



AALBORG UNIVERSITET
STUDENTERRAPPORT

**SKATTEMISBRUG OG DEN
GENERELLE OMGÅELESKLAUSUL I
LL § 3 SET I LYSET AF DE DANSKE BO-
DOMME (C-116/16, C-117/16, C-115/16,
C-118/16, C-119/16 og C299/16)
SPECIALE FORÅR 2020**

Mads Pilgaard cand.merc.aud

Titelblad

Institutnavn:	Aalborg Universitet
Uddannelse:	Cand.merc.aud
Forfatter:	Mads Pilgaard
Studienummer:	20155683
Titel:	Ændringen i retstilstanden for skattemisbrug og LL § 3 set i lyset af de danske BO-domme
Vejleder:	Erik Werlauff
Afleveret den:	31. maj 2020
Sider	78
Antal tegn:	161.523

Abstract

In the light of the rulings from the European Court of Justice on six preliminary rulings (the Danish beneficial owner cases), the thesis will try to clarify the legal status of tax avoidance and the General Anti-Avoidance Rule (GAAR) from the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) art. 6, which is implemented by Danish law in LL § 3 stk. 1-4. It is the author's belief that the rulings of the Court contain new and spectacular content for the understanding of tax avoidance.

The Court presents in the rulings a general legal principle in EU law, which demand a Member State to refuse the benefits from EU-law, where there is fraudulent or abusive practice. In addition, the general legal principle emphasizes the difference between company law and tax law, where the Court once again clarifies that tax law requires a substance-over-form-analyze. The author will, based on an economic theory, offer how to proof the elements of abusive practice, which requires a combination of objective circumstances and a subjective element. The author believes that these elements are the same, which constituents abuse practice according to the Danish GAAR in LL § 3.

The author believes that the Court has developed the subjective element into an economic test based on objective and economic hallmarks. For that reason, the thesis will finally provide a critical analyze of Danish Tax Authorities practice and assessment of tax abuse, which must comply EU law.

Indhold

1)	Indledning	6
2)	Problemformulering, afgrænsning og metode	7
2.1)	Problemstilling	7
2.2)	Problemformulering	8
2.3)	Afgrænsning	8
2.4)	Metodiske overvejelser	8
3)	Gældende ret og relevante retskilder	9
3.1)	The Organization for Economic CO-operation and Development (OECD)	10
3.1.1)	Modeloverenskomsten	10
3.1.2)	BEPS-projektet	11
3.2)	EU - den primære og sekundære ret	12
3.2.1)	EU's primære ret - funktionstraktaten	12
3.2.2)	EU's sekundære ret - de skatteretlige direktiver	14
3.2.3)	EU-Domstolens praksis og præsentation af de danske BO-domme	17
3.2.4)	Det uskrevne EU-retlige misbrugsprincip	17
3.3)	Dansk ret	19
3.3.1)	Den danske generelle omgåelsesklausul - LL § 3	19
3.3.2)	Begrænset skattepligt af udbytte og renter - SEL § 2 stk. 1 litra c-d	20
4)	Grundbegreber ved skattemisbrug - et indblik i den rette balance	21
4.1)	Legalitetsprincippet - et spørgsmål om retssikkerhed	21
4.1.1)	Forudberegnelighed	22
4.1.2)	Forebyggelse af misbrug	23
4.2)	Kan man værne sig mod skattemisbrug og det rindende vands princip?	24
4.3)	Aggressiv skatteplanlægning	26
5)	De danske BO-domme - et nærmere indblik	28
5.1)	Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16)	29
5.1.1)	Sagernes faktum kort fortalt	29
5.1.2)	Twisten	32
5.2)	Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16)	33
5.2.1)	Sagernes faktum kort fortalt	33
5.2.2)	Twisten	41
5.3)	De præjudicielle spørgsmål	42
6)	Analyse af de danske BO-domme	42

6.1 Den retmæssige ejer	42
6.2) Retsgrundlag for retsmisbrug.....	44
6.3) EU's misbrugsvurdering.....	45
6.3.1 Misbrugselementerne	46
6.3.2 EU-Domstolens holdepunkter	48
6.3.3 DBO mellem kildelandet og tredjelandet (den retmæssige ejer)?	51
6.4) Retsmisbrug og tilsidesættelse af frihedsrettighederne	52
7) Den danske generelle omgåelsesklausul i LL § 3 - set i lyset af BO-dommene.....	55
7.1) Bestemmelsens indhold	55
7.1.1) LL § 3 stk. 1.....	56
7.1.2) LL § 3 stk. 2.....	60
7.1.3) LL § 3 stk. 3.....	62
7.1.4) LL § 3 stk. 4.....	63
7.1.5) LL § 3 stk. 5-7 - de øvrige bestemmelser.....	63
7.2) Bevisbyrden	63
8) Udviklingen i praksis om danske gennemstrømningsselskaber (omvendte "juletræer"), illustreret ved SKM2020.39SR	64
9) Diskussion - hvor efterlader BO-dommene skatteyder?	68
10) Konklusion.....	73
11) Litteraturliste	75

1) Indledning

EU og de danske myndigheder har de seneste år rullet de helt store kanoner ud i kampen mod skatteyderens bevidste misbrug af skatteregler. Den oprindelige skattelovgivning har efterhånden modtaget så mange tæsk af kreative skattetænkere, der har udnyttet frihedsrettigheder og skattejurisdiktioners forskellige behandling og beskatning af transaktioner. De danske skattemyndigheder og EU har valgt at sætte foden ned. Misbruget skal være slut, og der er ikke længere nogen, der vil finde sig i, at beskatningsgrundlaget udhules på baggrund af formelle og kunstige arrangementer uden økonomisk substans. I sit forsøg på at stoppe dette misbrug af skatteretten har de danske myndighederne følt sig nødsaget til at plastre skattelovgivningen til som en anden patient med specifikke værnsregler og generelle omgåelsesklausuler, der på mange måder har gjort patienten uigenkendelig. En uigenkendelig og uklar skattelovgivning har betydet et indhug i skatteydere retssikkerhed, og det har aldrig været vigtigere for selv velmenende skatteydere at træde varsomt rundt i skattelovgivningen, der mest af alt for tiden ligner et sprængfarligt minefelt.

Nærværende rapport har til hensigt at få kortlagt retstilstanden for skattemisbrug og den generelle omgåelsesklausul i LL § 3, således skatteyder i højere grad har mulighed for at forudsige sin skatteretlige stilling. I den forbindelse vil de relevante retskilder foldes ud for læseren i afsnit 3 for at tydeliggøre sammenhængen mellem de internationale og danske regler. Afhandlingen vil som en optakt til analysen kort tage fat på en række grundbegreber og mekanismer i forbindelse med skattemisbrug i afsnit 4. Det kan ikke understreges tydeligt nok, at afhandlingens og analysens omdrejningspunkt er EU-Domstolens afgørelser i seks danske skattesager¹, der afklarer præjudicielle spørgsmål vedrører ”beneficial owner”-problemstillingen. Sagerne i EU-Domstolens afgørelser præsenteres og analyseres i afsnit 5 og 6. Herefter vil der tages fat i projektets egentlige problemstilling, og der vil fra forfatterens side gives et bud på retstilstanden for skattemisbrug med fokus den EU-baseret omgåelsesklausul i LL § 3 set i lyset af de danske BO-domme i afsnit 7. Dette efterfølges af en analyse i udviklingen af dansk praksis i afsnit 8. Slutteligt vil afhandlingen afsluttes med en diskussion om, hvordan skatteyder undgår at løbe ind i omgåelsesklausulens fangearme i afsnit 9, og der følger herefter en samlet konklusionen på afhandlingen i afsnit 10.

¹ Herefter omtalt som de danske BO-domme (C-116/16, C-117/16, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16)

2) Problemformulering, afgrænsning og metode

2.1) Problemstilling

Da Danmark ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 med virkning d. 1. januar 2019 valgte at implementere skatteundgåelsesdirektivets art. 6, blev omgåelsesklausulen i LL § 3, som må betegnes som én af skattelovens mest uklare bestemmelser, samtidig udvidet. Implementeringen medførte en masse usikkerhed, om hvor bredt og hvordan skatteomgåelsesklausulen egentlig skulle fortolkes, da det den nu potentielt kan ramme alle skatteretlige dispositioner. Derfor var det meget behjælpeligt, at de danske domstole allerede i 2016 havde indsendt i alt seks skattesager til EU-Domstolen vedrørende nationale værnsregler mod skattemisbrug. I sagerne ønskede de danske domstole svar på flere præjudicielle spørgsmål, der skulle afklare, hvor langt de danske værnsregler kunne strække sig uden at komme i karambolage med EU-rettens frihedsrettigheder. De danske sager, som var i gang ved de danske domstole (Østre Landsret og Vestre Landsret), blev udsat med henblik på EU-Domstolens svar. Formålet hermed var at sikre en ensartet fremtidig praksis på misbrugsområdet, og at denne skulle være i overensstemmelse med EU-Domstolens forventninger og betragtninger. I 2019 kom domsafsigelserne, der blandt andet præsenterede den nyeste version af det EU-retlige misbrugsprincip og dermed det bedste fortolkningsbidrag til forståelsen af den gældende retstilstand for skattemisbrug.

De seks sager omhandlede henholdsvis beskatning af grænseoverskridende udbytte- og rentebetalinger, og EU-Domstolen valgte derfor at afgive to samlede domme. Det betyder, at EU-Domstolen forenede sagerne i henholdsvis udbyttedommen (C-116/16, C-117/16) og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16). De to afgørelser bliver ofte refereret til samlet som de danske BO-domme, da begge domme omhandler, hvorvidt Danmark kan nægte skattefritagelser og opkræve kildeskat med argumentet om, at modtageren ikke er den retmæssige ejer (beneficial owner).

Afhandlingen vil set i lyset af BO-dommene både forsøge at belyse og skabe klarhed over retstilstanden for skattemisbrug på et generelt plan, og ligeledes vil der vurderes og diskuteres, hvordan skatteyder skal indrette og placere sig, så han/hun undgår at blive ramt af den generelle omgåelsesklausuls misbrugshammer.

2.2) Problemformulering

Hvad er retstilstanden for skattemisbrug i Danmark, og hvordan skal den EU-baseret generelle omgåelsesklausul i LL § 3 fortolkes set i lyset af EU-Domstolens svar de danske i BO-dommene? (Udbyttedommen C-116/16 og C-117/16, rentedommen C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16)?

2.3) Afgrænsning

Rapportens formål er at fastlægge retstilstanden for misbrug i en skatteretlig forstand, og der vil derfor som udgangspunkt kun anvendes skatteretlige retskilder. Afhandlingen vil udelukkende fokusere på de tilføjelser til retstilstanden, der udspringer af de danske BO-domme.

I analysen af BO-dommene vil forfatteren tage udgangspunkt i, hvordan misbrug kan påvises ud fra økonomiske teorier og vurderinger.

Forfatteren afgrænser sig til den EU-baseret generelle omgåelsesklausul i LL § 3 stk. 1-4, og de mere specifikke værnsregler vil ikke beskrives uddybende. Den danske generelle omgåelsesklausul i LL § 3 er en implementering af skatteundgåelsesdirektivets art. 6, hvorfor den gældende ret i nærværende rapport konstant vil analyseres i sammenhæng med EU-retten. Det betyder, at omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomster i LL § 3 stk. 5 og OECDs *Principal Purpose Test (PPT)*² kun vil blive refereret til overfladisk.

LL § 3 er begrænset til at være gældende for danske skattefordele, og derfor er det udelukkende retstilstanden i Danmark, der vil besvares³.

2.4) Metodiske overvejelser

Retstilstanden for skattemisbrug vil blive besvaret ved at præsentere og behandle relevante retskilder med et retspostivistisk udgangspunkt⁴. Dog foretager forfatteren en kritisk stillingtagen til dele af retspositivismens elementer, der nødvendigvis må vige i bekæmpelsen af skattemisbrug.

Der vil blive kigget på både primær og sekundær EU-ret samt de danske regler med fokus på implementeringen og fortolkningen af de skatteretlige direktiver fra EU. Projektets omdrejningspunkt er EU-Domstolens praksis gennem de danske BO-domme, der afklarer, hvordan EU-bestemmelserne

² OECD: "Model Tax Convention on Income and on Capital" (2017) art. 29 (9)

³ Den juridiske vejledning C.I.4.1.7

⁴ Hansen, Lone & Werlauff, Erik: "Den juridiske metode - en introduktion" (2013) s. 175

skal forstås. Gennem afhandlingen vil der ligeledes blive præsenteret domme, der underbygger argumentationen og skal præsentere praktiseringen af de øvrige retskilder.

Med indførslen af den generelle omgåelsesklausul kan der stilles spørgsmålstegn ved, om det retspositivistiske legalitetsprincip og vægtningen af den objektive ordlyd har lidt et knæk. Skatteyderes subjektiv hensigt har i hvert fald sjældent mødt så meget opmærksomhed som nu, og man får næsten associeringer tilbage til naturetten og dennes retfærdighedsvurdering, hvor den skrevne love kunne tilsidesættes ud fra betragtninger om, at disse var *uretfærdige*⁵. Naturettens idéer om gældende ret spiller ingen rolle i afhandlingen, men refleksionerne illustrerer på fin vis dilemmaet mellem bekæmpelsen af misbrug og legalitetsprincippet.

3) Gældende ret og relevante retskilder

Afhandlingens formål er at kortlægge, hvad vi i dag forstår ved misbrug i skatteretten og dermed få fastlagt retstilstanden - den gældende ret. Gennem rapporten vil forfatterens fortolkningsbidrag knyttes til de relevante retskilder omkring skattemisbrug, men først vil de anvendte retskilder præsenteres i dette afsnit, så læseren allerede fra afhandlingens begyndelse har en forståelse for de retskilder, der vi blive bragt i spil - og samspillet herimellem.

Først og fremmest vil relevante dele af OECDs modeloverenskomsten og BEPS-projekt kort fremlægges for overblikkets skyld på trods af den manglende retsværdi. Dernæst følger en præsentation af forfatterens udpluk af henholdsvis den primære og sekundære EU-ret. Herefter præsenteres EU-Domstolens afgørelser i de danske BO-domme ganske overfladisk sammen med det EU-retlige misbrugsprincip, som første gang fremført af EU-Domstolen i netop disse domme. Direktivernes bestemmelser, der er implementeret i dansk lov, vil løbende refereres til, mens den danske omgåelsesklausul i LL § 3 samt de danske regler for kildeskat af udbytte og renter kort fremlægges i dette afsnit.

⁵ Hansen, Lone & Werlauff, Erik: "Den juridiske metode - en introduktion" (2013) s. 17

3.1) The Organization for Economic CO-operation and Development (OECD)

OECD er en verdensomspændende organisation, som er sat i verden med det formål at lave værktøjer, aftaler og guidelines, der skal skabe en bedre hverdag for stater og erhvervsfolk. OECD's udgivelser har i sig selv ingen retsmæssig værdi, men samarbejdet med myndigheder betyder alligevel, at tanker om lighed, muligheder og velstand finder vej til lovfæstede retskilder⁶. Nedenfor vil der stilles skarpt på OECD's modeloverenskomst og BEPS-projektet, der begge virker som inspirationskilde til EU-rettens retskilder.

3.1.1) Modeloverenskomsten

OECD opfordrede for første gang i 1963 organisationens medlemslande at revidere sine dobbeltbeskatningsoverenskomster, så de efterlever modeloverenskomsten⁷.

Den nyeste revision af OECD's modeloverenskomst fra 1992 stammer fra 2017, og langt størstedelen af verdens dobbeltbeskatningsoverenskomster bygger i dag på denne overenskomst. Et væsentligt fortolkningsbidrag til diverse dobbeltbeskatningsoverenskomster er af den grund kommentarerne og overvejelserne, der er knyttet til modeloverenskomsten⁸.

Formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster er at undgå en grænseoverskridende dobbeltbeskatning af én og samme indkomst, eksempelvis rente- og udbyttebetalinger⁹. For at løse problemet fastsætter og afklarer den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst hvilket land, der har den primære beskatningsret, og dermed også hvilket land der skal lempe eller fravige beskatningen. Det betyder, at globalindkomstprincippet i SL § 4 ofte må vige, da Danmark oftest betegnes som ét af de bedste lande i verden målt på antallet af dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dette har også betydet, at Danmark er i risikozonen for at blive brugt som stepping-stone på vejen mod skattefrihed¹⁰.

OECD's modeloverenskomst tolererer ikke, at reglerne misbruges til skatteunddragelse, hvor tomme stepping-stone konstruktioner anvendes til at gøre et ellers skattepligtigt udbytte eller rentebetaling skattefrit. I modeloverenskomsten er begrebet retmæssig ejer essentielt i forbindelse med grænseoverskridende udbytte- og rentebetalinger, da kunstige arrangementer, der er sat i verden for

⁶ OECD: "About" <https://www.oecd.org/about/>

⁷ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 3, rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 3

⁸ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital (2017)

⁹ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital (2017): Præambelen s. 27

¹⁰ Bærentzen, Susi Hjort: "Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?" (2020) s.9

at udnytte reglerne og opnå en skattefordel, kan tilsidesættes med argumentet om, at disse ikke er den retmæssige ejer jf. OECDs modeloverenskomst art. 10 stk. 2 og art. 11 stk. 2.

I kommentarerne til modeloverenskomsten nævnes det, at begrebet retmæssig ejer ikke er en snæver og teknisk definition, men begrebet skal ses i den konkrete kontekst og i lyset af modeloverenskomstens formål om at undgå dobbeltbeskatning og skatteunddragelse. Alligevel nævnes det i kommentarerne, at modtageren af udbytte og renter kan anses som den retmæssige ejer, såfremt modtageren uhæmmet af juridiske forpligtelser har retten til selv at råde over betalingerne. Af den grund kan gennemstrømningsselskaber uden egentlige beføjelser - på trods af det formelle ejerskab - ikke anses som den retmæssige ejer¹¹.

