moder-/datterselskabsdirektivet eller rente-/royaltydirektivet, eller om Danmark har været berettiget til at opkræve kildeskat ud fra en betragtning om, at EU-moderselskabet ikke har været den retmæssige ejer (beneficial owner) i rente-/royaltydirektivets forstand, eller der er sket retsmisbrug.<sup>146</sup> EU-Domstolen har forenet henholdsvis sagerne om rentekildeskat (sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16) og sagerne om udbyttekildeskat (C-117/16 og C-117/16, herefter *Beneficial owner*), hvoraf sidstnævnte vil danne grundlag for nærværende analyse. Det vil alene være de elementer, der vedfører EU-Domstolens fortolkning af det EU-retlige misbrugsprincip, der vil være genstand for behandling. Det er indledningsvist væsentligt at bemærke, at Danmark ikke havde implementeret moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse i national ret i det indkomstår, sagerne vedrører.

I henhold til hvorvidt der kræves en specifik national implementering af misbrugsbestemmelsen i moder/datterselskabsdirektivet, fastslår EU-Domstolen, med henvisning til sin egen tidligere praksis, at der eksisterer et almindeligt EU-retligt princip om, at borgere ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på, at muliggøre svig eller misbrug. EU-Domstolen understreger, at det følger af dette princip, at medlemsstaterne skal nægte skatteyderen at drage nytte af de fordele og rettigheder, der er hjemlet i EU-retten, såfremt disse ikke er blevet påberåbt med henblik på at gennemføre målene med disse bestemmelser, men med henblik på at drage nytte af en EU-retlig fordel, selv om betingelserne for indrømmelse af denne fordel alene er opfyldt formelt.<sup>147</sup> Det afgørende for den EU-retlige misbrugsvurdering synes således at være, om formålet med en given bestemmelse er opnået, hvilket stemmer overens med EU-Domstolens synspunkt i sin tidligere

---

<sup>145</sup> Jf. Jan G. Hansen, "Har EU-Domstolen sendt realitetsbetragtningen på pension?" Skat med omtanke, 2019, s. 223 f.

<sup>146</sup> Jf. Jan G. Hansen, "Har EU-Domstolen sendt realitetsbetragtningen på pension?" Skat med omtanke, 2019, s. 224.

<sup>147</sup> Jf. præmis 70-71, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.



praksis, herunder den ovenfor gennemgåede afgørelse i Cadbury Schweppes. Det skal imidlertid bemærkes, at EU-Domstolens domme på dette punkt synes at have historisk betydning, idet moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse nu utvivlsomt er implementeret i dansk ret. Det væsentlige synes imidlertid at ligge i EU-Domstolens brug af ordet ”skal”, da medlemsstaterne således forpligtes til at iagttage misbrugsprincippet, uanset om misbrugsbestemmelserne er implementeret i national ret eller ej. Afgørelsen udgør således et væsentligt fortolkningsbidrag i henhold til det generelle misbrugsprincip. EU-Domstolen fastslår endvidere, at anvendelsen af EU-retten ikke kan udvides til at dække handlinger, der gennemføres med det formål ved svig eller misbrug at drage nytte af de fordele, der er hjemlet i EU-retten.<sup>148</sup> EU-Domstolen understreger, at det EU-retlige misbrugsprincip finder anvendelse, hvad enten de rettigheder og fordele, der er blevet misbrugt, har hjemmel i traktaterne, i en forordning eller i et direktiv. EU-Domstolen stadfæster således sin udtalelse i Kofoed-dommen, hvor EU-Domstolen fastslår, at der eksisterer et generelt princip om misbrug af rettigheder.<sup>149</sup>

Det påhviler de nationale myndigheder og domstole at nægte indrømmelse af de fordele, der er fastsat i moder-/datterselskabsdirektivet, såfremt påberåbelsen heraf sker for at muliggøre misbrug. Interessant er det, at EU-Domstolen i forlængelse heraf konstaterer, at nødvendigheden i at overholde misbrugsprincippet gør det uden betydning for de nationale myndigheders forpligtelse til at nægte indrømmelse af de direktivhjemlede rettigheder, der påberåbes for at muliggøre misbrug, at der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige misbrugsbestemmelser.<sup>150</sup> Det er således uden betydning, at medlemsstaten ikke har indført en national lovhjemmel på tidspunktet for sagernes forelæggelse. EU-Domstolen tillægger hverken generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse eller selskabernes holdepunkter betydning i denne sammenhæng. Genereladvokat Kokott havde i hendes forslag til afgørelse i indeværende sag udtalt, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig misbrugsbestemmelserne, hvis medlemsstaten ikke har gennemført en national implementering. Hun anfører i forlængelse heraf, at en direkte påberåbelse af det almindelige retsmisbrugsprincip i en situation, hvor et direktiv indeholder en specifik misbrugsbestemmelse, ville indebære en fare for, at harmoniseringsformålet med direktivet, og ligeledes andre direktiver, der indeholder konkrete bestemmelser om bekæmpelse af misbrug, ville blive undermineret.<sup>151</sup> Både generaladvokat Kokott

---

<sup>148</sup> Jf. præmis 71, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

<sup>149</sup> Jf. præmis 38, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>150</sup> Jf. præmis 82 og 83, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

<sup>151</sup> Jf. præmis 100, forslag til afgørelse fra Generaladvokat Kokott i sag C-116/16, *Beneficial owner*.

og selskaberne havde herudover henvist til Kofoed-afgørelsen og EU-Domstolens daværende udtalelse om, at retssikkerhedsprincippet er til hinder for, at direktiver i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, og at medlemsstaterne på baggrund heraf ikke kan påberåbe direktiverne over for borgerne.<sup>152</sup> Til dette fastslår EU-Domstolen, at ”*uanset hvad Domstolen udtalte*” i Kofoed-afgørelsen, kan det ikke heraf udledes, at de nationale myndigheder og domstole er forhindret i at indrømme den fordel, der følger af den ret til fritagelse, der er fastsat i direktivet, i tilfælde af misbrug.

EU-Domstolen synes således endegyldigt at begrave ”Kofoed-doktrinen”<sup>153</sup>, hvorefter en medlemsstat, som har inkorporeret regler og rettigheder, der følger af EU-retsakter i national lovgivning, ikke med henvisning til misbrug kan fratage borgerne de rettigheder, som er inkorporeret i den nationale lovgivning – medmindre der i national lovgivning eksisterer en enten skreven eller uskreven hjemmel til at bortse fra misbrugstilfælde.