Modeloverenskomsten har ingen restkildeværdi i sig selv. Det er først, når lande anvender modellens indhold i egne dobbeltbeskatningsoverenskomster og derved lovfæster dem, at modellem får fortolkningsværdi. Det er værd at bemærke, at ikke alle dobbeltbeskatningsoverenskomster er identiske med modeloverenskomsten, og derfor skal den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst altid vurderes¹².

3.1.2) BEPS-projektet

Som et våben i kampen mod misbrug af landes forskellige skattebehandlinger har OECD udviklet BEPS-projektet (Base Erosion and Profit Shifting) - indeholdende 15 konkrete BEPS fokuspunkter. De 15 fokuspunkter er alle konkrete tiltag for at stoppe den bevidste udhuling af hver enkel skattejurisdiktion beskatningsgrundlag. Som tidligere nævnt har OECD's udgivelser ikke retsmæssig værdi alene på trods af BEPS-projektets verdensomspændende samarbejde med G20 og mere end 135 lande. EU valgte dog i forbindelse med skatteundgåelsesdirektivet at implementere flere fokuspunkter. Danmark har i forvejen implementeret størstedelen af fokuspunkterne i dansk lov¹³.

Meget forenklet kan det siges, at formålet med modeloverenskomsten har været at undgå dobbeltbeskatning, mens BEPS-projektets tiltag forsøger at værne mod grænseoverskridende koncerner, der på baggrund af mismatches i skattejurisdiktioners skattesystemer, helt undgår beskatning. Denne skatteudhuling og bevidste indkomstfordeling til lavskattelande eller skattefrihed forsøges stoppet

¹¹ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital (2017): Kommentarer til art. 10 pkt. 12.1, 12.3 & 12.4 s. 234-235 samt art. 11 pkt. 9.1, 10.1 & 10.2 s.259-260

¹² Werlauff, Erik "Selskabsskatteret" (2018) s. 48

¹³ Werlauff, Erik "Selskabsskatteret" (2018) s. 534-535

med fokuspunkter, der vedrører skattedataudveksling, specifikke værnsregler om rentefradrag, CFC-beskatning, transfer pricing, hybride mismatch og en omgåelsesklausul vedrørende misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster¹⁴. Præsentationen af BEPS-projektet skal understrege opmærksomheden og den store våbenfabrikation, der er sat i gang for at stoppe misbruget af skatteregler.

3.2) EU - den primære og sekundære ret

I modsætning til OECD har retskilderne fra EU en enorm retsværdi for Danmark. Det er blandt andet gennem EU-bestemmelser herunder direktiver, at OECD's udgivelser finder vej til lovfæstede regler. Det er vigtigt at bemærke, at OECD's modeller og projekter ikke automatisk er EU-retlig fredet, og OECD's arbejder om rentefradragsbegrænsning og CFC-beskatning er eksempelvis tilsidesat af EU-Domstolen i henholdsvis Lankhorst-Hohorst C-324/00 og Cadbury Schweppes C-196/04. Retskilderne fra EU's side kan opdeles i den primære og sekundære ret, hvor den primære ret består af de fundamentale traktater, der tilsammen udgør grundlaget og det bærende element i den øvrige lovgivning fra EU's side. Den sekundære EU-ret består af både forordninger og direktiver, hvor forordninger er bindende direkte efter vedtagelse, mens direktiverne først skal implementeres i national ret for at få retsværdi¹⁵. I afhandlingen arbejdes der udelukkende med skattedirektiver.

3.2.1) EU's primære ret - funktionstraktaten

I afhandlingen vil der gentagende gange refereres til funktionstraktaten (TEUF)¹⁶, der indeholder EU's grundlæggende og elementære frihedsrettigheder. Funktionstraktatens særstatus betyder, at de traktatbaseret frihedsrettigheder har forrang og virker uafhængigt af implementeringen i den sekundære ret. Neden for præsenteres udvalgte artikler, som alle optræder og vækker opsigt i forbindelse med BO-dommene og EU's misbrugsvurdering.

TEUF Art. 18) I funktionstraktatens anden del behandles forskelsbehandling, og i art. 18 findes diskriminationsforbuddet. Diskriminationsforbuddet udgør et af de basale elementer i EU-samarbej-

¹⁴ OECD: "BEPS Actions" (<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>)

¹⁵ Hansen, Lone & Werlauff, Erik: "Den juridiske metode - en introduktion" (2013) s. 88

¹⁶ **EU-LEX.EUROPA.EU:** EU-Tidende nr. C 326 af 26/10/2012 "Konsoliderede udgaver af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

det og har til formål at sikre borgerne de samme rettigheder på tværs af medlemsstaterne. Af diskriminationsforbuddet fremgår det, at medlemslandene ikke må diskriminere på baggrund af nationalitet. Ligeledes fremgår det af EU-praksis (bl.a. Gebhard C-55/94), at medlemslandene heller ikke må opstille restriktioner til hinder for de øvrige traktatbaseret frihedsrettigheder, selvom disse skulle ramme nationale og udenlandske virksomheder lige ”hårdt”. Gennem tiden har der dog tegnet sig en meget uklar linje for, hvornår et medlemslands restriktion er så proportional, at de alligevel kan tilsidesætte funktionstraktatens frihedsrettigheder¹⁷. Der vil i afsnit 6.4 dykkes dybere ned i denne problemstilling i behandlingen af de danske BO-domme.

TEUF art. 49, art. 54 og art. 63) I forbindelse med de danske BO-domme, om hvorvidt de danske myndigheder kan opkræve kildeskat af henholdsvis udbytte og renter udbetalt til selskaber beliggende i øvrige EU-lande, spørges der ind til, om en sådan opkrævning kan anses som en restriktion og dermed være i strid med etableringsfriheden jf. TEUF art. 49 og 54 samt kapitalens frie bevægelighed jf. TEUF art. 63. Af den grund knyttes der nedenfor ganske få bemærkninger til de enkelte frihedsrettigheder.

Den frie etableringsret hjemles i TEUF art. 49 og understreger, at medlemsstaterne har forbud mod at opstille restriktioner, der hindrer statsborgere i at etablere sig frit på et andet medlemslands område. Etableringsfriheden gælder ikke udelukkende for fysiske personer, som det nævnes i art. 49, men også for juridiske personer jf. TEUF art. 54. Ud over retten til at etablere sig hvor som helst i EU giver etableringsfriheden ligeledes mulighed for at drive virksomhed på tværs af grænserne i den form, man nu ønsker, og med de samme rettigheder som de nationale virksomheder¹⁸.

Den frie bevægelighed er ikke kun begrænset til fysiske såvel juridiske personer. Ifølge TEUF art. 63 er der ligeledes forbud mod at opstille restriktioner mod kapitalens frie bevægelighed. Det betyder, at der hverken må opstilles hindringer for kapitalbevægelser, investeringer eller betalinger indbyrdes mellem medlemslande. Og faktisk går TEUF art. 63 så vidt, at kapitalens frie bevægelighed også gælder mellem medlemslande og tredjelande.

¹⁷ Werlauff, Erik: ”Selskabsskatteret” (2018) s. 57

¹⁸ Werlauff, Erik: ”Selskabsret” (2016) s. 52

3.2.2) EU's sekundære ret - de skatteretlige direktiver

Sammenlignet med selskabsretten findes der et meget begrænset antal skatteretlige direktiver. Dette skyldes, at direktiver vedrørende fiskale bestemmelser kræver enstemmighed i EU-Rådet jf. TEUF art. 114 stk. 1. Af den grund er skatteområdet i det store udgangspunkt ikke harmoniseret, hvilket betyder, at de enkelte skattejurisdiktioner (medlemslandene) er særlig sårbare over for misbrug i kraft af medlemslandenes forskellige behandling af transaktioner¹⁹. Denne problemstilling vil blive vendt flere gange gennem afhandlingen, da det som nævnt tidligere er afhandlingens formål at få fastlagt, hvor langt skatteyder med kompetent planlægning kan gå, før misbrugskløften mødes.

Det er værd at bemærke, at de danske implementeringer af EU-direktiver skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets betragtninger og EU-retten²⁰. Der er af den grund altid stor bevågenhed på EU-Domstolens afgørelser i skattesager, da disse kan tilsidesætte mange års national praksis. I afhandlingen vil der udelukkende fokuseres på de få skattedirektiver, der alle har tilknytning til projektets problemstilling om skattemisbrug og de danske BO-domme. Neden for vil skatteundgåelsesdirektivet, der indeholder den generelle omgåelsesklausul, som i Danmark er implementeret ved LL § 3, præsenteres. Derefter vil der ganske kort knyttes nogle kommentarer til moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet, som begge er omdrejningspunkt for BO-dommene.

Skatteundgåelsesdirektivet (2016/1164) har til hensigt at indarbejde og harmonisere OECD's principper mod skatteunddragelse (BEPS-projektet) i EU-retten²¹. Helt konkret tager direktivet fat i problemstillingerne omkring specifikke værnsregler og en generel værnsregel mod skatteunddragelse, hvor de specifikke regler værner om rentefradrag, exit-beskatning, CFC-beskatning og hybride mismatch²². Den generelle omgåelsesklausul er som den eneste bestemmelse i direktivet ikke inspireret af samarbejdet med OECD og BEPS-projektet²³. Bestemmelsen findes i direktivets art. 6, og det er netop denne bestemmelse, forfatterens fokus rettes mod. Direktivets art. 6 er senere implementeret i LL § 3 og udvider dermed den danske omgåelsesklausuls omfang. Artikel 6 lyder således:

¹⁹ Pedersen, Jan "Omgåelse og misbrug i skatteretten" - Den evige udfordring (2015) s. 121

²⁰ Hansen, Lone & Werlauff, Erik "Den juridiske metode - en introduktion" (2013) s. 95

²¹ **EU-LEX.EUROPA.EU: RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markedes funktion: Betragtningerne (særligt 1-3)**

²² **EU-LEX.EUROPA.EU: RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markedes funktion: Art. 4, art. 5, art. 7 og art. 9**

²³ Hansen, Jan Guldmand: Festschrift til Tommy V. Christiansen (2019) - "Har EU-Domstolen sendt "realitetsgrundsaetningen" på pension?" s. 220

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.«²⁴*

Ifølge betragtning 11 til skatteundgåelsesdirektivet er hensigten med den generelle omgåelsesklausul, at der bør være et ensartet og koordineret regelsæt omkring bekæmpelse af misbrug for at styrke det indre markeds funktionsevne. Det uddybes med, at bekæmpelsen af misbrug skal være ens for (1) nationale sammenhænge, (2) arrangementer inden for EU og (3) i tilfælde over for tredjelande. Den EU-retlige misbrugsvurdering fra de danske BO-domme analyseres afsnit 6.3 og sammenholdes efterfølgende med LL § 3 for at forstå omfanget af den EU-baseret generelle omgåelsesklausul.

Moder/datterselskabsdirektivet (2011/96 tidl. 90/435). Formålet med moder/datterselskabsdirektivet er at fjerne den forskelsbehandling, der foregår i beskatningen af udbytte mellem nationale og grænseoverskridende moder- og datterselskabsforhold. Der har fra EU's side været en ønske om at skabe et sæt konkurrenceneutrale beskatningsregler ved at fjerne kildekatten, således grænseoverskridende koncernstrukturer ikke udsættes for medlemslandenes varierende og dobbelte beskatning af udbytte²⁵.

Direktivet præsenterer derfor et ensartet regelsæt om skattefrit udbytte betalt fra et datterselskab i ét medlemsland til et moderselskab beliggende i et andet. Et selskab er defineret som et moderselskab, såfremt det ejer mindst 10 pct. af kapitalen i datterselskabet jf. direktivets art. 3 stk. 1, litra a. For at

²⁴ **EU-LEX.EUROPA.EU:** 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: Art. 6

²⁵ **EU-LEX.EUROPA.EU:** RÅDETS DIREKTIV 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater Betragtning 1 og 3

løse problemstillingen med dobbeltbeskatning af udbytte skal det udbyttebetalende datterselskabs medlemsland nægte at opkræve kildeskat af udbyttet jf. art. 5. Udbyttet er ligeledes skattefrit i landet, hvor det udbyttedragende selskab er beliggende jf. art. 6. Direktivets bestemmelser er implementeret i den danske lovgivning ved ABL §§ 4a og 4b samt ved SEL § 13 stk. 1 nr. 2, og de gælder både ved grænseoverskridende og rent nationale forhold.

I direktivets art. 1 stk. 4 er anført, at direktivets fritagelser ikke er til hinder for, at medlemslande har bestemmelser, der skal bekæmpe skattemisbrug. I 2015, efter de danske BO-sager udspillede sig, blev der i direktivets art. 1 stk. 2 indsat en generel omgåelsesklausul mod misbrug af direktivet, hvilket medførte, at Danmark indførte den første generelle omgåelsesklausul i LL § 3 mod misbrug af skattedirektiverne²⁶.

Rente og royaltydirektivet (2003/49) Formålet med direktivet har været, at renter og royalties udelukkende beskattes én gang i ét medlemsland på konkurrenceneutrale beskatningsvilkår, så der ikke sker forskelsbehandling og dobbeltbeskatning rundt omkring i medlemslandene²⁷.

Direktivet omhandler renter og royalties, der betales grænseoverskridende mellem associerede selskaber fra forskellige medlemslande jf. art. 1 stk. 7. Ifølge direktivets art. 1 stk. 1 skal både renter og royalties betalt mellem to medlemslande helt fritages for beskatning i kildelandet, såfremt modtageren er den retmæssige ejer. Associerede selskaber skal forstås som selskaber, hvor det ene selskab ejer mere end 25 pct. af kapitalen i det andet selskab, eller hvor et tredje selskab ejer mere end 25 pct. af kapitalen i både det ene og andet selskab jf. art. 3 stk. 1 litra b. I modsætning til moder/datterselskabsdirektivet er det et nedskrevet krav, at modtageren af rentebetalingerne er den retmæssige ejer. Ifølge direktivets art. 1 stk. 4 skal den retmæssige ejer vurderes ud fra, om det modtagende selskab modtager rentebetalingerne til eget brug eller blot fungerer som formidler.

Af direktivets art. 5 stk. 1 fremgår det ligeledes, at direktivet ikke er vejen for, at medlemslande implementerer foranstaltninger, der skal bekæmpe skattemisbrug jf. art. 5 stk. 1. Det betyder, at medlemslandene uhindret kan nægte de fordele og skattefritagelser, som direktivet har hjemlet, såfremt misbrug har været en af de væsentligste bevæggrunde jf. art. 5 stk. 2.

²⁶ EU-LEX.EUROPA.EU: RÅDETS DIREKTIV (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater: art. 1 stk. 2

²⁷ EU-LEX.EUROPA.EU: 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. Betragtning 1-4

3.2.3 EU-Domstolens praksis og præsentation af de danske BO-domme

Altafgørende for denne afhandling er de danske BO-domme, da formålet med projektet er at præsentere de ændringer i retstilstanden for skattemisbrug, som udspringer af EU-Domstolens svar i disse domme. Neden for vil dommene præsenteres ganske kort, hvorefter der senere i afhandlingens afsnit 5 vil dykkes ned i de enkelte sagers faktum og tvister, mens EU-Domstolens svar på de præjudicielle spørgsmål analyseres i afsnit 6.

De danske BO-domme består af i alt to domme vedrørende seks sager (C-116/16, C-117/16, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16). Sagerne er alle indgivet af de danske domstole med præjudicielle spørgsmål efter TEUF art. 267 vedrørende brug og misbrug af frihedsrettighederne fra forskellige EU-retsakter. Helt konkret vedrører de to domme udbyttebetalinger og rentebetalinger mellem selskaber i grænseoverskridende koncernstrukturer. De danske domstole ønsker svar på, hvornår EU-rettens frihedsrettigheder kan tilsidesættes med argumentet om, at modtageren af henholdsvis udbytte og renter ikke er den retmæssige ejer (beneficial owner) - heraf navnet de danske BO-domme. EU-Domstolens svar og afgørelser er forenet i to domme henholdsvis udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16). Dommene skal fortolkes parallelt, men de præsenteres alligevel separat i afhandlingen i henholdsvis afsnit 5.1 og 5.2.

Sagerne blev forelagt EU-Domstolen d. 25. februar 2016, og i 2018 kom Generaladvokat Juliane Kokott med sit forslag til afgørelse²⁸. Generaladvokatens fremlæggelser præsenteres ikke særskilt, da Domstolens svar tager kraftig afstand herfra, hvilket blot understreger uklarheden omkring skattemisbrug. Generaladvokat Kokotts forslag vil inddrages i analysen, hvor der kommenteres på de punkter, der afviger mest mellem Kokotts forslag og Domstolens afgørelse. Det er forfatterens indtryk, at disse punkter på fin vis illustrerer Domstolens væsentligste bidrag til ændringen i retstilstanden for skattemisbrug.

3.2.4 Det uskrevne EU-retlige misbrugsprincip

Ikke nok med, at Danmark implementerede den EU-baseret generelle omgåelsesklausul fra skatteundgåelsesdirektivet, så præsenterede EU-Domstolen for første gang i de danske BO-domme et EU-retligt misbrugsprincip. Det betyder, at Danmark nu har to - som udgangspunkt - slagkraftige EU-

²⁸ CURIA.EUROPA.EU: FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT fremsat den 1. marts 2018 (C-116/16) og (C-115/16)

baserede værktøjer, der kan tilsidesætte arrangementer, der har til hensigt at misbruge skattereglerne. Afsnittet har til hensigt kort og overordnet at præsentere det uskrevne EU-retlige misbrugsprincip.

Det EU-retlige misbrugsprincip fremføres i udbyttedommens præmis 70 og rentedommens præmis 96. Heraf fremgår det, at der som følge af fast retspraksis:

»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.«

Den faste retspraksis er opbygget over en årrække på tværs af retsområder, og der refereres til en lang række af EU-Domstolens tidligere afgørelser²⁹.

Princippet træder også i kraft over for funktionstraktatens grundlæggende frihedsrettigheder. Kort opsummeret er misbrugsprincippet gældende ved blandt andet varenes frie bevægelighed (TEUF art. 28), den frie udveksling af tjenesteydelser (TEUF art. 56) og på etableringsfriheden (TEUF art. 49 og 54)³⁰.

Den generelle omgåelsesklausul og det EU-retlige misbrugsprincip skal ikke forstås som to adskilte bestemmelser til at bekæmpe misbrug. Det er forfatterens overbevisning, at begreberne skal forstås og fortolkes samlet, hvor det uskrevne EU-retlige misbrugsprincip bidrager til at besvare og udfylde de spørgsmål og huller, som den generelle omgåelsesklausul har indeholdt. Princippet vil blive analyseret i afsnit 6.2, hvor argumentationen for begrebernes harmonisering findes³¹.

²⁹ Herunder: Centros, C-212/97, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis, Halifax m.fl., C-255/02, præmis 68, Cadbury Schweppes C-196/04, præmis 35, Cussens m.fl., C-251/16, præmis 27, Kommissionen mod Belgien, C-356/15, præmis 99

³⁰ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 74, rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 100. Der henvises i øvrigt til afhandlingens afsnit 6.4.

³¹ Argumentationen underbygges af Dennis Ramsdahl i "Misbrugsprincippet" s. 76

3.3) Dansk ret

3.3.1) Den danske generelle omgåelsesklausul - LL § 3

Ligningslovens § 3 er den danske generelle omgåelsesklausul, som første gang blev indført i dansk lov ved lovforslag L 540 gældende fra 1. maj 2015. Bestemmelsen blev indsat på baggrund af omgåelsesbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet³², der med sin direktivstatus betød, at Danmark var forpligtet til at implementere den i dansk lovgivning. I første omgang var LL § 3 et værn imod misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet, rente/royaltydirektivet og fusionsbeskatningsdirektivet samt misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Siden hen er LL § 3 undergået en del forvandling senest med virkning fra d. 1. januar 2019, ændret ved lov 1726 af 27. dec. 2018, hvor skatteundgåelsesdirektivets bestemmelser, herunder den generelle omgåelsesklausul, blev implementeret i dansk ret. Her blev den tidligere omgåelsesklausul i LL § 3 erstattet af en ny meget bredere omgåelsesklausul, der træder i kraft ved alle arrangementer eller serier af arrangementer, der strider mod formålet af hele skatteretten og ikke udelukkende arrangementer, der strider mod hensigten i skattedirektiverne. Det fremgår af skatteministerens svar under lovens høringsproces, at bestemmelsen skal fortolkes med direktivets ordlyd og EU-Domstolens praksis³³. Erstatningen indebar ifølge SKAT ingen ændring i den materielle misbrugsvurdering, og derfor har den meget sparsomme domspraksis stadig relevans. LL § 3 har ligeledes bibeholdt omgåelsesklausulen inspireret af OECD's BEPS-projekts fokuspunkt nr. 6 til brug mod skattemisbrug i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomster. Det betyder, at der i dag findes to omgåelsesklausuler i LL § 3 med forskellig ordlyd, men det forventes, at de skal fortolkes identisk, hvilket dog er op til EU-Domstolen at fastlægge³⁴.

Indtil Danmark valgte at implementere omgåelsesklausulen i LL § 3, havde der ikke hersket nogen lovfæstet bestemmelse mod skatteunddragelse. Dog har der på baggrund af dommerskabt retspraksis udviklet sig en realitetsgrundsætning, der har tilsidesat tomme og formelle arrangementer med argumentet om manglende nødvendig realitet. Jan Pedersen har i sin doktordisputats "*Skatteudnyttelse*" fra 1989 omtalt denne praksis som *realitetsgrundsætningen*. Denne grundsætning kunne

³² EU-LEX.EUROPA.EU: RÅDETS DIREKTIV (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater: art. 1 stk. 2

³³ Skatteministerens svar, L 28 Bilag 1. 2017-1461

³⁴ Den juridiske vejledning C.I.2 og C.I.4.1.3

ifølge de danske domstole dog ikke anvendes til at afgøre tvisterne i de danske BO-sager, og derfor søges der anden hjemmel til at kunne nægte skattefritagelsen³⁵.

3.3.2) Begrænset skattepligt af udbytte og renter - SEL § 2 stk. 1 litra c-d

Udbytte

Som udgangspunkt er udenlandske selskaber, der modtager udbytte fra Danmark efter LL § 16 A stk. 1 og 2, begrænset skattepligtigt heraf jf. SEL § 2 stk. 1 litra c. Det betyder, at udbytte udbetalt fra danske selskaber til udenlandske selskaber skal indeholde en udbyttekildeskat på 27 pct. jf. KSL § 65 stk. 1. Udbyttekildebekskatningen og den begrænsede skattepligt er i langt de fleste tilfælde kun rent teoretisk, da den danske skattelovgivning indeholder fritagelser og undtagelser for denne skattepligt. Ifølge SEL § 2 stk. 1 litra c omfatter skattepligten ikke udbytte af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ved ABL §§ 4 A og B samt SEL § 13 stk. 1 nr. 2, når beskattningen skal frafaldes som følge af implementeringen af moder/datterselskabsdirektivets eller dobbeltbeskatningsoverenskomster. Såfremt et selskab bliver fritaget for den begrænsede skattepligt, fritages ligeledes udbyttekildebekskatningen jf. KSL § 65 stk. 5.

Renter

Ifølge SEL § 2 stk. 1 litra d. er udenlandske selskaber kun begrænset skattepligtigt af renteindtægter, der stammer fra kontrolleret gæld efter SKL § 3 B. Dermed påhviler det som udgangspunkt kun myndighederne at opkræve en kildeskat på 22 pct. for renter betalt fra Danmark i tilfælde med kontrolleret gæld. jf. KSL § 65 D. Som følge af rente- og royaltydirektivet 2003/49, skal Danmark dog nægtes retten til at opkræve kildeskat, hvis den koncerninterne rente, der ønskes beskattet, er omfattet af direktivets betingelser.

³⁵ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 32, rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 25

4) Grundbegreber ved skattemisbrug - et indblik i den rette balance

Skatteretten har indeholdt en evig diskussion om, hvornår lovlige skattebesparelser overskrider grænsen og i stedet med lastelige følger skal anses som ulovlige skatteunddragelser. Skatteplanlægning består for mange virksomheder i dyre rådgivningskroner, der hurtigt forvandles til velovervejede og sommetider ret kreative tilrettelæggninger, der skal mindske virksomhedens skattebelastning. Men hvor går grænsen? Begreberne er mange, og ord som unddragelse, omgåelse, besparelse, planlægning og misbrug bliver brugt i flæng, når skatteyder ønsker at mindske sin skattebetaling.

På den ene side står argumentet om, at skat er en omkostning som alle øvrige driftsomkostninger, og det forventes derfor fra aktionærernes side, at denne holdes nede. Modsat hersker der på den anden side skatteyderens samfundsansvar. Et ansvar eller rettere sagt et behov for en retfærdig fordeling af skattebyrden.

Afsnittet har til hensigt på overordnet plan at få styr på begreberne omkring misbrug i skatteretten, så læseren fra afhandlingens begyndelse har en forståelse for de til tider komplekse mekanismer, der spiller ind i vurderingen om, hvornår skatteplanlægningen bliver for aggressiv. Det er først efter gennemgangen af grundbegreberne i dette afsnit, at de danske BO-domme analyseres, hvor EU-Domstolen kommer med sine nyeste tilføjelser til misbrugsvurderingen og dermed nærmere afklaring, om hvor langt medlemsstaterne må værne sig i kampen mod skattemisbrug. Nærværende afsnit skal derfor ses som en optakt til BO-dommene, der på nuværende tidspunkt må siges at give den bedste forståelse af skattemisbrug og dermed omfanget af den generelle omgåelsesklausul i LL § 3.

4.1) Legalitetsprincippet - et spørgsmål om retssikkerhed

Af Grundlovens § 43 1. led fremgår det, at »Ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov«, hvilket illustrerer det overvejende legalitetsprincip, der hersker i skatteretten. Princippet er stærkt inspireret af naturvidenskabens kausale sammenhænge, som sikrer skatteyderen en forudberegnelighed af sine dispositioner³⁶. Skatteyderens mulighed for at forudsige og konkludere resultatet af sine handlinger har spillet en vigtig rolle i skatterettens retssikkerhed, der blot understreges af muligheden for at indhente bindende svar fra SKAT jf. SFL §§ 21-25. Af den grund har lovtekstens

³⁶ Om legalitetsprincippet - Lone Hansen & Erik Werlauff "Den juridiske metode - en introduktion" (2013) s. 20

objektive ordlyd fungerer som et væsentlig fortolkningsbidrag, hvilket samtidig har gjort skatteretten yderst sårbar over for misbrug, da skatteydere subjektive hensigt tidligere har været tilsidesat.

Den grundlæggende opfattelse i dansk skatteret har været, at skatteretten bygger på civilretten, hvorfor blandt andet aftaleret, ejendomsret og selskabsret er styrende for skatteretten³⁷. Det civilretlige udgangspunkt har været i fin overensstemmelse med legalitetsprincippet og skatteydere retssikkerhed. Såfremt det civilretlige udgangspunkt accepteres selv i misbrugstilfælde, hvor aftaler og regler kunstigt opfyldes for at opnå fordele i skatteretten, vil det dog have den modsatte påvirkning på retssikkerheden³⁸. I Danmark er dette løst ved den førmtalte dommerskabs praksis, der har ført til en afvigelse af det formelle civilretlige grundlag, når skatteyder bevidst har manipuleret dette for at opnå en skattefordel, som modstrider af det økonomiske realindhold³⁹.

Med indførslen af den lovfæstet omgåelsesklausul i LL § 3, synes diskussionen, om hvorvidt realitetsbetragtninger af det civilretlige udgangspunkt hører hjemme i dansk ret, afsluttet. Det har betydet en ekstra bevågenhed på den økonomiske realitet herunder den enkelte skattelovs formål og skatteydere subjektive årsager. Neden for vil der dykkes ned i de to modstridende fænomener **forudberegnelighed** og **forebyggelse af misbrug**, og det undersøges, om der kan findes en harmoniserende balance mellem skatteyderens retssikkerhed og en retfærdig fordeling af skattebyrden.

4.1.1) Forudberegnelighed

Forudberegneligheden udgør ét af de retssikkerhedsmæssige aspekter i skatteretten og består af to forhold; selve retsgrundlaget og den information, som er givet om grundlaget. Til retsgrundlaget kan siges, at forudberegneligheden er størst, når resultatet af dispositionen kan findes direkte i loven, hvorfor ordlyden har stor betydning. Lovteksten kan sjældent stå alene, da budskabet kun kan indeholdes i ordlyden. Af den grund er lovgivers information om retsgrundlaget udtrykt i blandt andet lovforarbejder og betragtninger af væsentlig betydning⁴⁰.

Hertil kan knyttes, at forudberegneligheden af den generelle omgåelsesklausul i LL § 3 mildest talt er lille, da både lovtekst og forarbejder er usikre og utilstrækkelig informerende. Usikkerheden forstærkes af, at indholdet i den generelle omgåelsesklausul i høj grad skal fastsættes af domstolene.

³⁷ Hansen, Jan Guldmand: Festschrift til Tommy V. Christiansen (2019) - "Har EU-Domstolen sendt "realitetsgrundsætningen" på pension?" s. 235

³⁸ Ramsdahl, Dennis: Den evige udfordring (2015) - "Misbrugsprincippet" s. 59

³⁹ Pedersen, Jan: Den evige udfordring (2015) "Omgåelses og misbrug i skatteretten" s. 108

⁴⁰ Bolander, Jane & Schmidt, Peter Koerver: Den evige udfordring (2015) - "Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten" s. 28-29

Udvidelsen af omgåelsesklausulen i 2019 har ligeledes betydet, at klausulens omfang nu gælder hele skatteretten. For at forudsige sin retstilling i forbindelse med omgåelsesklausulen må skatteyder derfor have en indgående forståelse for både ordlyden og særligt formålet med de specifikke skatteregler rundt om i hele den danske skattelovgivning.

Ydermere er forudberegneligheden afhængig af stabilitet og fortolkningens ensartethed⁴¹. Omgåelsesklausulen i LL § 3 har på trods af sin korte levealder allerede undergået en del forvandling. Derudover har fortolkningen og specielt misbrugsvurderingen endnu ikke opnået en ensartethed pga. den brede og generelle formulering samt det lave antal sager, der er indgivet for domstolene. De danske BO-domme fra EU-Domstolen og den hertil knyttede misbrugsvurdering må derfor anses som det hidtil væsentligste fortolkningsbidrag. Resultatet af disse domme vil forhåbentlig kunne bidrage til en mere stabil og objektiv fortolkning af skatteundgåelsesdirektivets generelle omgåelsesklausul og den danske implementering i LL § 3 på tværs af retsinstanser. Med stor sandsynlighed vil EU-Domstolens svar danne grundlaget for den fremtidige fortolkning af omgåelsesklausulen, hvilket kan betyde en større ensartetheden i vurderingen - og dermed forbedret forudberegnelighed og retssikkerhed for skatteyder.

4.1.2) Forebyggelse af misbrug

Kravet til forudberegnelighed har som sagt gjort skatteretten yderst sårbar over for misbrug, da lovgiver som udgangspunkt er tvunget til acceptere skatteyderens dispositionsfrihed. Det har betydet, at beskatningen som udgangspunkt falder på baggrund af formalitet, bagvedliggende civilretlige aftaler og den objektive ordlyd, hvorfor den økonomiske realitet kan synes forbigået. Det etiske spørgsmål om, hvorvidt skattelovgiveren skal acceptere den individuelle frihed, behandles i BO-dommene. Her har Domstolen taget et klart standpunkt og understreger, at EU-rettens frihedsrettigheder ikke kan anvendes ved retsmisbrug⁴².

⁴¹ Bolander, Jane & Schmidt, Peter Koerver: Den evige udfordring (2015) - "Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten" s. 30

⁴² Jf. Det EU-retlige misbrugsprincip præsenteret i afsnit 3.2.4

Dette synes at være i overensstemmelse med de danske myndigheder, der ihærdigt forsøger at lukke de nationale skattehuller med de værnsregler, der øger kompleksiteten og samtidig mindsker forudberegneligheden⁴³. Indførslen af den generelle omgåelsesklausul i LL § 3 har bidraget til, at beskatningsgrundlaget i højere grad rykkes fra formalitet til realitet, og lovgiver har aldrig tidligere prioriteret misbrugsbekæmpelse højere - og så på bekostning af forudberegneligheden.

4.2) Kan man værne sig mod skattemisbrug og det rindende vands princip?

Det er ikke altid en fordel at designe lovtekstens ordlyd så komplekst og detaljeret, at enhver skatteyder kan beregne resultatet af sin disposition og samtidig eliminere alle fortolkningsspørgsmålene. Reglerne kan hurtigt blive for komplekse, og det vil i sidste ende modvirke og skade skattesystemets masseadministration og dermed være ødelæggende for de øvrige aspekter af retssikkerheden⁴⁴. Hertil kan knyttes, at en høj detaljegrad og kompleksitet i udformningen kan modarbejde stabiliteten og dermed forudberegneligheden, da en vis fleksibilitet og fortolkningsfrihed gør det muligt at tilpasse individuelle sager⁴⁵.

I den danske skattelov findes der konkrete bestemmelser, der skal værne mod, at lovgivningen misbruges til skatteunddragelse, således der kan ske en retfærdig fordeling af skattebyrden. Disse værnsregler består blandt andet af de danske implementeringer af BEPS-projektets fokuspunkter og den generelle omgåelsesklausul fra skatteundgåelsesdirektivets art. 6, hvilket utvivlsomt har øget kompleksitet i den danske skattelovgivning. Men hjælper disse overhovedet? Hvorfra udspringer misbruget, og hvad er den egentlige kilde til den massive udhuling af skattegrundlaget i Danmark? Neden for vendes forfatterens refleksioner om, hvordan Danmark kan værne sig mod misbrug, der ifølge Jan Pedersen følger det rindende vands princip⁴⁶.

Ifølge det rindende vands princip ansues skattemisbruget som en rindende flod, mens skattelovgivningen betragtes som en dæmning, der skal eliminere misbrugets fremmarch. Som nævnt oven for indbyder enkelte skatteregler til uønsket adfærd - en slags huller i dæmningen, hvor misbruget kan fosse igennem. Disse forsøges stoppet med specifikke værnsregler, som vi kender fra den danske

⁴³ Bolander, Jane & Schmidt, Peter Koerver: Den evige udfordring (2015) - "Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten" s. 42

⁴⁴ Bolander, Jane & Schmidt, Peter Koerver: Den evige udfordring (2015) - "Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten" s. 30

⁴⁵ Pedersen, Jan: Den evige udfordring (2015) "Omgåelse og misbrug i skatteretten" s. 131

⁴⁶ Pedersen, Jan: Den evige udfordring (2015) "Omgåelse og misbrug i skatteretten" s. 120-125

lovgivning som eksempelvis rentefradragsbegrænsning og transfer pricing-regler jf. SEL § og LL § 2. Den generelle omgåelsesklausul optræder i denne metafor som en bred bagvedliggende sikkerhedspresenning, der skal stoppe det misbrug, der trænger igennem på trods af de øvrige værnsregler. Efterhånden som dæmningen er lukket tæt, vil det rindende vand begynde at stige, gå over bredderne eller på anden måde finde vej uden om dæmningen. Det er altså kun muligt at lukke ned for misbruget midlertidigt.

Dette skyldes, at skattemisbrug og behovet for de enkelte medlemslandes værnsregler bunder i flere strukturelle forskelle blandt medlemslandenes skattesystemer. Der findes som sagt i skatteretten meget få bestemmelser fra EU sammenlignet med eksempelvis selskabsretten, og det har betydet en mindre harmonisering af reglerne mellem medlemsstaterne. Beskatningen udgør den primære indtægtskilde for mange medlemslande, og ønsket om suverænitet på området er derfor stort. Dette har ført til, at EU-landene udgør individuelle skattejurisdiktioner med forskellige skattesystemer, der mellem hinanden indeholder grænseoverskridende strukturforskelle⁴⁷.