Interessant i den sammenhæng er, at EU-Domstolen begrundet sit synspunkt med, at den berørte borger ikke pålægges en forpligtelse efter direktivet, hvis medlemsstaten på grund af svig eller misbrug nægter borgeren de fordele, der følger af direktivet. Det er blot en konsekvens af, at de objektive betingelser for opnåelsen af den tilstræbte fordel, som er fastsat i det nævnte direktiv, for så vidt angår denne ret, alene er opfyldt formelt.<sup>154</sup> På baggrund heraf må det konstateres, at EU-Domstolen har udvidet det generelle EU-retlige misbrugsprincip anvendelsesområde, således det nu også gælder på de harmoniserede områder. Afgørende for misbrugsvurderingen bliver således ikke længere om medlemsstaten har implementeret en misbrugsbestemmelse eller ej, men alene om det konkrete forhold er et udtryk for misbrug af EU-retten.

Hvad angår den nærmere fastsættelse af indholdet i misbrugsbegrebet, fremkommer EU-Domstolen ligeledes med fortolkningsbidrag til, hvilke elementer der udgør retsmisbrug og på hvilken måde det kan påvises, at disse elementer foreligger. EU-Domstolen synes i afgørelsen at definere misbrug ved hjælp af såvel objektive omstændigheder som et subjektivt element, nøjagtigt som det var tilfældet i Emsland-Stärke og Cadbury Schweppes. EU-Domstolen fremhæver, at det er ”*undersøgelsen af disse sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør*

---

<sup>152</sup> Jf. præmis 42, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>153</sup> jf. Anders N. Laursen, SR 2019.324, s. 7.

<sup>154</sup> Jf. præmis 91, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner* samt Niels Winther-Sørensen SR.2019.174, s. 2.

*misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel.*<sup>155</sup> Et bevis for retsmisbrug kræver således, at der påvises et sammenfald af objektive omstændigheder, der viser, at formålet med en EU-retlig regel ikke er opnået og en hensigt om, at drage fordel af den EU-retlige regel ved kunstigt at skabe de fornødne betingelser for at opnå fordel.

EU-Domstolen præciserer, at følgende elementer kan medføre, at et arrangement anses for kunstigt og dermed udgør misbrug; hvis strukturen i en koncern ikke afspejler den økonomiske realitet, har en struktur der er rent formel, og har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse.<sup>156</sup> I forlængelse fastslår EU-Domstolen, at dette ”navnligt” er tilfældet, hvis betalingen af udbytteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en gennemstrømningsenhed mellem det selskab, som udlodder udbyttet, og det selskab, som er udbyttets retsmæssige ejer.<sup>157</sup> EU-Domstolen anfører, at dette er tilfældet såfremt det modtagne udbytte i sin heldhed eller stort set i sin heldhed, ganske kort tid efter modtagelse heraf videregives af det selskab, som har modtaget det, til enheder der ikke opfylder betingelserne i direktivet.<sup>158</sup> Herudover skaber det en formodning for misbrug, hvis det selskab der modtager udbyttet, skal videregive dette udbytte til et tredje selskab, som ikke opfylder betingelserne for at anvende direktivet, idet dette indskudte selskab således alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst.<sup>159</sup> EU-Domstolen fastslår, at den faktiske manglende aktivitet i det potentielle gennemstrømningselskab skal vurderes på baggrund af samtlige relevante elementer vedrørende blandt andet driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale som selskabet beskæftiger, samt de lokaler og det udstyr som det råder over. Det synes nærlæggende at antage, at EU-Domstolen her har haft ”postkasse”- eller ”skærm”-selskaber i tankerne.<sup>160</sup> Selskaber med en sådan begrænset eller tilnærmelsesvis ingen aktivitet har EU-Domstolen, som det fremgår af ovenstående, også i sin tidligere praksis tillagt øget

---

<sup>155</sup> Jf. præmis 98, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

<sup>156</sup> Jf. præmis 100, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

<sup>157</sup> Jf. præmis 100, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

<sup>158</sup> Jf. præmis 100-101, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner* samt Niels Winther-Sørensen SR 2019.174, s. 3.

<sup>159</sup> Jf. præmis 103, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

<sup>160</sup> Jf. Søren N. Jensen, ”*Ligningslovens § 3 i lyset af sagerne C-116/16 og C-117/16 samt C-155/16 mfl.*”, Skat med omtanke, 2019, s. 327.

opmærksomhed.<sup>161</sup> Endvidere kan det tale for, at der foreligger et kunstigt arrangement, hvis selskabet mangler beføjelse til at råde økonomisk over det modtagne udbytte. Denne manglende beføjelse kan ud over at være et resultat af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser også være begrundet i at selskabets ”*substantielt*” ikke har beføjelserne. Endelig fastslår EU-Domstolen, at sådanne holdepunkter i øvrigt kan bestyrkes hvis selskabet er etableret som følge af en ny skattelovgivning med det formål at undgå en beskatning som følge af denne nye lovgivning.<sup>162</sup> Henset til sidstnævnte synes dette at stemme overens med generaladvokat Kokotts betragtninger i hendes forslag til afgørelse i Kofoed, hvor hun understreger, at det skaber en formodning for misbrug, at parterne handlede med viden om den nært forestående ændring af den dansk-irske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der ikke var mulighed for en skattefritagelse for de udbytter, der tilfaldt Kofoed og dennes partner.<sup>163</sup> En holdning EU-Domstolen i samme afgørelse tilslutter sig.<sup>164</sup>

Med disse holdepunkter, synes EU-Domstolen at bidrage med væsentlige elementer til sondringen mellem på den ene side velbegrundede kommercielle grunde, der afspejler den økonomiske virkelighed, og på den anden side misbrug af EU-retten. Sagt med andre ord synes EU-Domstolen at bidrage med væsentlige betragtninger til grænsedragningen mellem brug og misbrug af EU-rettens frihedsrettigheder. Betragtninger der tjener som fortolkningsbidrag, når medlemsstaterne skal fastslå hvorvidt et arrangement skal anses for kunstigt og dermed udtryk for retsmisbrug. Det er tydeligt, at EU-Domstolen lægger afgørende vægt på den økonomiske realitet frem for den formelle realitet. Dette kommer blandt andet til udtryk ved, at det i forbindelse med vurderingen af, om en disposition er kunstig, er nødvendigt at forholde sig til, om en koncernstruktur er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, om selskaber i koncernerne ”substantielt” er beføjet til at råde over udbytter mv., eller om selskaber blot er ”gennemstrømningsselskaber”.<sup>165</sup>

Henset til bevisbyrdeforholdet konstaterer EU-Domstolen, at det i første omgang påhviler de selskaber, der ønsker at opnå den fritagelse for kildeskat efter direktiverne, at godtgøre at de opfylder

---

<sup>161</sup> Jf. Præmis 64, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>162</sup> Jf. præmis 104-106, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner* samt Erik Banner-Voigt, SR 7.2019.58, s. 6

<sup>163</sup> Jf. præmis 59, forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott forslag i C-321/05, *Kofoed*.