De strukturelle forskelle opstår ifølge Jan Pedersen i fire overordnede situationer, som er citeret direkte. »1) Den differentierede beskatning hos forskellige typer af skatteydere af samme indkomst, 2) Den differentierede beskatning af forskellige typer af indkomst hos samme skatteyder, 3) Den differentierede beskatning i forskellige indkomstår af samme indkomst hos samme skattesubjekt, 4) Den differentierede beskatning af samme indkomst hos samme skattesubjekt men i forskellige skattejurisdiktioner.⁴⁸«

Særligt den sidste strukturelle forskel synes at udgøre kilden til den rindende vand og skattemisbruget på tværs af landegrænser. Så længe disse forskelle består vil muligheden for omgåelse være en gentagende problemstilling. Ideen om at stoppe skatteunddragelse gennem specifikke og generelle værnsregler vil derfor alene få den betydning, at skattelovgivningen bliver unødvendig kompleks. For at løse skattemisbruget skal der i stedet fokuseres på en øget harmonisering af skattereglerne og et effektivt udvekslingssystem af skatteoplysninger, hvilket BEPS-projektet og EU's skatteundgåelsesdirektiver også forsøger på⁴⁹. Den kreative skatteyder vil ifølge det rindende vands princip altid kunne finde nye sprækker på tværs af de ikke harmoniserede skattejurisdiktioner. Af samme grund

⁴⁷ Pedersen, Jan: Den evige udfordring (2015) "Omgåelse og misbrug i skatteretten" s. 128

⁴⁸ Pedersen, Jan: Den evige udfordring (2015) "Omgåelse og misbrug i skatteretten" s. 121-122

⁴⁹ Pedersen, Jan: Den evige udfordring (2015) "Omgåelse og misbrug i skatteretten" s. 128-131

kan det være en fordel at stille sig kritisk over for den nylig implementeret danske generelle omgængelsesklausul.

EU-Kommisionen har i en årrække lagt i støbeskeen til et våben, der skal kunne eliminere disse grænseoverskridende strukturforskelle. Resultatet er indtil videre blevet til et udkast til CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base), som kort fortalt er en samlet koncernbeskatning for grænseoverskridende koncerner. Princippet bag projektet er at foretage én samlet EU-beskatning for koncernen på ét sted for derefter at fordele beskatningen ud på de medlemslande, hvor den skattepligtige indkomst er genereret. Ordningen skal være frivillig, og fordelingen skal ske ud fra en fordelingsnøgle, der blandt andet baserer sig på indkomstgenerering, antal ansatte og koncernens aktiver⁵⁰. Afhandlingen vil ikke dykke dybere ned i teknikaliteterne bag CCCTB, men det er forfatterens hensigt at belyse det aktive forsøg fra EU's side på at lukke de strukturelle forskelle mellem EU's mange skattejurisdiktioner. Og indtil dette er lykkedes må de mange værnsregler herunder den EU-baseret generelle omgængelsesklausul være det bedste middel mod skattemisbrug.

4.3) Aggressiv skatteplanlægning

I feltet mellem den lovlige skatteplanlægning og det egentlige skattesvig findes aggressiv skatteplanlægning. Modsat skattesvig, der består af ulovlige unddragelser og falske fakturaer, så opfylder aggressiv skatteplanlægning lovens formelle betingelser på samme måde som den lovlige skatteplanlægning. Det er der adskiller den aggressive og lovlige skatteplanlægning er, at formålet og hensigten med loven er brudt⁵¹. Neden for uddybes begrebet aggressiv skatteplanlægning.

Allerede i 2012 udsendte EU-Kommissionen en henstilling om aggressiv skatteplanlægning til medlemslandene⁵². En henstilling er ikke bindende og har ingen retslige virkninger, men alligevel mener forfatteren, at indholdet udgør grundlaget for forståelse af bekæmpelsen af skattemisbrug i EU. Henstillingen skulle gøre medlemsstaterne opmærksomme på, at den traditionelle anskuelse af skatteplanlægningen som en legitim praksis havde ændret sig.

⁵⁰ Werlauf, Erik: *"Selskabsskatteret"* (2018) s. 82-85

⁵¹ EU-Kommissionen: *"Aggressive Tax Planning Indicators"* (2017) s. 23

⁵² **EU-LEX.EUROPA.EU**: KOMMISSIONENS HENSTILLING af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning

Ifølge EU-Kommissionens første betragtning er henstillingen udsendt på baggrund af betragtninger om, at retssystemers strukturelle forskelle bevidst er blevet udnyttet med henblik på at overføre skattepligtig overskud til det mest fordelagtige skattesystem.

Aggressiv skatteplanlægning defineres af EU-Kommissionen som:

»Aggressiv skatteplanlægning består i at udnytte alle teknikaliteter i et skattesystem eller uforeneligheder mellem to eller flere skattesystemer for at slippe med lavere skat.⁵³«.

Det nævnes, at aggressiv skatteplanlægning kan antage flere former såsom dobbelt fradrag eller dobbelt fritagelse.

Skatteplanlægningen indeholder i langt de fleste tilfælde et grænseoverskridende element, hvilket gør rent nationale værnsregler utilstrækkelige. Kommissionen ser sig nødsaget til at præsentere en fælles strategi for at undgå skattemisbrug, der er ødelæggende for det indre markedes funktionsevne jf. henstillingens 4. betragtning. Der opfordres derfor til, at medlemslande i forbindelse med skattefritagelse i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomster sikrer, at indkomsten beskattes i det andet medlemsland eller tredjeland jf. henstillingens art 3.1. Dette kan gøres ved at indsætte en klausul i den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Kommissionen anbefaler, at medlemslandene følger en fælles strategi i kampen mod skattemisbrug. Det indebærer en opfordring til at implementere en general omgåelsesklausul, der kan bekæmpe misbrug, der ikke vil rammes af nationale værnsregler. Kommissionen anbefaler, at den generelle regel skal vedrøre både nationale og grænseoverskridende forhold⁵⁴. Danmark valgte som tidligere nævnt at indføre sådan en klausul i LL § 3 med virkning fra 1. januar 2019, og bestemmelsen læner sig op af den ordlyd, der præsenteres i henstillingen.

Omgåelsesklausulen enkelte dele, som de præsenteres i henstillingens art. 4, uddybes yderligere. **Et arrangement** skal forstås bredt som enhver transaktion, plan, aftale, handling og begivenhed jf. art. 4 (3). **Kunstigt** er karakteriseret ved arrangementer, der er uden reelt forretningsmæssigt indhold. Til at vurdere det forretningsmæssige indhold skal den juridiske skal, som arrangementet består af sammenholdes med den egentlige juridiske substans. Derudover skal det vurderes, hvorvidt arran-

⁵³ **EU-LEX.EUROPA.EU**: KOMMISSIONENS HENSTILLING af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning: 2. betragtning

⁵⁴ **EU-LEX.EUROPA.EU**: KOMMISSIONENS HENSTILLING af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning: art. 4

gementet udføres på en måde, der er sædvanlig og forretningsmæssig fornuftigt samt om det indeholder elementer, der udligner eller ophæver hinanden. Samtidig må arrangementet ikke resulterer i en betydelig skattefordel, der ikke står mål med forretningsrisikoen. Sidst men ikke mindst må det skattepligtige overskud ikke stå i ubetydelig forhold til den skattefordel, der opnås jf. art. 4 (4). Til at bedømme om hovedformålet er at **undgå beskatning**, skal det objektivt vurderes, om arrangementet strider mod skattereglens hensigt, formål og ånd jf. art. 4(5). Ifølge art. 4 (6) må et formål anses som **hovedformålet**, når de øvrige formål forekommer ubetydelige taget alle arrangementets omstændigheder taget i betragtning. I vurderingen om, hvorvidt skatteyder har opnået **en skattefordel**, skal skattebeløbet, som skatteyder er pligtigt til at betale på baggrund af det pågældende arrangement sammenlignes med det beløb, som samme skatteyder skal betale ved de samme omstændigheder, men uden dette arrangement. I denne sammenligning skal det undersøges, om; 1) der er beløb, der ikke indgår i beskatningsgrundlaget, 2) der opnås fradrag, 3) der opstår et skattemæssigt tab, 4) der undgås kildeskat, 5) udenlandsk skat udlignes jf. art. 4 (7).

Henstillingen havde i 2012 ingen virkning for brugen af eksisterende EU-retsakter. I første omgang berørtes rettighederne i moder/datterselskabsdirektivet, fusionbeskatningsdirektivet eller rente og royaltydirektivet derfor ikke. Der er dog efterfølgende indsat en general omgåelsesklausul i alle direktiver, ligesom skatteundgåelsesdirektivets art. 6 har hjemlet en generel omgåelsesklausul gældende hele skatteretten. EU-Kommissionens henstilling må anses at udgøre et væsentligt fortolkningsbidrag hertil.

5) De danske BO-domme - et nærmere indblik

Afsnit 5 har til formål at stille skarpt på de enkelte sager, der ligger til grund for EU-Domstolens afgørelser i de danske BO-domme. Kort opsummeret omhandler alle sagerne danske selskaber, der har betalt skattefrit udbytte og renter til koncernforbundne selskaber inden for EU, der efterfølgende har videreudloddet og viderebetalt til øvrige koncernforbundne selskaber uden for EU.

Neden for præsenteres faktum og tvisten for først udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) og derefter rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16, og C299/16). Hver sag illustreres med figurer, da sagens faktum er essentielt for forståelsen af den samlede analyse på baggrund af EU-Domstolens præmisser i afsnit 6. Afsnittet afsluttes med en kort gennemgang af de præjudicielle spørgsmål.

5.1) Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16)

Sagerne og de præjudicielle spørgsmål er indgivet af Østre Landsret til EU-Domstolen d. 25. februar 2016 til fortolkning af omgåelsesklausulen i moder/datterselskabsdirektivet 90/435 art. 1 stk. 2, etableringsfriheden i TEUF art. 49 og 54 samt kapitalens frie bevægelighed i TEUF art. 63. Dommen er afsagt af EU-Domstolen d. 26. februar 2019 og indeholder svar på de præjudicielle spørgsmål og tvisterne i hovedsagerne;

- I) Skatteministeriet mod T Danmark (C-116/16)
- II) Skatteministeriet mod Y Danmark (C-117/16)

5.1.1) Sagernes faktum kort fortalt

C-116/16 T Danmark

Sag C-116/16 bygger på en meget kompliceret og detaljeret selskabsstruktur, og det er én og samme konstruktion, som danner rammerne fra rentedommens sag C-115/16.

Roden af koncernstrukturen består af fem kapitalfonde - alle fra lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark⁵⁵. Det nævnes i udbyttedommens præmis 43, at de ultimative investorer i kapitalfondene er hjemmehørende i USA. Mellem Danmark og USA er der en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der hjemler, at investorerne ved direkte ejerskab af T Danmark ville kunne have opnået skattefrit udbytte⁵⁶.

Kapitalfondene vælger i 2005 at oprette en koncern med henblik på at opkøbe T Danmark, der er en stor udbyder af serviceydelser⁵⁷. De fem kapitalfonde opretter tilsammen flere luxembourgske selskaber, herunder ”N Luxembourg 2”, der i 2010 ved at købe en større portion aktier i T Danmark opnår en aktiebesiddelse på mere end 50 pct.⁵⁸. T Danmark indgår dermed i den grænseoverskridende koncern, som et datterselskab til det luxembourgske moderselskab ”N Luxembourg 2”, hvorfor de formelle betingelser for skattefrit udbytte er opfyldt.

⁵⁵ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 37

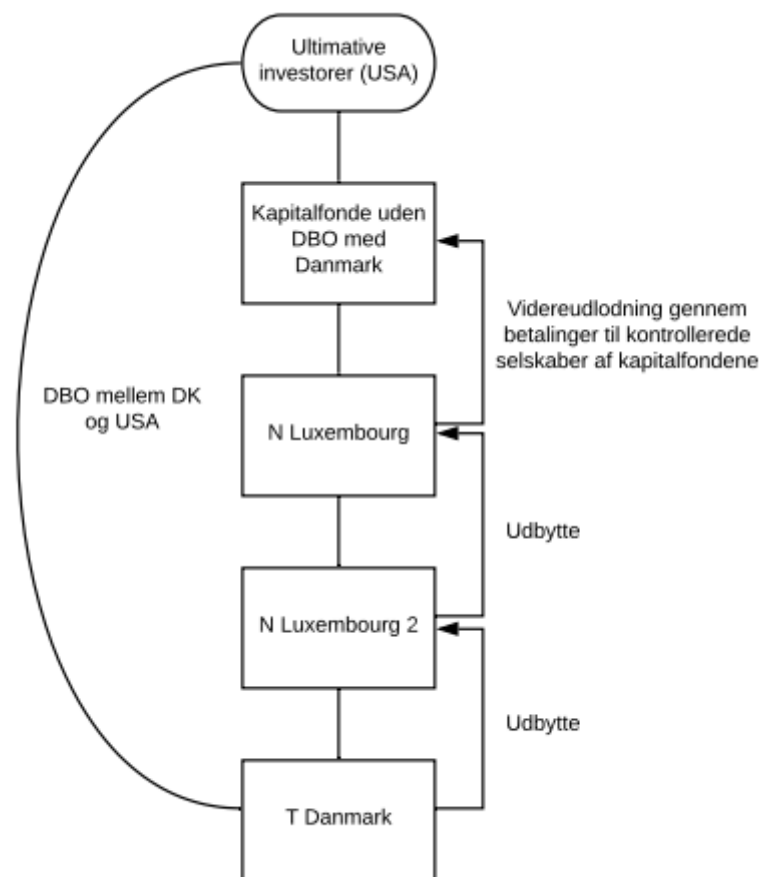
⁵⁶ Lov om indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater: art. 10 (4)

⁵⁷ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 37

⁵⁸ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 39

Da T Danmark således i sommeren 2011 udbetalte 1,8 milliarder i udbytte til sine aktionærer, kunne N Luxembourg 2 modtage sin andel skattefrit. Dette skete på trods af, at T Danmark fik afvist en anmodning om bindende svar, om hvorvidt de kunne udelade udbyttekildeskat. I anmodningen fremgik det, at T Danmark yderligere vil udlodde 6 mia. i udbytte til N Luxembourg 2. Afvisningen skyldes, at udbyttet udbetalt fra T Danmark til N Luxembourg 2 vil videreudloddess til det luxembourgske moderselskab "N Luxembourg", der vil anvende udbyttet til betale selskaber kontrolleret af de fem kapitalfonde. Det forventes, at udbyttet i sidst ende vil ende hos kapitalfondens ultimative investorer⁵⁹.

Figur 1) T Danmark C-116/16 - egen fremstilling



⁵⁹ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 41-46

C-117/16 Y Danmark

Sag C-117/16 omhandler en grænseoverskridende koncern med et børsnoteret amerikansk selskab (Y USA) som øverste moder. De udenlandske datterselskaber, herunder Y Danmark, ejes af et datterselskab til Y USA beliggende i Bermuda (Y Bermuda). Y Danmark var oprindeligt moderselskab for den europæiske del af koncernen⁶⁰.

Y USA begyndte på baggrund af en ny amerikansk skattelov i 2004 at hjemtage store mængder udbytte fra Y Bermuda⁶¹.

Inden udbyttebetalingerne blev der i den europæiske del af koncernen foretaget en omstrukturering, hvor Y Bermuda stiftede et nyt selskab på Cypern (Y Cypern). Y Cypern købte aktierne i Y Danmark med et lån fra Y Bermuda og blev øverste moderselskab i den europæiske del af koncernen⁶². Y Cypern havde ingen skattepligtig indkomst, og udbyttet modtaget fra Y Danmark blev brugt til at betale gælden til Y Bermuda. Y Bermuda udbetalte efterfølgende udbytte til Y USA⁶³. Der stilles ikke spørgsmål til, hvorvidt Y Danmark med kun 20 ansatte er et gennemstrømningsselskab for udbyttet modtaget af den øvrige europæiske del af koncernen, selvom hele udbyttet kom fra Y Holland. Y Holland var ligeledes ansvarlig for alt salg uden for Nordamerika og Mexico⁶⁴.

⁶⁰ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 49 og 50

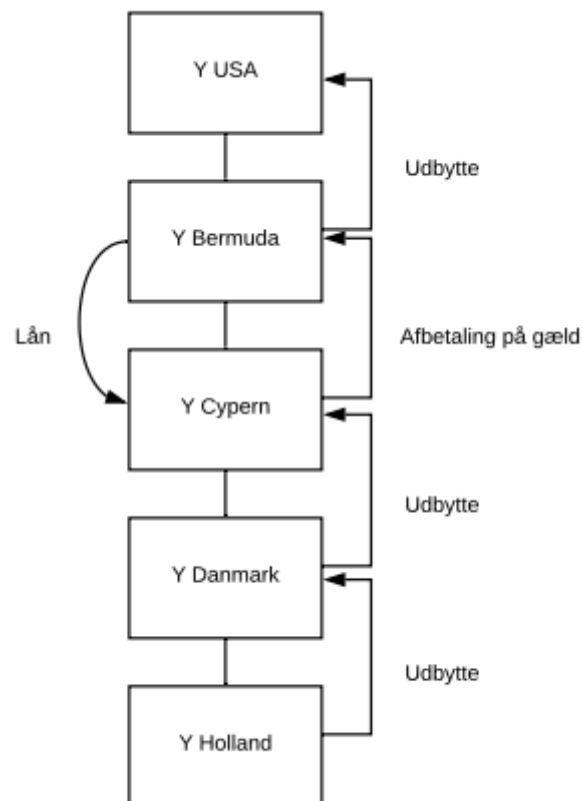
⁶¹ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 51

⁶² Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 52

⁶³ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 53 og 56

⁶⁴ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 50 og 54

Figur 2) Y Danmark C-117/16 - egen fremstilling



5.1.2) Tvisten

Tvisten i udbyttedommen består i, at de danske selskaber (T Danmark og Y Danmark) har udbetalt skattefrit udbytte til selskaber i øvrige EU-medlemslande, som ikke er de retmæssige ejer ifølge Skatteministeriet. Disse selskaber betragtes af Skatteministeriet som gennemstrømningsselskaber, der videreudlodder eller på anden måde betaler det danske udbytte til selskaber hjemmehørende uden for EU og til lande, hvor Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst⁶⁵. N Luxembourg 2 og Y Cypern skal ifølge disse betragtninger anses som begrænset skattepligtige efter SEL § 2 stk. 1 litra c, og dermed skal der opkræves kildeskat efter KSL § 65 stk. 1

I begge sager havde Landskatteretten givet skattefritagelse for udbyttekildebeskatningen med reference til, at sagerne var omfattet af fritagelsesbestemmelserne fra moder/datterdirektivet 90/435 art. 5. Landskatterettens argument var, at Danmark på tidspunktet, hvor sagerne udspillede sig, endnu

⁶⁵ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 35

ikke havde en lovfæstet omgåelsesklausul til skattemisbrug⁶⁶. På baggrund af Landsskatterettens afgørelse valgte Skatteministeriet at indbringe sagen for de danske domstole på trods af enigheden om, at selskaberne er den rette indkomstmodtager ifølge SL § 4, og realitetsgrundsætningen ikke kunne tilsidesætte arrangementet⁶⁷.

5.2) Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16)

Sagerne i rentedommen er ligeledes afsagt af EU-Domstolen d. 29. februar 2019. Rentedommen består af en række forenede sager indsendt i 2016 af henholdsvis Østre Landsret (C-115/16, C-118/16 og C-119/16) d. 25. februar og af Vestre Landsret (C-299/16) d. 26. maj. EU-Domstolen har i sin afgørelse givet et samlet svar på de danske domstoles præjudicielle spørgsmål tilknyttet sagerne. Hovedsagerne er:

- I) Skatteministeriet mod N Luxembourg 1 (C-115/16)
- II) Skatteministeriet mod X Danmark A/S (C-118/16)
- III) Skatteministeriet mod C Danmark I (C-119/16)
- IV) Skatteministeriet mod Z Danmark (C-299/16)

Modsat udbyttedommen omhandler rentedommen fortolkningen af rente/royaltydirektivet 2003/49 i sammenhæng med etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed i henholdsvis TEUF art. 49, 54 og 63. Ved sagerne i rentedommen opsummeres den enkelte sags tvist ganske kort under hver figur for overblikkets skyld.

5.2.1) Sagerne faktum kort fortalt

C-115/16 N Luxembourg 1

Det er samme grænseoverskridende koncern i sag C-116/16, der danner rammerne for sag C-115/16. Af den grund henvises, der til afsnit 5.1.1. Det kommende afsnit vil dog indeholde tilføjelser knyttet til de specifikke dispositioner i relation til rente/royaltydirektivet.

⁶⁶ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 47 og 63

⁶⁷ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 32 og 33

Kapitalfondene oprettede som nævnt flere selskaber i Luxembourg, men der blev også oprettet selskaber i Danmark i forbindelse med opkøbet af T Danmark. Et af de danske selskaber var N Danmark 1, der stod for finansieringen af opkøbet af T Danmark med lånte midler og kapitalforhøjelser fra kapitalfondene. N Danmark 1 betalte renter på gælden i perioden 2006-2008. Efter flere både nationale og grænseoverskridende fusioner bliver N Danmark 1 opløst og kravet for købet af T Danmark overdrages til N Luxembourg 1 i 2010⁶⁸.

Ét af de øvrige danske selskaber, som kapitalfondene oprettede, var N Danmark 5, der købte T Danmark og senere i 2006 overdrog aktierne til C Luxembourg. C Luxembourg var efter overdragelsen eneste moderselskab i T Danmark⁶⁹.

Kapitalfondenes gældsinstrumenter i forbindelse med lånene til N Danmark 1 blev i 2006 overdraget til det luxembourgske holdingselskab (A Luxembourg Holding), der samme dag overdrog dem til C Luxembourg⁷⁰. På den måde var både aktier og gældsinstrumenter samlet i C Luxembourg, moderselskabet til T Danmark. Gælden mellem N Danmark 1 og C Luxembourg var nu identisk med gælden mellem C Luxembourg og A Luxembourg Holding.

På baggrund af årsrapporterne i 2007 og 2008 for C Luxembourg og A Luxembourg Holding fremgår det, at selskaberne i gennemsnit har haft henholdsvis to og én person ansat på deltid. Selskaberne er ligeledes registreret på samme adresse, og begge selskaber har begrænset udgifter. C Luxembourg har kun to aktiver⁷¹.

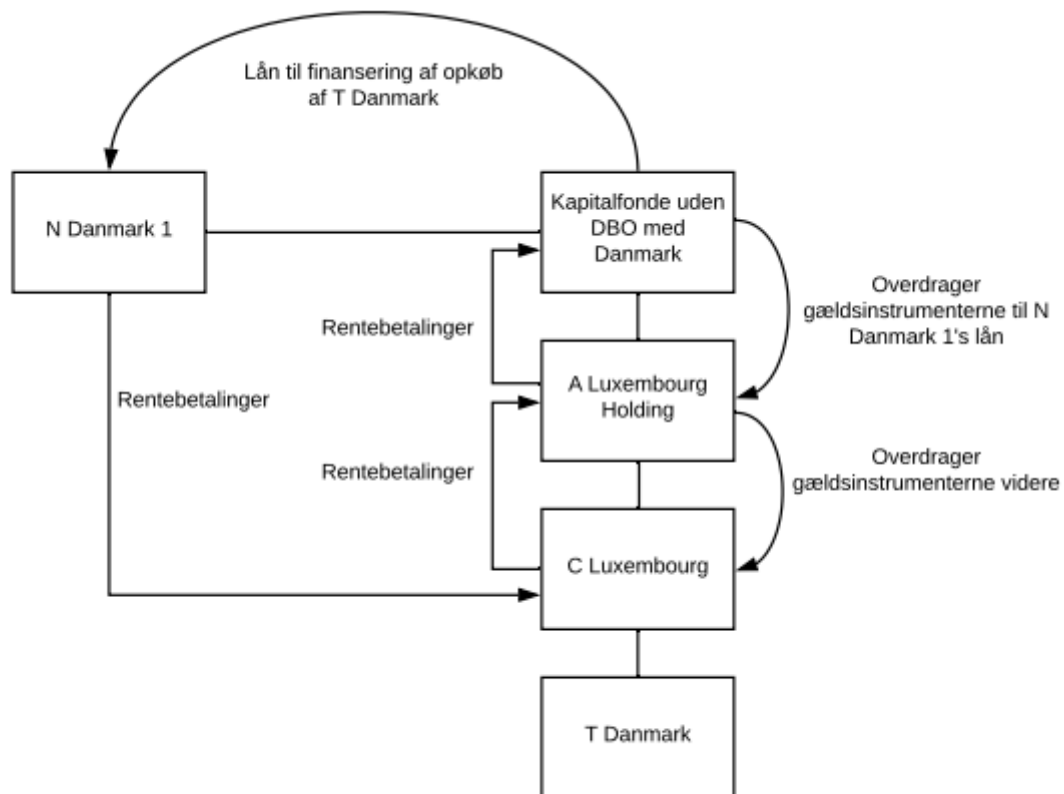
⁶⁸ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 32

⁶⁹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 33

⁷⁰ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 34

⁷¹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 36-40

Figur 3) N Luxembourg C-115/16 - egen fremstilling



SKAT valgte i 2011 at opkræve næsten en milliard kroner i kildeskat for perioden 2006-2008 ved at nægte skattefritagelsen i rente/royaltydirektivet 2003/49 art. 1 stk. 1 på baggrund af disse finansielle konstruktioner. Efter SKATs opfattelse var hverken C Luxembourg eller A Luxembourg Holding rentebetalningernes retmæssige ejere. I stedet mente SKAT, at de to luxembourgske selskaber var gennemstrømningsselskaber for rentebetalingerne betalt mellem den danske del af koncernen og kapitalfondene⁷². Ud fra dette synspunkt må C Luxembourg være begrænset skattepligtig af den kontrolleret gæld fra Danmark jf. SEL § 2 stk. 1 litra d, og dermed skal der opkræves kildeskat efter KSL § 65 D.

⁷² Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 41

C-118/16 X Danmark

X-koncernen er en grænseoverskridende koncern, der i 2005 blev opkøbt af kapitalfonde. Det øverste koncernselskab er et luxembourgsk kommanditselskab (X SCA, SICAR), hvori kapitalfondene er direkte aktionærer. Det luxembourgiske selskab anses af de danske skattemyndigheder som en transparent enhed, hvorfor beskatningen skal ske hos aktionærerne, da selskabet ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt⁷³.

X SCA, SICAR ejede 100 pct. af kapitalen i X Sverige Holding, hvis eneste aktivitet var at eje X Sverige, som er moderselskab til X Danmark⁷⁴. Ca. 98 pct. af X Sveriges samlede indtægter bestod i perioden fra 2007 til 2009 af renteindtægter modtaget af X Danmark⁷⁵. Rentebetalinger blev modtaget i forbindelse med et lån på 501 mio. EUR optaget i slutningen af 2006. X Sverige Holding havde et lignende lån i samme størrelse til X SCA, SICAR⁷⁶.

X Danmark havde fået fradrag for renteudgifterne, da renterne var betalt til X Sverige ud fra opfattelsen af, at X Sverige var den retmæssige ejer⁷⁷. X Sverige havde som tidligere nævnt rentebetalingerne som eneste skattepligtige indkomst, men det skattepligtige resultat blev dog udhulet gennem fradragsberettigede koncernbidrag til X Sverige Holding, der benyttede koncernbidragene til at betale af på gælden til X SCA, SICAR.

⁷³ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 46-48

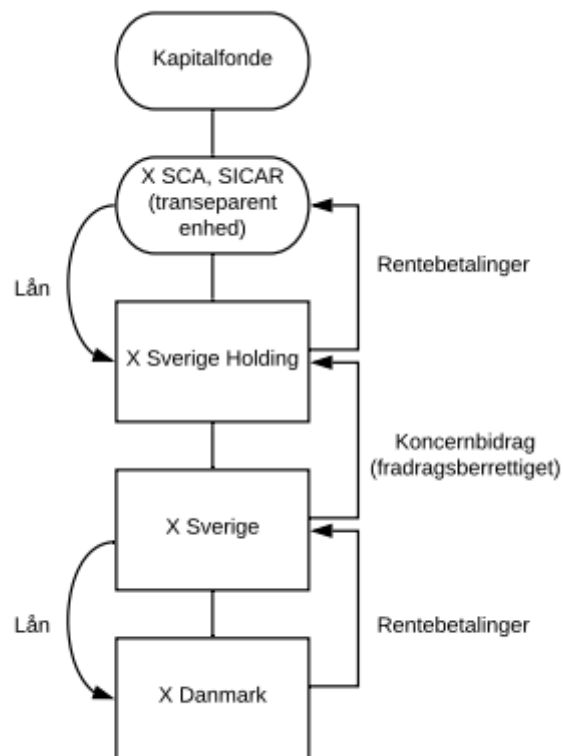
⁷⁴ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 49-50

⁷⁵ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 53

⁷⁶ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 50

⁷⁷ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 54

Figur 4) X Danmark C-118/16 - egen fremstilling



SKAT mener, at hverken de to svenske selskaber eller X SCA, SICAR kan anses som den retmæssige ejer. Ifølge Skatteministeriet er det luxembourgske X SCA, SICAR ikke omfattet af selskabstyperne for anvendelsen af rente/royaltydirektivet 2003/49 jf. art. 3 litra a) nr. 1). Grunden hertil er, at SICAR-”selskabet” er fritaget for skat af blandt andet renter. SKAT fastslår derfor, at der skulle være indeholdt kildeskat af den interne rente betalt af den kontrollerede gæld mellem X Danmark og X Sverige⁷⁸.

⁷⁸ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 55

C-119/16 C Danmark 1

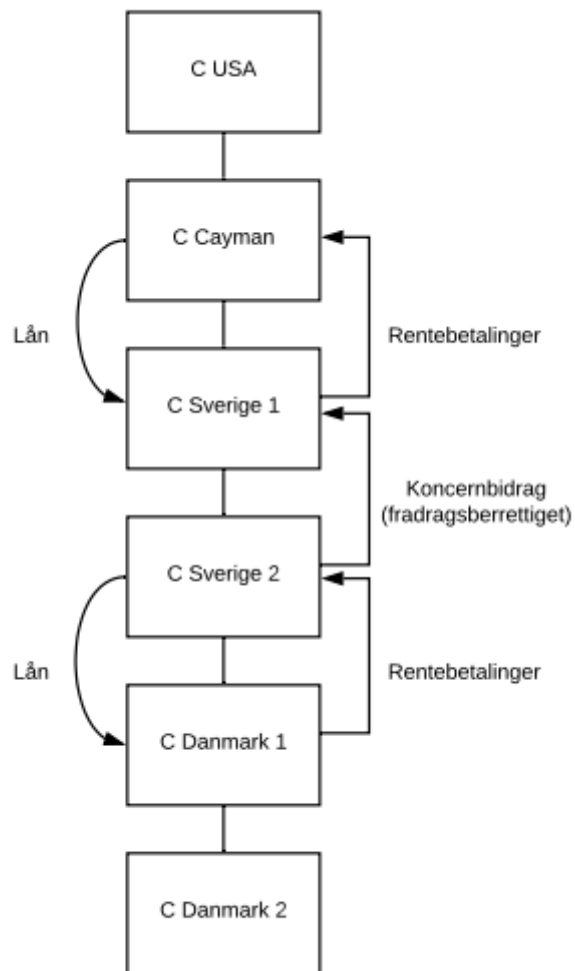
Sag C-119/16 omhandler igen en grænseoverskridende koncern, hvis ultimative moderselskab er hjemmehørende i USA, C USA. Gennem et selskab på Cayman Island (C Cayman) ejer C USA et dansk selskab C Danmark 2. I 2004 foretages en større omstrukturering af koncernen, hvor der indskydes to svenske selskaber og et danske selskab mellem C Cayman og C Danmark 2. Det nyindskudte selskab C Danmark 1 var nu de øverste moderselskab i den danske del af koncernen, mens C Sverige 1 ejer C Sverige 2, som ejer C Danmark 1⁷⁹.

Omstruktureringen blev berigtiget med flere koncerninterne lån mellem C Cayman og C Sverige 1 samt mellem C Sverige 2 og C Danmark 1. Indkomsten fra rentebetalingerne fra det den danske del af koncernen blev neutraliseret af fradragsberettigede koncernbidrag mellem de svenske selskaber. Rentebetalingerne fra C Danmark 1 kunne derfor komme til C Cayman uden beskatning. De svenske selskaber havde ingen øvrig aktivitet og dermed ingen skattepligtig indkomst⁸⁰. Det er fremført i rentedommens præmis 59, at formålet med omstruktureringen var at mindske forretningsrisikoen samt at give koncernselskaberne mulighed for lettere adgang til kapital.

⁷⁹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 58

⁸⁰ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 61

Figur 5) C Danmark 1 119/16 - egen fremstilling



Skatteministeriet mente, at indskydelsen af de to svenske selskaber var begrundet i skatteovervejelser, og de dermed ikke kunne anses som den retmæssige ejer af rentebetalingerne i henhold til hverken rente-/royaltydirektivet eller den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landsskatteretten stadfæstede SKATs afgørelse med argumentet om, at de svenske selskaber var gennemstrømnings-selskaber⁸¹.

⁸¹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 60-61

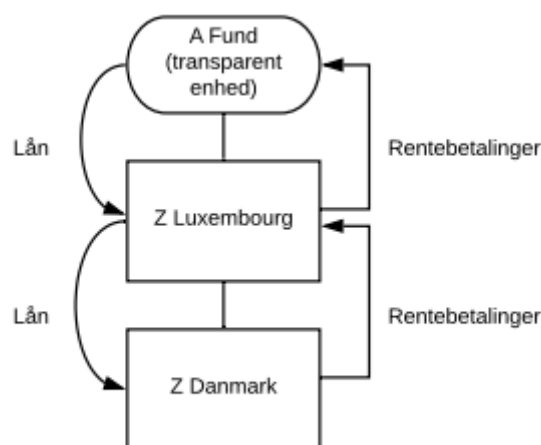
C-299/16, Z Danmark

Ifølge rentedommens præmis 65 overtager A Fund i 2005 66 pct. af aktierne i det danske aktieselskab Z Danmark. Kort efter købet ydede A Fund et lån til Z Danmark⁸².

A Fund består af fem kapitalfonde på Jersey, hvor fire af disse er organiseret som kommanditselskaber, der efter dansk ret skal anses som skattetransparente enheder. Den femte kapitalfond anses derimod som et selvstændigt skattesubjekt, men ejer kun 0,5 pct. af A Fund. Kapitalfondenes ultimative ejere er spredt både inden og uden for EU⁸³.

I 2006 oprettede A Fund et selskab i Luxembourg (Z Luxembourg), hvortil fordringen mod Z Danmark blev overdraget⁸⁴. Overdragelsen blev berigtiget af et nyt lån mellem A Fund og Z Luxembourg, der var identisk med lånet mellem nu Z Luxembourg (tidl. A Fund) og Z Danmark⁸⁵. Det luxembourgske selskab fik ligeledes overdraget A Funds aktier i Z Danmark⁸⁶. Dette var Z Luxembourgs eneste aktivitet, og selskabet havde ingen skattepligtig indkomst, da rentebetalingerne fra de to lån neutraliserede hinanden⁸⁷.

Figur 6) Z Danmark C-299/16 - egen fremstilling



SKAT har på baggrund af den finansielle konstruktion ikke kunne anse Z Luxembourg som den retmæssige ejer af renterne betalt af Z Danmark, hverken ifølge rente-/royaltydirektivet eller dobbelt-

⁸² Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 67

⁸³ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 66

⁸⁴ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 68

⁸⁵ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 69

⁸⁶ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 70

⁸⁷ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 71

beskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. Konstruktionen medførte, at rentebetalingerne undgik beskatning på vej til kapitalfonden, der efterfølgende kunne udlodde betalingerne til de ultimative investorer⁸⁸.