<sup>164</sup> Jf. præmis 39, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>165</sup> Jf. Jan G. Hansen, ”*Har EU-Domstolen sendt ”realitetsgrundsætningen” på pension?*”, Skat med omtanke, 2019, s. 233.

de objektive betingelser herfor. Såfremt en myndighed herefter vil gøre retsmisbrug gældende, påhviler det denne myndighed, at godtgøre, at de elementer, som udgør et sådant misbrug, foreligger ved at tage hensyn til samtlige relevante forhold.<sup>166</sup>

Til trods for, at EU-Domstolen går en anden vej og synes at afsige domme, der reelt er uden sammenhæng med generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i de forenede sager C-116/16 og C-117/16, *Beneficial owner*, synes Kokott alligevel at belyse særligt ét centralt forhold. Kokott understreger i sit forslag til afgørelse, at etableringsfriheden omfatter valget af den medlemsstat, der giver virksomheden de, ud fra dennes overbevisning, bedste skatteretlige rammer. En eventuel lav beskatning eller ikke-beskatning, er en konsekvens af den enkelte stats skattemæssige autonomi.<sup>167</sup> Hun fastslår i forlængelse heraf, at når en indbyrdes skattekonkurrence medlemsstaterne imellem er tilladt i henhold til EU-retten på grund af den manglende harmonisering af indkomstskatterne, kan det ikke lægges skatteyderen til last, at denne faktisk gør brug af de fordele, der er forbundet med etablering i konkrete medlemsstater.<sup>168</sup> Kokotts betragtninger synes at være af helt afgørende betydning for indeværende problemstilling, idet hun netop konstaterer at medlemsstaternes forskellige skatteregler, på grund af den manglende harmonisering på området for de direkte skatter, udgør grundlaget for at skatteyderne ikke blot har mulighed for at bruge disse fordele, men tillige mulighed for at misbruge dem. EU-Domstolen gentager imidlertid denne konstatering i sin afgørelse, men fastslår i forlængelse heraf, at den ret som skatteyderne har til at drage fordel af medlemsstaternes indbyrdes skattekonkurrence på grund af den manglende harmonisering, ikke er til hinder for, anvendelsen af det generelle princip om forbud mod misbrug.<sup>169</sup> Det interessante i disse betragtninger er imidlertid, at medlemsstaternes modvilje til at afgive suverænitet i forhold til direkte skatter, synes at være en af årsagerne til, at EU-Domstolen, og ikke medlemsstaterne selv, bliver den endegyldige myndighed til at fastlægge de ydre grænser for de nationale værneregler. Disse betragtninger vil være genstand for en nærmere diskussion i afsnit 6.

#### **4.6 Sammenfattende om det EU-retlige misbrugsprincip**

På baggrund af den ovenfor gennemgåede praksis fra EU-Domstolen kan det sammenfattende udledes, at der gælder ét EU-retligt princip om misbrug af rettigheder. Dette retsprincip udgør en

---

<sup>166</sup> Jf. præmis 116 og 117, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

<sup>167</sup> Jf. præmis 71, forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i sag C-116/16, *Beneficial owner*.

<sup>168</sup> Jf. præmis 71, forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i sag C-116/16, *Beneficial owner*.

<sup>169</sup> Jf. præmis 80, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

uskreven undtagelse fra nydelsen af de fordele der som hovedregel tilfalder borgerne efter EU-retten. Dette princip finder anvendelse, når det på baggrund af objektive betingelser kan konstateres, at der foreligger misbrug. Når der henvises til de objektive betingelser, er det en konstatering af, at formålet med de pågældende fællesskabsbestemmelser ikke synes reel forfulgt, dette til trods for, et sådant formål formelt er opfyldt. En forudsætning for påberåbelse af misbrugsprincippet er udover de objektive forhold, at der eksisterer et subjektivt element, bestående i hensigten om, at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne til undgåelse af en normalt skyldig skat.

EU-Domstolen har i sin seneste afgørelse i *Beneficial owner* sagerne slået fast, at der selv uden national hjemmel gælder et generelt misbrugsprincip i EU-retten, som forpligter de nationale skattemyndigheder og domstole til at nægte fordelene i direktiverne, hvis der konstateres misbrug. Misbrugsprincippet finder således, på EU-rettens nuværende udviklingstrin, anvendelse hvad enten der konstateres misbrug inden for de harmoniserede områder (direktiverne) eller på området for de ikke-harmoniserede direkte skatter. Henset til EU-Domstolens tidligere praksis, herunder navnlig *Kofoed* afgørelsen, er der således sket en væsentlig udvidelse af misbrugsprincippets anvendelsesområde, idet det ikke længere begrænses af, at området er direktivdækket. Det er i den sammenhæng væsentligt at understrege, at der i forhold til afslag på direktivfordelene ikke er tale om, at der indføres en forpligtelse i henhold til direktiverne, men at det blot er en konsekvens af, at de objektive betingelser for, at opnå den ønskede fordel alene er opfyldt formelt.<sup>170</sup> Med denne formulering synes EU-Domstolen bevidst at komme uden om princippet om, at direktivbestemmelser, der ikke er implementeret i national ret, alene har direkte vertikal virkning, hvorfor de ikke skaber pligter for borgerne, jf. afsnit 1.4.2.

EU-Domstolens argumentation i *Beneficial owner* sagerne giver anledning til at diskutere, hvorvidt de direktivhjemlede misbrugsbestemmelser stadig har en selvstændig betydning. Dette synes imidlertid at kunne besvares benægtende, idet EU-Domstolen nu enegyldigt har slået fast, at der eksisterer et ubetinget princip om forbud mod retsmisbrug. En direktivhjemlet misbrugsbestemmelse skaber endvidere ikke større mulighed for beskyttelse end det EU-Domstolen allerede har anerkendt. Misbrugsbestemmelserne kan derimod bidrage til de nationale myndigheders vurdering af misbrug og rent kunstige arrangementer. I relation hertil, vil der i afsnit 6 være en nærmere diskussion af

---

<sup>170</sup> Jf. præmis 91, de forenede sager C-116/16 og C-116/17, *Beneficial owner*.

direktivernes misbrugsbestemmelser og hvordan disse, på EU-rettens nuværende udviklingstrin, synes at være overflødige.

#### 4.6.1 Ét fælles EU-retligt misbrugsprincip

EU-Domstolen har i flere afgørelser fastslået, at misbrugsbestemmelser i direktiverne afspejler et EU-retligt princip om forbud mod retsmisbrug.<sup>171</sup> Med denne formulering synes det nærliggende at antage, at bekæmpelse af misbrug har samme rækkevidde på det direktivdækkede område, som på området for den primære EU-ret. Med formuleringen ”*et fælles EU-retligt princip*”, synes det indlysende, at det gælder med samme styrke på forskellige områder, idet der i modsat fald ikke ville være tale om ét fælles princip.<sup>172</sup> Illustrativ i denne sammenhæng er ligeledes EU-Domstolens afgørelse i C-6/16, *Eqiom og Enka*, omhandlende franske værneregler ved udlodning af udbytte til selskaber, som ultimativt var ejet fra tredjelande. I afgørelsen fastslår EU-Domstolen, at formålet med bekæmpelse af skatteunddragelse og skattesvig har samme rækkevidde, hvad enten det påberåbes i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet eller som en begrundelse for en hindring af den primære EU-ret.<sup>173</sup>

Der synes imidlertid ikke at kunne fremsættes overbevisende argumenter for, at der skulle være forskel på indholdet af det EU-retligt misbrugsprincip alt efter hvilket retsområde det skal finde anvendelse på.<sup>174</sup> Dette illustreres ligeledes ved, at EU-Domstolen krydshenviser mellem sager omhandlende direkte skatter, indirekte skatter og eksportrestitution ved redegørelsen for indholdet af misbrugsprincippet.<sup>175</sup> Medlemsstaterne skal således iagttage al praksis fra EU-Domstolen, som omhandler fastlæggelsen af det EU-retlige misbrugsprincip, ved den nærmere anvendelse i national ret. Ud fra disse holdepunkter må det konstateres, at der gælder ét misbrugsprincip, som EU-Domstolen er i gang med at fastlægge rækkevidden af.

---

<sup>171</sup> Jf. blandt andet præmis 38, C-321/05, *Kofoed*.

<sup>172</sup> Jf. Martin N. Laursen, SR 2017.315, s. 6.

<sup>173</sup> Jf. præmis 64, C-6/16, *Eqion og Enka*.

<sup>174</sup> Jf. Dennis R. Jensen, ”*Misbrugsprincippet*”, Den evige udfordring, 2015, s. 76.

<sup>175</sup> Jf. blandt andet præmis 64, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, hvor EU-Domstolen henviser til C-110/99, *Emsland-Stärke* (eksportrestitution) og C-255/02, *Halifax* (direkte skatter). Ligeledes Dennis R. Jensen ”*Misbrugsprincippet*”, Den evige udfordring, 2015, s. 77.

## 5. Konklusion

Formålet med nærværende afhandling har været at trække en grænse mellem lovlig traktatbeskyttet skatteplanlægning og ulovlig skatteplanlægning, der er udtryk for misbrug af traktaten. Som støtte for denne grænsedragning har afhandlingen søgt at fastlægge det nærmere indhold af det EU-retlige misbrugsbegreb, herunder det lovhjemlede misbrugsbegreb, der følger af de sekundære retsakter, samt det EU-Domstolsskabte misbrugsprincip.

For så vidt angår misbrug af traktatens frihedsrettigheder, herunder navnlig etableringsfriheden, kan det på baggrund af ovenstående konkluderes, at skattehensyn er lovlige hensyn. Det er således ikke misbrug, at skatteyderen gør brug af de fordele, der er forbundet med etablering i konkrete medlemsstater. Etableringsfriheden omfatter valget af den medlemsstat, der giver den pågældende virksomhed de, ud fra dennes synspunkt, bedste skatteretlige rammer. Illustrativ i denne sammenhæng er blandt andet Cadbury Schweppes. Det kan heraf konkluderes, at den omstændighed, at en skatteyder har til hensigt at drage fordel af en fordelagtig skattelovgivning, der er gældende i en anden medlemsstat end den, hvor skatteyderen er hjemmehørende, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at statuere misbrug og dermed fratage skatteyderen muligheden for at påberåbe sig traktatens bestemmelser. I skatteretlig sammenhæng overskrides grænsen mellem brug og misbrug af denne etableringsret imidlertid, hvis etableringen savner en reel tilstedeværelse. Skatteretten stiller således krav til, at etableringen ikke er kunstig i forhold til den faktiske aktivitetsudøvelse. Henset til den generelle grænsedragning mellem brug og misbrug af traktatens frihedsrettigheder, kan det konkluderes, at den skal søges i lyset af formålet med den frihedsrettighed, der konkret forfølges, jf. Cadbury Schweppes.

Henset til misbrugsbegrebet kan det af den gennemgåede praksis fra EU-Domstolen konstateres, at målet om bekæmpelse af misbrug har samme anvendelsesområde, hvad enten det er påberåbt i henhold til et harmoniseret område, det vil sige gennem direktiverne eller som begrundelse for tilsidesættelse af den primære EU-ret.

EU-Domstolens praksis har således udviklet misbrugsbegrebet fra at være en misbrugsdoktrin, til at være et generelt princip om forbud mod retsmisbrug af EU-retten. Kofoed er den første afgørelse, hvor EU-Domstolen udtrykkeligt anerkender, at den direktivfæstede misbrugsbestemmelse afspejler det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug. EU-Domstolen har i sin



efterfølgende praksis bekræftet, at dette generelle princip gælder. EU-Domstolen har senest stadfæstet dette i sin afgørelse i *Beneficial owner* sagerne, hvor EU-Domstolen fastslår, at det følger af fast retspraksis, at der findes et almindeligt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på, at muliggøre svig eller misbrug.

Det kan således konkluderes, indholdet af det direktivhjemlede misbrugsbegreb ikke adskiller sig fra det EU-retlige misbrugsprincip. Uanset dette sammenfald, var retstilstanden forinden EU-Domstolens afgørelse i *Beneficial owner* sagerne den, at såfremt der eksisterede en direktivhjemlet misbrugsbestemmelse, kunne medlemsstaterne ikke med henvisning til det generelle EU-retlige misbrugsprincip fratage skatteyderen de rettigheder der følger af EU-retten, medmindre der i national ret eksisterede en enten skreven eller uskreven hjemmel til, at bortse fra misbrugstilfælde. Med EU-Domstolens seneste afgørelse i *Beneficial owner* sagerne har EU-Domstolen nu slået fast, at der selv uden national hjemmel gælder et generelt misbrugsprincip i EU-retten, som forpligter medlemsstaterne at nægte fordelene i direktiverne, hvis der konstateres misbrug. Påberåbelse af det generelle misbrugsprincip begrænses således ikke længere af, at området er direktivdækket.

For så vidt angår den nærmere vurdering af, om der foreligger retsmisbrug, kan det på baggrund af EU-Domstolens udtalelse i *Cadbury Schweppes* konkluderes, at der foreligger misbrug når adfærden består i *oprette kunstige arrangementer*, der ikke indeholder nogen *økonomisk realitet*, med henblik på at *undgå den normalt skyldige skat*. Med EU-Domstolens udtalelse i *Kofoed*, kan det endvidere konkluderes, at der foreligger misbrug, når en transaktion foretages for at afværge en allerede konstateret skattepligt. Det er således denne efterfølgende transaktion, der kan underkendes som misbrug, idet den udelukkende foretages for at undgå en normalt skyldig skat.

Af den ovenfor gennemgåede praksis kan det ligeledes konkluderes, at EU-Domstolen anvender den samme togrenede misbrugstest, også benævnt ”kunstighedsprøve” (*principal purposes test*) hvad enten misbruget påberåbes efter en direktivhjemlet misbrugsbestemmelse eller efter det generelle misbrugsprincip. Denne togrenede misbrugstest består imidlertid af et objektive element, hvorved det undersøges om det formål fællesskabsbestemmelserne forfølger ikke er opnået, selvom betingelserne i disse formelt er overholdt og et subjektivt element, bestående i hensigten om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. Begge elementer skal således være opfyldt førend EU-Domstolen statuerer misbrug. Henset til den

objektive test skal det afgøres på baggrund af sådanne kriterier, der kan efterprøves af en tredjemand, som for eksempel graden af den fysiske eksistens.