5.2.2 Tvisten

De konkrete tvister er kort beskrevet under hver enkelt illustration, så læseren kan beholde overblikket. Opsummerende for sagerne i rentedommen kan siges, at tvisterne omhandler danske selskaber, der har betalt skattefrie renter til associerede selskaber inden for EU. Skattefritagelsen er sket på baggrund af rente/royaltydirektivet 2003/49 art. 1 stk. 1. Skatteministeriet mener i alle sagerne, at skattefritagelsen skal nægtes da modtageren af renterne ikke kan anses som rentebetalingerens retmæssige ejer - hverken i henhold til rente-/royaltydirektivet eller de enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster⁸⁹. Med argumenterne om, at rentemodtagerne er gennemstrømningselskaber og skatte-transparente enheder, mener Skatteministeriet, at selskaberne er begrænset skattepligtige af de interne renter betalt af den kontrollerede gæld jf. SEL § 2 stk. 1 litra d., hvorfor der skal pålægges kildeskat på rentebetalingerne jf. KSL § 65 D.

I sagerne har sagsøgerne anfægtet Skatteministeriets vurdering. Her nævnes det, at Danmark ligesom ved udbyttedommen ikke have en generel lovbestemt regel til bekæmpelse af skattemisbrug, da den først blev indført ved lov nr. 540 d. 29. april 2015⁹⁰. Derudover påpeges, det at det EU-retlige begreb ”beneficial owner” må have sin egen fortolkning, og at dermed ikke kan henvises til OECD’s modeloverenskomst⁹¹. Afslutningsvis nævnes det, at kildebeskatningen ligegyldigt hvad vil være en restriktion mod etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed jf. TEUF art. 49, 54 og 63, da kildebeskatningen falder på et tidligere tidspunkt og morarenterne ved tilbagebetaling er højere ved udenlandske transaktioner sammenlignet med selskabsskatten, der anvendes ved nationale transaktioner⁹².

⁸⁸ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 73

⁸⁹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 27 og 28

⁹⁰ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 24

⁹¹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 76

⁹² Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 77

5.3) De præjudicielle spørgsmål

De danske domstole forelagde til hver af de seks skattesager en række præjudicielle spørgsmål, der skulle afklare, hvorvidt SKAT kunne nægte skattefritagelsen af kildeskat for henholdsvis grænseoverskridende udbytte og renter i henhold til moder/datterselskabsdirektivet 90/435 og rente-/royaltydirektivet 2003/49.

EU-Domstolen har i sin besvarelse af de præjudicielle spørgsmål valgt at forene svarene, da de præjudicielle spørgsmål ifølge Domstolen vedrører ensartede tematikker. Det betyder, at Domstolen har afgivet et samlet svar på de præjudicielle spørgsmål i udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16). Det er vigtigt at understrege, at dommene skal læses og fortolkes parallelt, da svarerne stort set er identiske.

De præjudicielle spørgsmål i både udbyttedommen og rentedommen vedrører **tre temaer**⁹³. I rentedommen tilføjes dog svaret på, hvordan begrebet ”beneficial owner” skal fortolkes.

Afhandlingens analyse baserer sig på EU-Domstolens tre temaer, men analysen vil dykke ned i fire problemstillinger, hvor begrebet ”beneficial owner” får sit eget afsnit. Forfatteren har navngivet overskrifterne til de fire temaer, der i efterfølgende afsnit vil blive analyseret, som følgende; 1) *Den retmæssige ejer*, 2) *Retsgrundlag for retsmisbrug*, 3) *EU's misbrugsbegreb* og 4) *Retsmisbrug og tilsidesættelse af EU-rettens frihedsrettigheder*. De konkrete præjudicielle spørgsmål præsenteres som en introduktion til EU-Domstolens behandling og konklusion af hvert tema.

6) Analyse af de danske BO-domme

6.1 Den retmæssige ejer

De danske domstole ønsker i de præjudicielle spørgsmål at få besvaret, hvordan begrebet ”beneficial owner” eller den danske udgave ”retmæssige ejer” skal fortolkes⁹⁴. Begrebet er indsat i rente-/royaltydirektivets art. 1 stk. 1 og er en betingelse for at kunne gøre brug af direktivets bestemmelser, mens moder/datterselskabsdirektivet ikke har en lignende bestemmelse indsat.

⁹³ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 67 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 82

⁹⁴ Det første spørgsmål, litra a)-c), i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16

Ifølge rente/royaltydirektivets betragtninger er formålet at undgå dobbeltbeskatning af renter betalt mellem associerede selskaber i forskellige medlemslande ved at sikre, at rentebetalingen kun beskattes én gang⁹⁵. For at behandlingen sker skattemæssigt ens, skal kildelandet ophæve beskatningen, men kun på den betingelse, at modtageren er den retmæssige ejer jf. direktivets art. 1 stk. 1. Ifølge rentedommens præmis 88 skal begrebet retmæssig ejer forstås som den enhed, der **reelt** modtager rentebetalingerne. Det vil sige, at rentebetalingerne skal modtages til eget brug⁹⁶ og ikke blot til videreformidling, hvilket også fremgår af direktivets art. 1 stk. 4. På baggrund af den sproglige formulering ”retmæssige ejer” er det klart, at betingelsen ikke blot kan opfyldes formelt, da det er et krav, at ejeren/modtageren er den som i sidste ende har den retten og dermed den økonomiske råderet over betalingerne, hvilket understreger skatterettens afvigelse fra det civilretlige udgangspunkt. Det er alene en enhed med hjemsted i et EU-land, der kan udgøre den retmæssige ejer⁹⁷.

Det EU-retlige begreb ”retmæssige ejer” er desuden inspireret af OECD’s modeloverenskomst art. 11, hvorfor de efterfølgende kommentarer til modeloverenskomsten udgør et væsentligt fortolkningsbidrag⁹⁸. Der tages dermed afstand fra sagsøgerne og genereladvokaten, der mener, at det EU-retlige begreb må undergives sin egen fortolkning⁹⁹. Opsummerende om OECD’s modeloverenskomst kan siges, at gennemstrømningsselskaber ikke anses som den retmæssige ejer. Derudover skal det påpeges, at begrebet retmæssig ejer ikke skal anvendes som en snæver teknisk definition, men snarere som et middel til at undgå dobbeltbeskatning og skattemisbrug. Det er af den grund ikke muligt at opstille generelle krav til arrangementet, da det altid må bedømmes ud fra en konkret vurdering.

Sidst og meget vigtigt skal det understreges, at skattefritagelsen i direktivets art. 1. stk. 1 ikke kan nægtes blot med betragtningen om, at modtageren ikke er den retmæssige ejer. Dette er eksempelvis tilfældet, hvis den ”uretmæssige ejer” foretager en videreformidling til den retmæssige ejer inden for EU, der opfylder betingelserne i direktivet¹⁰⁰.

⁹⁵ **EU-LEX.EUROPA.EU**: 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. Betragtning 2-4

⁹⁶ Nævnt som betingelse ”eget navn” og ”egen regning” af Juliane Kokott i forslag til afgørelse (C-116/16) præmis 45

⁹⁷ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 89

⁹⁸ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 89

⁹⁹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 76, se også generaladvokatens forslag til afgørelse (C-116/16) præmis 85 og (C-115/16) præmis 55

¹⁰⁰ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 94

Moder/datterselskabsdirektivet har som sagt ikke et lignende krav om, at modtageren af udbyttet skal være den retmæssige ejer. Det er forfatterens overbevisning, at begrebet ”retmæssig ejer” ikke spiller samme rolle i moder-/datterselskabsdirektivet som i rente-/royaltydirektivet. Alligevel må det ud fra udbyttedommens præmis 117 fortolkes, at begrebet indgår i en samlet vurdering af alle relevante omstændigheder i afvejningen om, hvorvidt arrangementet er udtryk for misbrug.

6.2) Retsgrundlag for retsmisbrug

I moder/datterselskabsdirektivets art. 1 stk. 2 og rente-/royaltydirektivets art. 5 stk. 2 hersker der generelle omgåelsesklausuler, der skal virke mod svig og misbrug af direktivernes øvrige bestemmelser. Danmark havde på daværende tidspunkt ikke indført disse i dansk ret. I de præjudicielle spørgsmål har de danske domstole forelagt EU-Domstolen, om hvorvidt det kræver en national implementering af disse bestemmelser. I samme boldgade spørges der til om begrebet retmæssige ejer fra dobbeltbeskatningsoverenskomster eller øvrige nationale misbrugsprincipper kan fungere som en national implementering af direktivet og dermed som retsgrundlag for misbrug¹⁰¹.

I forbindelse med svaret af disse spørgsmål fremfører EU-Domstolen den nyeste version af det EU-retlige misbrugsprincip, der hjemler, at borgerne ikke må benytte de EU-retlige bestemmelser til svig og misbrug. Princippet er præsenteret under afsnit 3.2.4.

Svaret er særligt opsigtsvækkende, da det af tidligere praksis fremgår, at myndighederne ikke kan nægte en skattefritagelse på baggrund af manglende hjemmelsgrundlag. I Kofoed-sagen (C-321/05), som er baggrund for sagsøgernes anfægtelser, kunne de danske myndigheder ikke nægte fusions-skattedirektivets bestemmelser på trods af omgåelsesklausulen i direktivets art. 11, stk. 1, litra a. Dette skyldes en manglende national implementering af omgåelsesklausulen i dansk ret, ligesom der ikke kunne findes øvrige nationale bestemmelser (rette indkomstmodtager SL § 4 og realitetsgrundsætningen), der kunne fortolkes i overensstemmelse med den generelle omgåelsesklausul. Samme synspunkt går igen i generaladvokatens forslag, hvor Kokott påpeger, at et medlemsland ikke kan påberåbe sig en direktivbestemmelse, der ikke er gennemført og implementeret i national ret¹⁰². Som tidligere nævnt var det ligeledes Landskatterettens opfattelse, at Danmark ikke havde en

¹⁰¹ Udbyttedommen: det første til det tredje spørgsmål og det fjerde spørgsmål, litra a)-c), i hovedsagerne, Rentedommen: det andet spørgsmål, litra a) og b), og det tredje spørgsmål i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16

¹⁰² Generaladvokat Juliane Kokotts forslag til afgørelse i udbyttedommen præmis 99 og rentedommen 103

gyldig hjemmel til at tilsidesætte arrangementerne i skattesagerne, selvom modtagerne ikke kunne anses som den retmæssige ejer. Udfaldet i sagerne vil givetvis have haft et andet udfald, hvis misbrugsprincippet var kendt på daværende tidspunkt.

Med indførslen af det EU-retlige misbrugsprincip tages der afstand fra Kofoed-sagen C-321/05 og betingelsen om en national implementering af direktivernes omgåelsesklausuler.

Det EU-retlige princip påhviler som udgangspunkt borgerne at overholde, således EU-retten ikke anvendes som en tom skal, der skal dække for svig og misbrug¹⁰³. Til gengæld betyder det, at medlemsstaterne **skal** nægte borgerne fordele i EU-bestemmelserne, der er opnået ved misbrug - selv uden gennemførelsen af direktivernes omgåelsesklausuler¹⁰⁴.

Borgerne har ganske vist stadig ret til at udnytte skattekonkurrencen mellem medlemsstaterne til at opnå en fordel på de ikke harmoniserede områder. Det betyder, at skatteyderen stadig kan søge mod den mest gunstige beskatning uden, at det i sig selv anses som misbrug. Dog kan fordele fra EU-retten ikke opnås, når arrangementet strider mod formålet af skattelovgivning og er uden økonomisk realitet¹⁰⁵ 80-81. Misbrugsbegrebet afklares yderligere i næste afsnit.

På baggrund af svaret er der intet grundlag for at besvare, hvorvidt begrebet ”retmæssig ejer” eller øvrige nationale bestemmelser til bekæmpelse af misbrug kan anses som en implementering af de generelle omgåelsesklausuler i direktiverne¹⁰⁶.

6.3) EU's misbrugsvurdering

I de præjudicielle spørgsmål bliver der spurgt ind til hvilke elementer, der indgår i misbrugsvurderingen, og hvordan disse elementer kan påvises. Helt konkret efterspørges der, om et selskab kan anses for at have modtaget udbytte eller renter, hvis det modtagende selskab direkte via kontrakt videreudlodder udbyttet, eller på baggrund af faktiske omstændigheder ikke har den rette beføjelse over udbyttet. Der spørges yderligere indtil, om der stadig foreligger misbrug, hvis et gennemstrømningselskab er indskudt mellem den retmæssige ejer og det udbyttebetalende land, hvor der mellem

¹⁰³ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 71 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 97

¹⁰⁴ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 72 og 77 samt rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 98 og 104

¹⁰⁵ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 80 og 81 samt rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 108 og 109

¹⁰⁶ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 94 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 121

de to sidstnævnte er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Slutteligt ønskes det besvaret, hvorvidt det påhviler myndighederne, der ønsker at nægte en fordel, at udpege den retmæssige ejer¹⁰⁷.

Svaret til disse præjudicielle spørgsmål er samlet under ét, og EU-Domstolen præsenterer i dette svar elementerne i sin misbrugsvurdering.

6.3.1 Misbrugselementerne

Det følger af EU-Domstolens praksis, at det kræver et sammenfald af objektive omstændigheder og et subjektivt element, hvis det skal kunne påvises, at der foreligger misbrug. Grundlaget for denne misbrugsvurdering blev lagt i Emsland-Starcke-sagen C-110/99 (præmis 52 og 53) og er gennem tiden udviklet til den misbrugsvurdering præsenteret i de danske BO-domme, der må anses som den nyeste version.

De objektive omstændigheder består i, at formålet med EU-lovgivningen ikke opfyldt på trods af, at de formelle betingelser er overholdt. Mens **det subjektive element** består i, at skatteyder har haft til hensigt til at opnå en uretmæssig fordel ved kunstigt at opfylde EU-lovgivningens betingelser¹⁰⁸.

I vurderingen af det subjektive element, om hvorvidt skatteyder har haft til hovedformål at opnå en uretmæssig fordel, skal det særligt kunne påvises, at skatteyderens arrangement er kunstigt - uden enhver form for **økonomisk realitet** og forretningsmæssig begrundelse¹⁰⁹. Domstolen har i sit svar undladt at referere til det minimale substanskrav knyttet til de rent kunstige arrangementer fra Cadbury Schweppes-dommen C-196/04 (præmis 68), som ellers blev gengivet i generaladvokat Kokotts forslag¹¹⁰. Substanskravet har tidligere været med til at definere begrebet ”rent kunstige arrangement”, hvilket illustrerer et arrangement, der udelukkende opfylder EU-rettens formelle betingelser. I Cadbury Schweppes C-196/04 blev det understreget, at et ”rent kunstigt arrangement” kunne være

¹⁰⁷ Udbyttedommen: det fjerde spørgsmål, litra d) og e), og det femte og det ottende spørgsmål i hovedsagerne Rentedommen: det første spørgsmål, litra d)-f), i sag C-115/16, sag C-118/16 og sag C-119/16, det første spørgsmål, litra d) og e), i sag C-299/16, det fjerde spørgsmål i sag C-115/16 og sag C-118/16, det femte spørgsmål i sag C-115/16, det sjette spørgsmål i sag C-118/16 og det fjerde spørgsmål i sag C-119/16 og sag C-299/16

¹⁰⁸ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 97 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 124

¹⁰⁹ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 98 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 125

¹¹⁰ **CURIA.EUROPA.EU**: FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT fremsat den 1. marts 2018 (C-116/16) præmis 52 og 55 (C-115/16) 63 og 65

et ”postkasseselskab”¹¹¹, som er en reference til Generaladvokat Philippe Légers forslag til afgørelse, hvor lokaler, personale og det rette udstyr skulle være et kriterie for reel etablering¹¹². I stedet for at referere hertil har Domstolen i BO-dommene præsenteret definitionen på et kunstigt arrangement som:

»En koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse, kan anses for et kunstigt arrangement.¹¹³«

Definitionen på et kunstigt arrangement ligner til forveksling den generelle omgåelsesklausul fra skatteundgåelsesdirektivets art. 6. Af den grund er det yderst interessant at undersøge, hvornår ”kunstigt” egentlig er kunstigt, da dette synes altafgørende for, hvornår skatteplanlægningen bliver for aggressiv. Det er forfatterens overbevisning, at det EU-retlige princip har betydet, at arrangementets kunstighed ikke længere skal betragtes udelukkende ud fra fysisk tilstedeværelse (postkasseselskabstesten), men snarere ud fra en objektiv vurdering af de forretningsmæssige årsager, der ikke må stå i ubetydelig forhold til den skattefordel, der opnås - altså den økonomiske realitet. Det betyder, at selv arrangementer, der som følge af det tidligere substanskravet *ikke* kan anses som rent kunstige arrangement, stadig kan være udtryk for misbrug pga. manglende økonomisk substans.

Som udgangspunkt pålægger det skatteyderen, der ønsker at udnytte fordelene i EU-retten, at kunne godtgøre for, at betingelserne herfor er opfyldt. I de tilfælde, hvor en skattefordel skal nægtes med misbrug som argument, er det derimod op til myndighederne at kunne bevise elementerne i misbrugsvurderingen på baggrund af en objektiv efterprøvelse af alle de faktiske omstændigheder¹¹⁴.

De objektive omstændigheder må bevises ud fra en objektiv **formålstest**, hvor myndighederne må sammenligne formålet med arrangementet og den konkrete skattelovgivning - henholdsvis moder/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet. Det subjektive element må ligeledes skulle

¹¹¹ C-196/04 præmis 68

¹¹² **CURIA.EUROPA.EU:** FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER fremsat den 2. maj 2006 (C-196/04) præmis 112 og 138

¹¹³ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 100 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 127

¹¹⁴ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 116-117 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 141-142

påvises ud fra objektive omstændigheder i en form for **kommerciel test**¹¹⁵, der nøje skal måle og veje forholdet mellem de forretningsmæssige begrundelser over for skattefordelen¹¹⁶.

Der har i blandt teoretikere været heftigt debat om, hvordan det subjektive element og særligt skatteyderens hensigt skal vurderes. Enten skal det påvises ud fra A) juridiske argumenter på samme måde som vi fastlægger fortsat i straffe- og erstatningssager. Eller så skal det bevises ud fra B) økonomiske vurderinger, der på objektiv vis skal beregne de forretningsmæssige årsager, som skal holdes op imod de beregnede skattefordele¹¹⁷. Afhandlingen tager udgangspunkt i B), hvilket betyder, at de forretningsmæssige årsager som minimum skal overstige skattefordelen, hvis arrangementet skal anses som en økonomisk realitet. Forfatteren knytter en række kommentarer til, hvilken betydning det vil få for LL § 3 i afsnit 7, mens opgørelsen af den økonomiske realitet diskuteres i afsnit 9.

Det understreges af EU-Domstolen, at skatteyder skal have mulighed for at føre modbevis ved at fremføre beviser, der understøtter den økonomiske realitet, hvorfor dette selvfølgelig også indgår i afvejningen¹¹⁸.

Såfremt myndighederne ønsker at nægte fritagelsen på baggrund af, at modtageren ikke er den retmæssige ejer, er det ikke op til myndighederne at fastsætte den faktiske retmæssige ejer, da det praktisk talt kan vise sig at være umuligt. Derimod er det nok for myndighederne blot at fastlægge de objektive omstændigheder¹¹⁹. Dette strider mod generaladvokatens forslag, som mente, at den retmæssige ejer nødvendigvis må fastlægges, hvis skattefordelen på retfærdigvis skal opgøres¹²⁰.

6.3.2 EU-Domstolens holdepunkter

EU-Domstolen kommer i sit svar ikke med en vurdering af de faktiske omstændigheder, men der præsenteres i stedet en vejledning, hvorefter de danske myndigheder selv skal foretage en konkret efterprøvelse af misbrugsvurderingen i hver enkel sag.

¹¹⁵ Werlauff, Erik: "Selskabsskatteret" (2019) s. 57

¹¹⁶ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 99 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 126

¹¹⁷ Werlauff, Erik: "The Danish Beneficial Owner Cases: Six EU Rulings with Three Important Consequences for Advising Companies" (2020)

¹¹⁸ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 99 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 126

¹¹⁹ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 118-120 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 143-145

¹²⁰ CURIA.EUROPA.EU: FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT fremsat den 1. marts 2018 (C-116/16) præmis 92 (C-115/16) 96

Til vejledningen knyttes en række holdepunkter, der kan antyde, at selskaber og koncernstrukturer er kunstige og ikke afspejler en økonomisk realitet. Holdepunkterne kan inddrages i vurderingen af de forretningsmæssige årsager i den kommercielle test, og på nuværende tidspunkt må de anses som det bedste fortolkningsbidrag til testen af den økonomiske realitet. Det kan argumenteres for, at EU-Domstolen med præsentationen af de økonomiske holdepunkter har udviklet vurderingen af det subjektive element til en økonomisk test¹²¹.

Først og fremmest nævnes det, at gennemstrømningsselskaber skal anses som kunstige arrangementer, da hovedformålet er at opnå en skattefordel, der strider mod hensigten af skattelovgivningen¹²².

De øvrige holdepunkter, der indikerer mangellende økonomisk realitet, er:

1) Hurtig videreudlodning,

I de konkrete sager, hvor udbytte og renter videreudloddet kort tid efter modtagelsen til selskaber uden for direktivets anvendelsesområdet (selskaber/kapitalfonde uden for EU og transparente enheder), kan dette indikere, at arrangementet er kunstigt og opført på baggrund af at opnå en skattefordel¹²³.

2) Ubetydelig skattepligtig indkomst

Yderligere underbygges den mangellende økonomiske realitet af, at der kun findes en meget lille og ubetydelig skattepligtig indkomst, som ofte er udtryk for resultatudligning. Det understreges, hvis selskabets eneste aktivitet er at modtage og udbetale udbytte og renter, er selskabet et gennemstrømningsselskab¹²⁴.

3) Den økonomiske aktivitets kendetegn

I vurderingen af den økonomiske realitet påpeger Domstolen, at der skal fokuseres på den økonomiske aktivitets kendetegn. Det vil sige, at vurderingen skal behandles forskelligt mellem eksempelvis

¹²¹ Bærentzen, Susi Hjort: Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? (2020) s. 1

¹²² Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 100 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 127

¹²³ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 101 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 128

¹²⁴ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 103 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 130

holding- og driftsselskaber og disses særlige kendetegn. I denne vurdering af selskabets økonomiske realitet skal der kigges på alle relevante elementer herunder driften, regnskab, afholdte udgifter, personale, lokaler og udstyr¹²⁵. Der har tidligere været diskuteret, hvorvidt de rene passive holdingselskaber er blevet et offer i bekæmpelsen af skattemisbrug, da disse opfylder betingelsen for at være gennemstrømningsselskab (minimal skattepligtig indkomst og videreudlodning)¹²⁶. Dette holdepunkt vidner dog om, at EU-Domstolen holder liv i disse konstruktioner, eftersom vurderingen skal foretages ud fra aktivitetens særlige kendetegn. Det må forventes, at der stilles færre krav til holdingselskaber i misbrugsvurderingen, da holdingselskaber er kendetegnet ved begrænset aktivitet. Af EU-Domstolens øvrige praksis og af generaladvokatens forslag, fremgår det, at der kun stilles få krav til holdingselskabers aktivitet jf. Diester-sagen (C-504/16) og Juhler (C-613/16)¹²⁷. I sagerne havde holdingselskabernes som eneste aktivitet at forvalte kapitalandele, hvilket ikke alene betød kunne anses som kunstigt.

På nuværende tidspunkt er det dog svært at spørge om holdingselskabernes fremtid, men som det nævnes i afsnit 8 ønsker de danske myndigheder stadig at beskytte de passive holdingselskaber. Det er forfatterens overbevisning, at der må skabes større klarhed, om hvornår holdingselskaber skatteretligt accepteres for at opretholde retssikkerheden. I den forbindelse kunne en systematisering af skatterettens afvigelser fra civilretten spille en stor rolle, som det også diskuteres i afsnit 9.

4) Juridiske kontrakter eller substantielle forpligtelser, der begrænser modtagerens råderet over betalingerne

Af Domstolens holdepunkter fremgår det, at den egentlige råderet over selskabets aktiver skal vurderes, da kunstige arrangementer er kendetegnet ved, at pengestrømmene mellem koncernen er låst af juridiske kontrakter. Ligeledes vil det pege hen mod et kunstigt arrangement, hvis selskabet ikke har den faktiske beføjelse over udbyttet eller renterne på baggrund af substantielle forpligtelser¹²⁸.

¹²⁵ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 104 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 131

¹²⁶ Bundgaard, et al. "Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3" Skat Udland (2019/10): s. 950

¹²⁷ **CURIA.EUROPA.EU**: FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT fremsat den 1. marts 2018 (C-116/16) præmis 55 (C-115/16) 67

¹²⁸ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 105 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 132

Holdepunkterne har alle økonomisk karakter, der stiller spørgsmål ved det civilretlige udgangspunkt. Alle øvrige holdepunkter bestyrkes, hvis der er sammenfald mellem arrangementerne og ny vigtig skattelovgivning¹²⁹.

Overordnet om EU-Domstolens holdepunkter kan siges, at de stiller krav til selskabernes selvstændighed, hvilket kan være svært at forestille sig praksis, eftersom selskaberne indgår i grænseoverskridende koncernstrukturer.

6.3.3 DBO mellem kildelandet og tredjelandet (den retmæssige ejer)?

Der kan opstå tilfælde, hvor der er indskudt et gennemstrømningsselskab mellem det udbetalende selskab i kildelandet og den retmæssige ejer i et tredjeland, hvor der allerede er indgået en DBO mellem kildelandet og tredjelandet, der hjemler skattefrihed. Domstolen svarer hertil, at der stadig kan foreligge retsmisbrug i sådanne situationer, og Domstolen understreger, at en DBO ikke i sig selv ikke kan udelukke misbrug, hvis alle øvrige misbrugselementer er til stede. Dette skyldes, at beskatningen altid skal ske efter den økonomiske realitet, og dette kan en DBO ikke tilsidesætte¹³⁰.

På den anden side vil en DBO, der hjemler skattefrihed, mellem hjemstedet for den retmæssige ejer og kildelandet sandsynliggøre, at strukturen er udtryk for andet end misbrug¹³¹. Dette må forventes at være udfaldet i alle tilfælde, hvor der ikke opnås en skattefordel, da vurderingen af misbrugets subjektive element må vurderes ud fra en kommerciel test. I denne vurdering skal skattefordelen afvejes over for de forretningsmæssige årsager. Hvis der ikke opnås en skattefordel, så må arrangementet være udtryk for 100 pct. forretningsmæssige årsager.

Man kan dog diskutere, hvorvidt der alligevel opnås en skattefordel. Det skulle komme meget bag på forfatteren, hvis de involverede komplekse finansielle konstruktioner ikke medførte en eller anden fordel. Det virker i hvert fald besynderligt, hvis de blot er for syns skyld.

¹²⁹ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 106 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 133

¹³⁰ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 109 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 136

¹³¹ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 110 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 137

Desuden kan der kun nægtes fritagelse i direktivets art. 5 for den retmæssige ejer, såfremt denne er beliggende i et medlemsland¹³².

6.4) Retsmisbrug og tilsidesættelse af frihedsrettighederne

Det sidste tema omhandler, hvorvidt retsmisbrug kan tilsidesætte EU-rettens frihedsrettigheder. I de præjudicielle spørgsmål spørges der specifikt til, om det vil være stridigt mod etableringsfriheden jf. TEUF art. 49 og 54 og kapitalens frie bevægelighed jf. TEUF art. 63, at et medlemsland beskatter udbytte og renter, selvom det andet medlemsland anser udbyttet som skattefrit¹³³.

Afsnittet starter med en kort gennemgang, der skal tydeliggøre, hvornår funktionstraktatens grundlovslignende frihedsrettigheder kan tilsidesættes.

Som udgangspunkt er funktionstraktatens bestemmelser ukrænkelige over for både diskriminering og restriktioner jf. TEUF art. 18. På trods af medlemslandenes manglende harmonisering af skatteregler, har funktionstraktatens frihedsrettigheder begrænset spillerummet for de nationale skattelovgivning. Historisk set har dette også været gældende selv over for regler, der haft hensigt at værne mod misbrug jf. Avoir Fiscal-sagen (C-270/83), hvor bekæmpelse af misbrug ikke kunne begrunde en fravigelse af frihedsrettighederne.

Det er ikke længere tilfældet, og funktionstraktatens frihedsrettigheder kan ikke tilfalde skatteyder i misbrugstilfælde, da værneregler til bekæmpelse af misbrug ikke anses som en restriktion jf. TEUF art. 18. Når EU-Domstolen vurderer, hvorvidt en skatteregel kan anses som en restriktion mod frihedsrettighederne følges en række punkter. Først og fremmest skal det vurderes, om **EU-retten kan anvendes** (to eller flere medlemslande) og hvilken **frihedsrettighed**, der skal efterprøves. Når dette er slået fast, skal det undersøges, om skattereglen resulterer i **forskelsbehandlingen eller diskrimination** mellem indenlandske og udenlandske transaktioner ud fra objektive og sammenlignelige situationer. Foreligger der diskrimination, er det EU-Domstolens opgave at vurdere, om reglen kan begrundes i **alment tvingende hensyn**. Af Domstolens praksis fremgår det blandt andet, at skatteunddragelse kan anses som et alment hensyn. Såfremt skattereglen er begrundet i beskyttelsesvær-

¹³² Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 111 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 138

¹³³ Udbyttedommen: det sjette, det syvende, det niende og det tiende spørgsmål i hovedsagerne, Rentedommen: det sjette og det syvende spørgsmål i sag C-115/16, det syvende og det ottende spørgsmål i sag C-118/16, det femte og det sjette spørgsmål i sag C-119/16 og det femte til det syvende spørgsmål i sag C-299/16

dige formål og af tvingende almene hensyn, skal det undersøges, om reglen overholder **proportionalitetsprincippet**, da reglen kunne må skride ind over for utilsigtede arrangementer¹³⁴. Opsummerende kan siges, at en restriktion skal begrundes af betingelserne, der tilsammen ikke overskrider det **nødvendige**.

Det betyder, at medlemsstaterne må værne sig mod misbrug på trods af frihedsrettighederne, da dette udgør et tvingende alment hensyn, så længe det sker proportionelt.

Grundstenene i EU-Domstolens nuværende misbrugsvurdering blev lagt i ICI-sagen (C-264/96). Her blev det fra Domstolens side fastlagt, at medlemsstaterne godt må tilsidesætte de traktatbase-rede frihedsrettigheder, såfremt der var tale om ”rent kunstige arrangementer”¹³⁵. I Lankhorst-Ho-horst-sagen C-324/00 om rentefradragsbegrænsning blev det slået fast, at et medlemslands risiko for en lavere skatteindtægt ikke kan betragtes som et alment nyttigt hensyn. Derudover blev det vur-deret, at reglerne ikke kun ramte rent kunstige konstruktioner, og derfor kunne skatteunddragelse ikke begrunde en restriktion mod frihedsrettighederne¹³⁶. De rent kunstige arrangementer er efter-følgende blevet udvidet til rent kunstige arrangementer uden økonomisk realitet jf. Felixstowe C-80/12¹³⁷, hvorfor restriktioner kun må skride ind over for disse, hvis proportionalitetsprincippet skal overholdes.

Der har tidligere hersket diskussion om, hvorvidt ”Abuse of Law”(misbrug af funktionstraktaten) og ”Abuse of Rights”(misbrug af de direktivstyrede og harmoniserede bestemmelser) skulle under-kastes samme misbrugsvurdering¹³⁸. Denne diskussion synes endelig afsluttet med det uskrevne EU-retlige misbrugsprincip, der udvander diskussionsgrundlaget og anser begreberne som to sider af samme sag. Det betyder, at funktionstraktatens frihedsrettigheder ikke kan påberåbes i misbrugs-tilfælde¹³⁹. Med EU-Domstolens præsentation af det EU-retlige misbrugsprincip har barren for at nægte skattefordele og frihedsrettigheder aldrig været lavere.

¹³⁴ Michaelsen et. al, ”Lærebog om indkomstskat” (2017) s. 1161-1163

¹³⁵ C-264/96 præmis 26

¹³⁶ C-324/00 præmis 36-37

¹³⁷ C-80/12 præmis 33

¹³⁸ Laursen, Anders Nørgaard: Den evige udfordring - ”Skattebasens integritet” (2015) s. 204-205

¹³⁹ Udbyttedommen (C-116/16 og C-117/16) præmis 122 og rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 155

Domstolen understreger dog, at i tilfælde, hvor der ikke foreligger misbrug, udgør en effektiv indrivelse af skat et alment tvingende hensyn, hvilket som tidligere nævnt kan retfærdiggøre en restriktion¹⁴⁰. Domstolen uddyber i rentedommens præmis 160, at kildebeskatningen ikke går ud over det nødvendige for at opnå en hensigtsmæssig skattebehandling. Det betyder, at skatteyder som udgangspunkt ikke kan anfægte kildeskat¹⁴¹. Dog opstiller EU-Domstolen tre punkter, hvorpå kildeskatten udgør en restriktion.

1. **Tidspunktet** hvorpå kildeskatten bliver opkrævet contra selskabsskatten

Danske selskaber, der modtager rentebetalinger har en likviditetsmæssig fordel ved ikke at skulle betale acontoskat de to første år. Det betyder, at disse selskaber først er pligtige til at betale skat langt senere, sammenlignet med ikke-hjemmehørende selskaber, der beskattes omgående ved kildeskat af rentebetalinger, hvilket strider mod kapitalens frie bevægelighed¹⁴².

2. **Den forhøjede sats** for tilbagebetaling af kildeskat contra selskabsskat

Udenlandske selskaber må ikke udsættes for højere morarenter ved tilbagebetaling af kildeskat end danske selskaber vil have ved tilbagebetaling af selskabsskat, hvilket yderligere udgør en restriktionen mod kapitalens frie bevægelighed¹⁴³.

3. Kildebeskatning af **nettorenter** contra bruttorenter ved selskabsskat.

Kildebeskatningen af renteindtægter sker omgående og uden mulighed for fradrag for renteudgifter, som det modsat er mulighed for ved danske selskaber i betalingen af selskabsskat. De danske myndigheder har begrundet dette i bekæmpelsen af misbrug, hvor Domstolen påpeger, at dette i forvejen ikke kan lade sig gøre på baggrund af det EU-retlige misbrugsprincip. Hvis der ikke foreligger misbrug, vil sådan en forskelsbehandling anses som en restriktion¹⁴⁴.

Som det nævnes i indledningen til rentedommen i præmis 21, har skatteministeriet anerkendt, at den danske kildeskat på visse punkter strider mod kapitalens frie bevægelighed (TEUF art. 63), hvorfor tilbagebetalingskravet er nedsat, så forskellen udlignes.

¹⁴⁰ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 160

¹⁴¹ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 179

¹⁴² Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 162 - se også præmis 163-167

¹⁴³ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 171

¹⁴⁴ Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16) præmis 178

7) Den danske generelle omgåelsesklausul i LL § 3 - set i lyset af BO-dommene

Med den ordrette implementering af skatteundgåelsesdirektivets generelle omgåelsesklausul i LL § 3 er det nu overladt til EU-retten at vurdere, hvornår der foreligger misbrug af danske skatteregler.

Ud over den EU-baseret generelle omgåelsesklausul har Danmark og de øvrige medlemslande fået et generelt EU-retligt misbrugsprincip, som skal tages i brug af de danske myndigheder ved misbrugstilfælde. Nærværende afsnit har til hensigt at fastlægge forholdet mellem de to generelle misbrugsbestemmelser med udgangspunkt i LL § 3. Som nævnt tidligere er det forfatterens overbevisning, at Domstolens misbrugsprincip og den generelle omgåelsesklausul komplementerer hinanden.