Det kan endvidere konkluderes, at EU-Domstolen alene anvender denne kunstighedsprøve som en begrænsende undtagelse til det klare udgangspunkt om traktatens ret til fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i det indre marked. Det kommer blandt andet til udtryk ved, at det er medlemsstaten, eventuel med EU-Domstolens test, der i sidste ende skal løfte bevisbyrden for, at arrangementet kan tilsidesættes som værende misbrug. Denne bevisbyrde skal løftes konkret, idet det er uforeneligt med proportionalitetsprincippet og EU-retten, såfremt medlemsstaten anvender generelle kriterier, hvorved formodninger om misbrug kommer den enkelte skatteyder til last. jf. *Leur-Bloem*. Restriktioner af traktatens rettigheder kan således alene opretholdes såfremt de specifikt har til formål at hindre rent kunstige arrangementer. EU-Domstolen stiller hermed krav om, at der foretages en case-by-case vurdering.

Disse konstateringer illustrerer en væsentlig nuance mellem selskabsretten og skatteretten, idet EU-Domstolen har fastslået, at en proforma-etablering accepteres af selskabsretten, jf. *Centros*. Anderledes forholder det sig når skatteretten skal fastlægge grænsen mellem brug og misbrug. Her må grænsen drages ud fra hvorvidt der er realitet i etableringen, idet motivet for valg af etablering som anført, gerne må indeholde spekulation i forskellen mellem medlemsstaternes skatteregler, så længe der samtidig kan påvises substans og tilstedeværelse. Skatteretligt gælder således *substance over form* i de tilfælde hvor skatteyderen har foretaget en transaktion, der opfylder de civilretlige formaliteter, men hvor der ikke eksisterer tilstrækkelig skatteretlig substans til at påvise, at transaktionen ikke alene er båret af ønsket om at spekulere i EU-retten.

På baggrund heraf kan det således konkluderes, at grænsen mellem lovlig skatteplanlægning og ulovlig skatteplanlægning, der er et udtryk for misbrug af traktaten må drages, hvor skatteyderen søger at flytte et skattetilsvær mellem to medlemsstater, uden den dertilhørende aktivitet ligeledes flyttes, idet transaktionen således vil falde ind under betegnelsen rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå en allerede konstateret skyldig skat. På det generelle plan må det anføres, at transaktioner karakteriseres som misbrug, når det på baggrund af de subjektive og objektive elementer kan konstateres, at der er risiko for misbrug. Konstateres et sådant misbrug vil det medføre, at de skattebetingede dispositioner tilsidesættes, så beskattningen i stedet foretages i forhold til den

modstående realitet. Sagt med andre ord, forsvinder traktatens beskyttelse ved disse arrangementer, idet det følger af det EU-retlige misbrugsprincip, at ingen kan gøre EU-retten gældende med henblik på at muliggøre svig eller misbrug.

## 6. Bekæmpelse af misbrug kræver vidtgående harmoniseringstiltag

Formålet med Traktatens frihedsrettigheder er at realisere det indre marked, som i artikel 26, stk. 2 EUF er defineret som ”et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaten”. Hensigten om at medlemsstaterne skal betragte EU som ét stort hjemmemarked, er imidlertid – i skatteretlig henseende – en illusion. Dette skyldes blandt andet, den manglende harmonisering på området for de direkte skatter. Fra medlemsstaternes perspektiv er EU opdelt i 28 forskellige skattejurisdiktioner, med dertilhørende forskellige skattegrundlag, hvilket er uforeneligt med ønsket om ”et område uden indre grænser”. I et egentlig indre marked ville muligheden for international dobbeltbeskatning ikke eksistere, ej heller ville den skatteretlige sondring mellem fuldt og begrænset skattepligtige. Det er hertil væsentligt at bemærke, at risikoen for at skatteyderne misbruger EU-retten til at opnå uretmæssige skattefordele, i realiteten kun eksisterer på grund af disse forskelle mellem medlemsstaternes skattestruktur.<sup>176</sup> Det er i den sammenhæng centralt at fremhæve, at EU-Domstolens praksis synes at understøtte frihedsrettighederne, ud fra en betragtning om, at skatteretten inden for EU ikke er harmoniseret, hvorfor skatteyderne har frie rammer til at benytte sig af en fordelagtig skattelovgivning i en medlemsstat via traktatens frihedsrettigheder, bortset fra de tilfælde, hvor der er tale om rent kunstige arrangementer.

Disse betragtninger synes Generaladvokat Kokott ligeledes at belyse i hendes forslag til afgørelse i C-116/16, *Beneficial owner*, hvor hun udtaler ”En sådan eventuel reel lav beskatning eller ikke-beskatning er en konsekvens af den enkelte stats skattemæssige autonomi. Når en indbyrdes skattekonkurrence medlemsstaterne imellem inden for Unionen er tilladt i henhold til EU-retten på grund af den manglende harmonisering af indkomstskatterne, kan det ikke lægges en skattepligtig til last, at denne også i realiteten (dvs. ikke kun på papiret) rent faktisk gør brug af de fordele, der er forbundet med etablering i konkrete medlemsstater”<sup>177</sup> De skattemæssige forudsætninger for misbrug synes således at eksistere på grund af de skatteretlige strukturfordele, herunder navnlig de store forskelle på skatteprocenterne medlemsstaterne imellem samt de forskellige regler i forbindelse med opgørelsen af skattebasen. Dette stemmer i realiteten overens med EU-Domstolens holdning i den selskabsretlige afgørelse, *Centros*. Her fastslod EU-Domstolen, at så længe EU ikke har harmoniseret

---

<sup>176</sup> Jf. Anders N. Laursen, ”Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten”, *Den evige udfordring*, 2015, s. 206 f.

<sup>177</sup> Jf. præmis 71, forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott, C-116/16, *Beneficial owner*.

ApS-forskrifterne, må medlemsstaterne finde sig i, at der planlægges efter det lands ApS-lovgivning, der forekommer mest attraktivt.<sup>178</sup> På samme måde må medlemsstaterne, så længe selskabsskatten ikke er harmoniseret, finde sig i, at skatteyderne benytter sig af denne indbyrdes forskel der eksisterer mellem medlemsstaterne i mellem.

Bekæmpelse af misbrug synes dermed at forudsætte en indsats til neutralisering af disse skatteretlige strukturforskelle, da misbrug vil fortsætte med at finde nye former og udtryk indtil disse er neutraliseret. Misbrug af skatteretten kan dermed siges at følge ”det rindende vands princip” – når EU-Domstolen får dæmmet op ét sted, finder skattespekulanterne et nyt hul i værnet ganske som strømmen i et vandløb.<sup>179</sup> Retsordenens tilsidesættelser af misbrug, hvad enten denne sker på grundlag af domstolsskabte normer eller positiv værnslovgivning vil så længe, der eksisterer strukturforskelle, blot lede til nye former for misbrug, der enten tilsidesættes eller opretholdes af EU-Domstolen og herefter afføder en ny værnsregel. Omgåelse og misbrug vil således uvægerligt altid finde nye former og udtryk. Enhver imødegåelse ved en retlig påkendelse eller ved efterfølgende værnslovgivning, vil derfor indeholde kimen til en ny omgåelse og dermed nyt misbrug.<sup>180</sup> Ønsket om opnåelse af et fælles indre marked synes således, at skulle realiseres via mere vidtgående harmoniseringstiltag på området for direkte skatter. En sådan harmonisering af beskatningen vil netop være et effektivt værn mod skattemisbrug<sup>181</sup>, da det vil sætte ”det rindende vands princip ud af kraft”. I hvert fald når man taler misbrug inden for Unionen. Det må imidlertid formodes, at der vil være en risiko for, at misbrug blot skubbes et led længere ud, hvorfor der skabes risiko for misbrug af dobbeltbeskatningsaftalerne. Denne diskussion skal ikke forfølges i nærværende. Henset det misbrug, der eksisterer inden for Unionen synes en harmonisering som ovenfor fremført at aflive de incitament og muligheder, som eksisterer for tilrettelæggelse af skattebetingende arrangementer.

Det skal hertil bemærkes, at den harmonisering, der på nuværende tidspunkt eksisterer på området for direkte skatter, alene udgør minimumsharmonisering. Denne harmonisering udspringer af minimumsdirektiver, som fastsætter nogle minimumsstandarder for medlemsstaternes skatteregler. Direktiverne fastsætter således ingen grænser for medlemsstaternes mulighed for at indføre andre (parallelle) regler, når blot direktivets implementering er korrekt og i overensstemmelse med

---

<sup>178</sup> Jf. Nikolaj Vintherog, TfS 2006.603.

<sup>179</sup> Jf. Jan Pedersen, 2017, Djøfbladet.

<sup>180</sup> Jf. Jan Pedersen, ”Omgåelse og misbrug i skatteretten”, Den evige udfordring, 2015, s. 124.

primærretten.<sup>182</sup> Ønsket om mere vidtgående harmoniseringstiltag vil imidlertid fortsat være forhindret af medlemsstaternes nationale suverænitet.

## **6.1 EU's nyeste harmoniseringstiltag – ATA-direktivet**

Som ovenfor anført, har EU i 2016 vedtaget ATA-direktivet, hvis implementering havde frist den 31. december 2018. Fra den 1. januar 2019 har der således eksisteret en lovhjemlet GAAR, hvis formål er at bekæmpe misbrug og dække huller, hvorfor dens anvendelse som udgangspunkt ikke påvirker anvendelsen af specifikke regler om bekæmpelse af misbrug.<sup>183</sup> Med andre ord fungerer GAAR'en som et supplement til de øvrige specifikke bestemmelser og finder anvendelse, hvor disse ikke gør.

Denne generelle misbrugsbestemmelse udgør ligeledes en minimumsbestemmelse, hvorfor det også her står medlemsstaterne frit for at etablere en strengere implementering.<sup>184</sup> Det er naturligvis en forudsætning, at medlemsstaterne holder sig inden for primærrettens rammer, hvormed forstås traktaterne og de grundlæggende frihedsrettigheder. GAAR'en er imidlertid rettet mod internationale forhold, men vil også være anvendelig for rent nationale dispositioner. Herved sikres en nødvendig harmonisering, men samtidig må det forventes – hvis der anvendes en identisk ordlyd i national implementering – at det vil medføre et krav om EU-konform fortolkning af begreberne i tråd med EU-Domstolens praksis. EU-Domstolen bliver således kompetent til at prøve rent nationale spørgsmål, der intet har at gøre med det indre markeds forhold. Hermed synes selve traktatens grundsætning, om bevarelse af den nationale kompetence på området for de direkte skatter, at blive undergravet.<sup>185</sup>

Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at medlemsstaternes adgang til at fastsætte (strengere) værneregler, må forventes at medføre forskellige udformninger medlemsstaterne imellem. Minimumsdirektivet synes således at skabe nye muligheder for flere nye og komplekse værneregler, idet en del af den kompleksitet, som de nuværende 28 nationale regelsæt giver anledning til fortsat vil eksistere. ATA-Direktivet synes således at udgøre endnu et forgæves forsøg på, at udforme en generel misbrugsbestemmelse, hvis indhold fortsat skal fortolkes af EU-Domstolen.

---

<sup>182</sup> Jf. Peter K. Schmidt, SU 2017.83, s. 2.

<sup>183</sup> Jf. præambel 11, ATA-direktivet.

<sup>184</sup> Jf. Jan Pedersen, RR 2017.07.46, s. 9.

<sup>185</sup> Jf. Niels W.-Sørensen, SR.2019.174, s. 9.

Henset til det nærmere indhold af GAAR'en er det allerede belyst, at den generelle misbrugsbestemmelse i et vist omfang er inspireret af EU-Domstolens praksis vedrørende det EU-retlige misbrugsprincip, herunder navnlig den domstolsskabte kunstighedsprøve. Det skal imidlertid bemærkes, at EU-Domstolen anvender terminologien *kunstig*, hvorimod der i GAAR'en er anvendt *ikke reel*. Hvorvidt EU-Domstolens praksis vedrørende det generelle EU-retlige princip således kan indfortolkes i relation til den direktivfæstede misbrugsbestemmelse er indtil videre uafklaret, herunder henset til det forskellige ordvalg – realitet vs. kunstig.<sup>186</sup> Uanset det nærmere indhold af ATA-direktivets generelle misbrugsbestemmelse, giver EU-Domstolens retspraksis, herunder navnlig Beneficial owner sagerne, anledning til at overveje, hvorvidt generelle værneregler mod misbrug tjener noget selvstændigt formål, idet værnet allerede følger af det EU-retlige misbrugsprincip. Det er tænkeligt, at ATA-direktivet og den deri hjemlede GAAR skaber en vis form for retssikkerhed for skattesubjekterne og medlemsstaterne. Det er imidlertid ikke en diskussion, der skal forfølges nærmere her, idet EU-Domstolen allerede har fastslået, at retssikkerhedsprincippet ikke berører forpligtelsen for alle medlemsstater til at nægte indrømmelse af EU-rettens fordele, i tilfælde af svig og misbrug.<sup>187</sup>

Generaladvokat Kokott udtaler da også i hendes forslag til afgørelse i Beneficial owner sagerne, at såfremt man tillod en direkte anvendelse af en almindelige retsgrundsætning, hvis indhold er langt mindre klart og præcist, ville der være fare for, at harmoniseringsformålet med direktiver, der indeholder konkrete bestemmelser om bekæmpelse af misbrug, ville blive undermineret.<sup>188</sup> Det er netop hvad EU-Domstolen synes at have gjort i Beneficial owner sagerne – at have undermineret formålet med direktiverne, idet de indeholder en misbrugsbestemmelse, som efter sin ordlyd forudsætter en national gennemførelse. Med EU-Domstolens konstatering af, at påberåbelse af det EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug gælder ubetinget, synes direktivernes selvstændige betydning i forhold til bekæmpelse af misbrug således at være undermineret.

## **6.2 Derfor kræver bekæmpelse af misbrug mere vidtgående harmoniseringstiltag**

Som ovenfor anført udgør både ATA-direktivet og de øvrige harmoniseringstiltag på området for de direkte skatter minimumsdirektiver. Som det ligeledes er anført ovenfor, medfører dette mulighed for

---

<sup>186</sup> Jf. Jakob Bundgaard, SU 2018.173, s. 4.

<sup>187</sup> Jf. præmis 86 og 90, de forende sager C-116/16 og C-117/16, *Beneficial owner*.

<sup>188</sup> Jf. præmis 100, forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott, i C-116/16, *Beneficial owner*.

28 forskellige implementeringer af de direktivfæstede misbrugsbestemmelser, herunder navnlig den generelle opsamlingsbestemmelse – GAAR'en. Der eksisterer således fortsat strukturelle forskelle mellem medlemsstaterne, som fortsat skaber incitament til misbrug. Derudover kan det på baggrund af ovenstående anføres, at direktivernes misbrugsbestemmelser er betinget af, at EU-Domstolen anerkender deres nærmere indhold. Det nærmere indhold af misbrugsbegrebet synes således ikke, på EU-rettens nuværende udviklingstrin, at kunne udledes af de sekundære retsakter, idet disse alene udgør en kodificering af primærretten. EU-lovgivers forsøg på at imødekomme misbrug gennem minimumsharmonisering, ud fra en holdning om at de i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at nå deres mål,<sup>189</sup> synes imidlertid at være et forgæves forsøg, idet målet netop ikke er nået. Misbrug eksisterer fortsat, og det samme gør usikkerheden af misbrugsbestemmelsernes nærmere indhold.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at det er almindelig anerkendt, at traktaten skal sikre det indre marked indtil EU har totalharmoniseret området. Når et retsområde er totalharmoniseret via de sekundære retsakter, vil traktatens anvendelse ikke længere være nødvendig inden for det harmoniserede område.<sup>190</sup> Illustrativ i den henseende er EU-Domstolens udtalelse, i afgørelsen C-6/16, *Egiom og Enka*, hvor EU-Domstolen, med henvisning til sin egen tidligere praksis, fastslår, at *"Enhver national foranstaltning inden for et område, der har været genstand for en udtømmende harmonisering i EU, skal bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af bestemmelser i den primære ret"*.<sup>191</sup>

Med disse betragtninger synes totalharmonisering at være en forudsætning for, at medlemsstaterne undgår de optionsmuligheder der eksisterer på EU-rettens nuværende udviklingstrin. Totalharmonisering synes ligeledes at være den eneste mulighed hvorved de sekundære retsakter får en selvstændig betydning – og spørgsmålet er, om dette er medlemsstaternes eneste reelle mulighed for at bevare en smule af deres suverænitet i forhold til regulering af misbrug på området for direkte skatter. Muligheden for, at alle medlemsstater skal nå til enighed på området for de direkte skatter, således at der skabes en totalharmonisering, synes umiddelbart optimistisk. Indtil da må medlemsstaterne affinde sig med, at misbrugsbestemmelsernes indhold samt grænsedragningen

---

<sup>189</sup> Jf. præambel 16, ATA-direktivet.

<sup>190</sup> Jf. Ulla Neergaard m.fl., EU-Ret fri bevægelighed, 2018, s. 55.

<sup>191</sup> Jf. præmis 15, C-6/16, *Egiom og Enka*.



mellem brug og misbrug fortsat vil afhænge af EU-Domstolens fortolkning af traktaten. Det er ikke uden grund, at bestræbelserne på at finde en løsning på imødegåelse af misbrug af den grænseoverskridende selskabsskatteret betegnes som ”*Den evige udfordring*”.<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> Om problemstillingen ”*den evige udfordring*”, se forord i *Den evige udfordring*, 2015, s. 13.

## **7. Abstract**

This thesis deals with the boundary between legal tax planning, protected by EU law and illegal abuse that does not enjoy any EU legal protection. As part of that boundary, the thesis has attempted to establish the detailed content of the concept of abuse of EU law, including both the legal concept of abuse and the principle of abuse created by the European Court of Justice (will then be referred as ECJ).

It is central to that context that there is limited harmonization in the field of direct tax. This means that the Community consists of 28 different tax jurisdictions with different tax bases. It is exactly these differences in the tax structure of the Member States that creates the risk of taxpayers abusing EU law to obtain illegal tax advantages. Given that the aim of the internal European market is for taxpayers to regard the EU as a single interconnected domestic market rather than 28 separate markets, it is obvious that taxpayers should not be met with restrictions by taking advantage of the possibility of obtaining benefits by establishing themselves in one Member State rather than another. The ECJ therefore supports freedom in the light of the fact that direct tax law within the EU is not harmonized.

The ECJ has taken a position that EU law should not and cannot be stretched to protect in situations where taxpayers apply the provisions of the Treaty to achieve a position detrimental to the purpose of the internal market. With that in mind the ECJ has accepted that there is a general legal principle that EU law cannot be relied on for abusive ends. The development of the case law of the ECJ has shown that the fight against abuse has the same scope in the directive-covered areas as in the field of primary EU law. This principle of abuse implies that Member States are obliged to deny taxpayers the right to benefit from the provisions of EU law in cases where the main purpose of the transaction is abusive.

As regards the detailed judgment of the abuse, the ECJ has ruled that the right of free establishment ceases when behavior consists of the creation of wholly arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the normal tax due. The ECJ practice appears to be using a principal purpose test that contains two elements, both of which must be met: an objective element (is there a reality?) and a subjective element (what is the intention?).

In view of this, the practice has shown that there is a significant nuance between company law and tax law, since pro forma establishments are accepted in company law, according to Centros. Such pro forma establishments are not accepted in the tax law, since they require a reality in the establishment. Thus, tax law has developed a substantive view, according to which taxation must be based on a concrete assessment of what has actually happened. As a result, tax-related transactions can be disregarded so that taxation is instead made into the opposite reality, *substance over form*.

The development of case-law has also led to the question of abuse provisions of secondary legislation serving an independent purpose. However, this seems to be answered in negative, since the ECJ has definitively withheld, in the Beneficial owner cases, that the general principle of abuse applies independently of whether the area is covered by a directive or not. Another factor is that directives provisions on abuse derive from minimum directives, which is why member states are free to implement stricter rulings as long as they are in line with primary law. The rules of abuse must therefore ultimately be interpreted in the light of the ECJ's interpretation of the freedoms conferred on the Treaty. Therefore, in the current stage of European Union law, the rules of abuse of the directive constitute only a codification of primary law.

The aim of combating the abuse that exists within direct tax law, in view of this, seems to have been achieved through total harmonization. It will devalue the opportunities that exist for the organization of tax-related arrangement, which exists as a result of the fiscal differences between Member States. However, this requires all Member States to be willing to give up their national sovereignty, so that harmonizing measures can be adopted positively. An aim that seems to be ambitious.

## 8. Litteratur

### Bøger:

**Bagge**, Torben m.fl.: *Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christensen*, Ex Tuto Publishing, 1. udgave 2019

**Bundgaard**, Jakob m.fl.: *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Ex Tuto Publishing, 1. udgave 2015.

**Hansen**, Carsten M: *Retsvidenskabsteori*, jurist- og økonomforbundets forlag, 1. udgave 2014

**Kerzel**, Malene (red.): *Festskrift til Jan Pedersen*, jurist- og økonomforbundets forlag, 1. udgave 2011.

**Neergaard** Ulla m.fl.: *EU Ret, Fri bevægelighed*, Karnov Group, 3. udgave 2018.

**Pedersen**, Jan: *Skatteudnyttelse*, GADs forlag, 1989.

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

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

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

**Sørensen**, Karsten E, m.fl.: *EU Retten*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 6. udgave, 2014.

**Terra**, Ben J.M., m.fl.: *European Tax Law*, Kluwer Law International, 5. udgave 2008.

**Tvornø** D. Christina m.fl.: *Retskilder og retsteorier*, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 5. udgave 2017.

**Werlauff**, Erik: *Selskabsskatteret*, Karnov Group, 18. udgave 2016/17.

**Werlauff**, Erik: *Selskabsskatteret*, Karnov Group, 21. udgave 2019

### Domme:

*EU-Domstolen:*

C-26/62      *Van Grend en Loos*

C-6/64      *Costa mod Enel*

C-11/70	<i>Internationale Handelsgesellschaft</i>
C-41/74	<i>Van Dryn</i>
C-106/77	<i>Simmenthal</i>
C-152/84	<i>Marshall</i>
C-20/92	<i>Hubbard</i>
C-28/95	<i>Leur-Bloem</i>
C-221/97	<i>Centros</i>
C-110/99	<i>Emsland-Stärke</i>
C-196/04	<i>Cadbury Schweppes</i>
C-341/04	<i>Eurofoods IFSC</i>
C-321/05	<i>Hans Markus Kofoed</i>
C-231/05	<i>OY</i>
C-201/05	<i>Test claimants in the CFC and dividend group</i>
C-425/06	<i>Part service srl</i>
C-105/07	<i>Lammers &amp; Van Cleeff</i>
C-310/09	<i>ACCOR</i>
C-6/16	<i>Egiom og Enka</i>

De forene sager C-116/16 og C-117/16, *Skatteministeriet mod T Danmark og Y Denmark (Beneficial owner)*

De forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, *N Luxembourg 1 m.fl. mod Skatteministeriet (Rentedommen)*

### **Forslag til afgørelser**

Forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola fremsat den 16. juli 1998. *Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.*

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott fremsat den 8. februar 2007. Sag C-321/05, *Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet.*

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott fremsat den 1. marts 2018. Sag C-116/16, *Skatteministeriet mod T Danmark (Beneficial owner sagerne)*

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott, fremsat den 1. marts 2018, sag C-115/16, *Luxembourg 1 mod Skatteministeriet.*

### **Meddelelser Europa Kommissionen:**

KOM (2007) 785 endelig, Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande.

KOM (2013), 814 final Forslag til RÅDETS DIREKTIV om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

COM (2016) 26 Final, Forslag til RÅDETS DIREKTIV om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde.

### **Artikler på web:**

<http://kluwertaxblog.com/2015/07/10/the-new-common-anti-abuse-rule-in-the-eu-parent-subsidiary-directive-is-a-de-minimis-rule-but-not-a-carte-blanche-for-the-national-legislature/>

Pedersen, Jan, *Kun udjævning kan redde selskabsskatten*, 2017

<https://www.djoefbladet.dk/Artikler/2017/12/Kun%20udj%C3%A6vning%20kan%20redde%20selskabsskatten.aspx>

### **Artikler:**

#### **Skat Udland**

SU.2007.342, Stokholm, Jeppe R, *Kommentarer til EF-Domstolens dom af 5/7 2007, Hans Markus Kofoed mod skatteministeriet (sag C-321/05).*

SU.2008.84, Sørensen, Karsten E, *Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis.*

SU.2008.85, Michelsen, Aage, *CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrebet i EU-retten.*

SU.2009.278, Poulsen, Martin, *Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber.*

SU.2018.88, Sørensen-Winther, Niels, *Generaladvokatudtalelse i beneficial ownership-sagerne.*

SU.2018.173, Bundgaard Jakob, *Den generelle omgåelsesklausul efter implementering af skatteundgåelsesdirektivet.*

SU.2019.324, Laursen, Anders N, *International skatteret 2018-2019.*

### **Tidsskrift for skatter og afgifter:**

TfS.2006.603, Vintherog Nikolaj, *Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten.*

TfS.2000.142, Pedersen, Jan, *Realitetsgrundsætningen i ti år.*

TfS.2011.403, Rønfeldt, Thomas, *Retsmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer.*

TfS.2011.905, Poulsen Martin, *Kunstige arrangementer og misbrug af EU-retten.*

#### **Skatteinformation fra De statsautoriserede revisorer:**

SR.2016.151, Bundgaard, Jakob, *Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive.*

SR.2016.383, Bundgaard Jakob, *Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU.*

SR.2017.315, Laursen, Anders N., *Mellem brug og misbrug: Hvor GAAR grænsen? – nogle kritiske bemærkninger til SKM2017.333.SR*

SR.2019.53, Schmidt, Peter K., *Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret.*

SR.2019.174, Sørensen-Winther, Niels, *EU-Domstolens domme i beneficial owner-sagerne.*

SR.2019.312, Johansen, Flemming L. *Hensynet til retsstaten – om afbalanceret regel anvendelse i EU-perspektiv.*

SR.2019.324, Laursen, Anders N., *International skatteret 2018-2019.*

#### **Foreningen danske revisorer:**

FDR.2019.1.26, Bagge Torben m.fl., *EU-Domstolens domme den 26. februar 2019, herunder sagen C-119/16*

#### **Øvrige:**

RR.2017.6.22, Pedersen, Jan, *International skatteflugt Del I Skatteflugtsproblemet – juridisk, Økonomisk og politisk.*

RR.2017.7.46, Pedersen, Jan, *International skatteflugt Del II Imødegåelse af skatteflugt.*