Udvidelsen af LL § 3's fangearme i 2019 betyder, at bestemmelsen nu gælder for alt misbrug i dansk selskabsskatteret. Den lovhjemlet plads i LL § 3 betyder, at djævlens, som den generelle omgåelsesklausul beskrives af Dennis Ramsdahl, nu er trukket helt ud af skyggen og ud i det danske lys¹⁴⁵. Det muliggør en beskuelse af dette misfoster og tvinger os til at analysere, hvordan dets uskarpe omrids skal optegnes, så forudsigeligheden og retssikkerheden kan opnå et tilfredsstillende niveau.

7.1) Bestemmelsens indhold

Den nye og nugældende LL § 3 med virkning fra arrangementer efter 1. januar 2019 ændrer ikke ved den materielle misbrugsvurdering fra den tidligere LL § 3¹⁴⁶. Domstolen fremlagde i BO-dommene det, som må betegnes som de hidtil laveste kriterier for korrektion af en skattefordel. Derfor antages det, at EU-Domstolens misbrugsprincip udgør de ydre rammer i misbrugsvurderingen, hvorfor realitetsgrundsætningen kan synes overflødig. Afsnittet vil klarlægge fortolkningen og forhåbentligt tydeliggøre LL § 3's meget brede formuleringer.

LL § 3 kan med fordel samles i fire afsnit. Tilføjelserne fra det EU-retlige misbrugsprincip vedrører den EU-baseret omgåelsesklausul, og den nedstående analyse vil af den grund fokusere på LL § 3 stk. 1-4

- 1) LL § 3 stk. 1-4 Den EU-baseret generelle omgåelsesklausul,
- 2) LL § 3 stk. 5 Omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomster,

¹⁴⁵ Ramsdahl, Dennis: Den evige udfordring "Misbrugsprincippet" (2015) s. 78-79

¹⁴⁶ Den juridiske vejledning C.I.2

3) LL § 3 stk. 6 Hierarkiet mellem omgåelsesklausulerne,

4) LL § 3 stk. 7 Forelæggelse for Skatterådet.

Det er vigtigt at understrege, at myndighederne **skal** anvende LL § 3 og nægte skattefordelene, hvis der foreligger misbrug efter EU-Domstolens misbrugsvurdering. Neden for gengives derfor den danske generelle omgåelsesklausul med tilføjelserne fra de danske BO-domme.

7.1.1) LL § 3 stk. 1

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

Helt konkret finder bestemmelsen anvendelse på selskaber, der enten er fuld eller begrænset skattepligtige efter SEL §§ 1 og 2 samt foreninger, der er skattepligtige efter FBL § 1. Af LL § 3 stk. 1 fremgår fem kumulative betingelser, der alle skal være tilstede før bestemmelsen anvendes:

- 1) et **arrangement** eller serier af arrangementer, 2) der er tilrettelagt med det **hovedformål**, eller med et af hovedformålene, 3) at opnå en **skattefordel**, 4) som **virker mod formålet og hensigten med skatteretten**, og 5) som er **ikke-reelle** under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder.

Det fremgår af dansk skattelitteratur, at den danske omgåelsesklausul med fordel kan opdeles i tre betingelser, som udgør *det subjektive element, de objektive omstændigheder og en realitetstest*¹⁴⁷.

Det giver på baggrund af de danske BO-domme ikke mening at adskille det subjektive element og realitetstesten, da det subjektive element netop skal påvise arrangementets økonomiske realitet ved at foretage en afvejning af de forretningsmæssige årsager og den opnået skattefordel.

Analysen af den danske generelle omgåelsesklausul vil derfor kun tage udgangspunkt i to betingelser. I forbindelse med opgørelsen af det subjektive element har forfatteren taget udgangspunkt i, at dette skal ske fra en økonomisk og objektiv analyse jf. afsnit 6.3.1.

¹⁴⁷ Laursen, Anders Nørgaard. SR.2017.315 afsnit 4.1

1. *Det subjektive element* skal påvises ved en kommerciel test af, om et **arrangement** (1) er **ikke-reelt** (5). For at afgøre om **hovedformålet** (2) har været at opnå en **skattefordel** (3), må skattefordelen ikke stå i ubetydelig forhold til de **kommercielle årsager** (LL § 3 stk. 2)
2. *De objektive omstændigheder* skal fastlægges ud fra en formålstest, hvor det skal vurderes, om **arrangementet** (1) virker mod **formålet og hensigten** med skatteretten (4)

Tidligere litteratur har konkluderet, at vurderingen af den økonomiske realitet i LL § 3 kun har minimal betydning for skatteyder. Bl.a. er LL § 3 blevet sammenlignet med et fugleskræmsel, hvis eneste formål er at stå til skræk og advarsel for skatteyder, mens indholdet er det rene ingenting i form af halm og strå¹⁴⁸. Ydermere er der kommenteret på tidligere bindende svar, hvor det konkluderes, at den kommercielle test kan opfyldes ved blot at fremvise minimal forretningsmæssig dokumentation¹⁴⁹. På trods af disse udmeldinger mener forfatteren alligevel, at det er på sin plads på baggrund af afhandlingens tidligere argumentation at undersøge og fortolke LL § 3 efter EU-Domstolens nyeste version af det EU-retlige misbrugsprincip i forbindelse med de danske BO-domme.

Neden for vil hver enkel betingelse analyseres, og i den forbindelse knyttes der en række kommentarer til det ovenstående samspil mellem betingelserne.

1) Arrangement

Af lovteksten fremgår det, at den generelle omgåelsesklausul omfatter arrangementer eller serier af arrangementer, og at disse arrangementer kan omfatte flere trin eller dele. Både fra EU-Kommissionens henstilling og af lovens forarbejder understreges det, at arrangementer skal forstås bredt og vil omfatte enhver aftale, fælles forståelse, etablering, transaktion eller serier heraf jf. den juridiske vejledning C.I.4.1.3. Jakob Bundsgaard argumenterer for, at enhver skatteretlig transaktion kan være omfattet af bestemmelsen, og det næsten er umuligt at nævne noget, der ikke kan kvalificeres som et arrangement, hvorfor det faktisk ikke giver mening at omtale det som en betingelse¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Bjare, Peter Rose et. al. "Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3" SR Skat 2019

¹⁴⁹ Nørremark, Michael et al. "Ligningsloven § 3 - en kommentar til SKM.2017.368.SR" RR 2018 nr. 10

¹⁵⁰ Bundsgaard, Jakob et. al "Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3" Skat Udland (2019/10): s. 947

2) Hovedformål

Hovedformålet har en afgørende betydning i misbrugsvurderingen, men begrebet spiller ingen selvstændig rolle. Vurderingen af hovedformålet skal foretages ud fra resultatet af den objektive kommercielle test¹⁵¹. Det betyder, at hovedformålet for et arrangement først kan fastlægges, når der på baggrund af en objektiv analyse af alle faktiske omstændigheder er blevet konkluderet, om de skattemæssige fordele overstiger de forretningsmæssige årsager. Såfremt skattefordelen er højere end de forretningsmæssige årsager, må hovedformålet have været at opnå en skattefordel.

Det giver imidlertid ingen mening at vurdere hovedformålet ud fra skatteydernes subjektive hensigt, da et selskab ud fra økonomiske betragtninger altid har til hensigt at opnå økonomiske fordele.

3) Opnå en skattefordel

En skattefordel skal ligesom et arrangement forstås bredt. Ifølge den juridiske vejledning C.I.4.1.7 kan en skattefordel omfatte en hel skattefritagelse, dobbelt fradrag, uretmæssig fradrag, en skatteudskydelse samt kunstig konvertering fra skattepligtig transaktion til skattefri transaktion. Det fremgår yderligere, at det kun er fordele opnået i Danmark, som omgåelsesklausulen finder anvendelse på. Dette sker ud fra princippet om, at de øvrige medlemslande skal nægte skattefordele opnået i de respektive medlemslande. Skattefordelen synes at udgøre en essentiel betingelse, da det netop er denne, der kan nægtes i LL § 3 stk. 3.

Ifølge Kommissionen må selve skattefordelen beregnes ved at sammenholde skattebetalingen med den skattebetaling, der vil finde sted, såfremt arrangementet ikke var etableret på en sådan måde. Det synes at harmonere med Skatterådets tidligere administrative praksis på området¹⁵².

Skattefordelen indgår som en væsentlig del af det subjektive element i misbrugsvurderingen - og dermed i den kommercielle test. Da vurderingen af det subjektive element efter Domstolens anvisning må støtte sig på en objektiv og økonomisk bedømmelse, må skattefordelen nødvendigvis opgøres på økonomisk vis. Det er forfatterens overbevisning, at ved en afvejning af skattefordelen og de forretningsmæssige årsager må den beregnet skattefordel ikke overstige de beregnede forretningsmæssige årsager - altså som en minimumsfordeling på 49 pct./51 pct. Hvis man tillader et mindre forhold, vil det ud fra en økonomisk og objektiv vurdering være det samme som at tillade misbrug

¹⁵¹ Tidligere argumentation om behovet for en objektiv realitetstest af det subjektive element

¹⁵² Bundgaard, Jakob et. al "Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3" Skat Udland (2019/10): s. 947-948

4) Virker mod hensigten og formålet af skatteretten

Ifølge EU-Domstolens afgørelser i de danske BO-domme består de objektive omstændigheder netop i, at arrangementet strider mod formålet af den pågældende skatteregel. For at bevise de objektive omstændigheder i LL § 3 må arrangementet udsættes for en formålstest.

Skatteministeren har i forbindelse med lovforslaget (28A spg. 35) besvaret, at det som udgangspunkt er EU-Domstolen, som fortolker EU-retten, mens det er de danske domstole, der skal klarlægge, hvad formålet med de rent danske skatteregler er¹⁵³. Yderligere har Skatteministeren udtalt, at hensigten og formålet er to overlappende begreber. Alligevel udpensles det, at formålet med skattereglen er det udtrykte formål i lovens forarbejder. I visse tilfælde kan et arrangement opfylde lovens udtrykte formål, men alligevel virke med den egentlige hensigt af skattereglen¹⁵⁴.

De danske skatteregler har i sagens natur ikke taget stilling til, hvordan lovens forarbejder skulle indrettes med henblik på den generelle omgængelsesklausul i LL § 3. Derudover kan det som udgangspunkt være særdeles vanskeligt at fastlægge hensigten og formålet med skatteregler, da de ofte har flere forskellige formål - og disse kan endda være i modstrid med hinanden¹⁵⁵.

Det kan derfor være meget svært at holde skatteyderes arrangementer op mod formålet af de danske skatteregler, da de som udgangspunkt ikke er opstået på teoretiske og overordnede principper. Skateloventes forarbejder synes udelukkende at bære præg af behovet for at få penge i statskassen, hvilket må begrænse anvendelsesområdet for LL § 3¹⁵⁶. Modsætningsvis kan EU-lovgivningen fremhæves, hvor formålet med moder/datterselskabet ikke blot er at lette udbyttebetalinger for grænseoverskridende koncerner, men derimod at skabe et konkurrenceneutralt indre marked ved at undgå dobbeltbeskatning og skatteunddragelse.

Med andre ord kan det siges, at de danske skatteregler ikke er udarbejdet hensigtsmæssigt, når misbrugsvurderingen skal tage afsæt i en formålstest af den enkelte danske skatteregel. Det må derfor være et klart opråb til den danske lovgiver om at gennemgå de danske skatteregler og få indsat klare

¹⁵³ Skatteministeriet: L28 svar på spørgsmål nr. 35 af 19. december 2018 (<https://www.ft.dk/samling/20181/lov-forslag/L28A/spm/35/svar/1543849/1993490.pdf>)

¹⁵⁴ Bundgaard, Jakob et. al "Status på omgængelsesklausulen i ligningslovens § 3" Skat Udland (2019/10): s. 952

¹⁵⁵ Bundgaard, Jakob et. al "Status på omgængelsesklausulen i ligningslovens § 3" Skat Udland (2019/10): s. 947

¹⁵⁶ Hansen, Jan Guldmand: Festskrift til Tommy V. Christiansen - "Har EU-Domstolen sendt "realitetsgrundsætningen" på pension?" s. 237

og tydelige formål til de enkelte skattelove. Hvis dette ikke sker, synes det ellers så slagkraftige våben i kampen mod skattemisbrug at være det rene ingenting - og måske endda blot et fugleskræmsel.

5. Uden reelle forhold

Hele vurderingen af det subjektive element består i at vurdere om et arrangement er reelt eller ej. I lovens ordlyd fremgår det, at vurderingen skal tage hensyn til alle faktiske og relevante omstændigheder, men den egentlige definition på ikke-reelle arrangementer uddybes først i LL § 3 stk. 2. Her uddybes det, at et ikke-reelt arrangement ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Det vil sige, at de reelle forhold skal vurderes ud fra resultatet af den kommercielle test. Såfremt de kommercielle årsager overstiger skattefordelen, må arrangementet betragtes som værende reelt. Neden for uddybes LL § 3 stk. 2 og de kommercielle årsager.

7.1.2) LL § 3 stk. 2

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

Over for skattefordelen skal holdes de kommercielle årsager i vurderingen, om hvorvidt et arrangement er reelt.

Af ordlyden i lovteksten fremgår det, at ikke-reelle arrangementer er arrangementer uden forretningsmæssige årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Umiddelbart giver denne formulering flere spørgsmål end svar. For hvornår er de kommercielle eller forretningsmæssige årsager tilstrækkeligt velbegrundede? Og hvad betyder den økonomiske virkelighed egentligt, taget i betragtning af, at størstedelen af beskatningen sker på baggrund af bagvedliggende juridiske og selskabsretlige konstruktioner, som er formelle og standardiserede. Den diskussion tages op i afsnit 9.

Det vi ved er, at de kommercielle årsager skal kunne dokumenteres, og de skal være proportionale med den opnået skattefordel jf. SKM2017.333.SR. Helt konkret betyder det, at begrundelsen skal understøttes af konkrete forretningsmæssige årsager eksempelvis fastlagte investeringsplaner eller dokumenterede besparelser. Det fremgår af lovens forarbejder, at en minimering af skattebetalingen

i sig selv ikke udgør en velbegrundet kommerciel årsag. I SKM2018.466 foretog Skattestyrelsen en konkret vurdering af kravet om kommercielle årsager. Her bliver der påpeget et krav om nødvendigt personale, lokaler og udstyr til at drive en økonomisk virksomhed, hvor det forventes at være personalet, som står for den faktiske udøvelse. Den geografiske tilknytning nævnes hverken i bestemmelsens ordlyd eller i forarbejderne, men det synes alligevel at indgå i den holistiske vurdering af arrangementet¹⁵⁷.

Som det ses oven for virker opgørelsen af de kommercielle årsager meget uklar, hvilket ikke harmonerer med den økonomiske og objektive afvejning af arrangementets realitet, som forfatteren anbefaler.

Som følge af de danske BO-domme blev det fastlagt, at det er op til den enkelte myndighed at vurdere de faktiske omstændigheder, men EU-Domstolen fremlagde i sin misbrugsvurdering alligevel en række økonomiske holdepunkter, der kunne indikere, at arrangementet ikke afspejlede den økonomiske virkelighed. Opsummerende kan det siges, at arrangementet skal have en vis form for selvstændighed, hvor det substantielt skal råde over sine betalinger. Et datterselskab i en koncern bliver nok næppe selvstændigt, selvom et koncernselskab i dansk ret skal anses som et selvstændigt juridisk person¹⁵⁸. I praksis kan en autonom ledelse af et underlæggende selskab i en koncern virke som en utopi¹⁵⁹. Domstolen synes dog med holdepunkterne at have udviklet vurderingen af skatteydere hensigt til en økonomisk test. Af den grund kan det være behjælpeligt at kigge tilbage på tidligere dansk praksis, hvor der er anvendt retsøkonomiske principper som hjælpemiddel til afgørelse af sager.

EU-Domstolen efterspørger økonomisk realitet, mens LL § 3 eftersøger økonomisk virkelighed i vurderingen af de forretningsmæssige årsager. Retsøkonomien kan måske komme med svaret på, hvornår retstilstanden er økonomisk rationel ved at oplyse nuancerne i sagens faktum. På trods af, at retsøkonomi ikke har en selvstændig retskildeværdi¹⁶⁰, mener forfatteren, at der kan hentes inspiration i mikroøkonomiske analyseværktøjer, der kan anvendes i målingen af de forretningsmæssige årsager¹⁶¹.

¹⁵⁷ Bundgaard, Jakob et. al "Status på omgængelsesklausulen i ligningslovens § 3" Skat Udland (2019/10): s. 949

¹⁵⁸ Søggaard, Gitte & Werlauff, Erik: Koncernretten (2015)

¹⁵⁹ Hansen, Jan Guldmand: Festskrift til Tommy V. Christiansen - "Har EU-Domstolen sendt "realitetsgrundsætningen" på pension?" s. 233

¹⁶⁰ Hansen, Lone & Werlauff, Erik: Den juridiske metode - en introduktion (2015) s. 122

¹⁶¹ Hansen, Jesper Lau: "Retsøkonomien veje og vildveje" 1999

Dette var eksempelvis tilfældet i ambi-sagerne vedrørende erhvervslejemål (TfS 1996.157, TfS 1996.158 og TfS 1996.159). Ambi'en blev i 1992 erklæret EU-stridig på baggrund af sin moms-liggende karakteristika, hvorfor den skulle tilbagebetales til virksomhederne. I forbindelse med tilbagebetalingerne opstod der dog et problem i de førømtalte sager. SKAT mente, at det kun var de virksomheder, som rent økonomisk havde lidt et tab, der havde ret til at få tilbagebetalt den retsstridige ambi-afgift. Flere virksomheder (udlejer) havde overvæltet ambi-afgiften til næste led i forbrugskæden i form af lejeudgifter, hvorfor tilbagebetalingen i først omgang skulle søges godtgjort hos lejer. Dette blev begrundet med højesterets afgørelse i Tupperware-dommen U 1993.379.

I vurderingen af, hvorvidt afgiften var omvæltet, hjalp økonomiske responsa domstolene¹⁶². Det var altså ikke nok, at virksomheden blot havde betalt ambi'en. Det skulle ligeledes økonomisk påvises, at virksomheden havde lidt et tab. På lignende vis kunne økonomiske redegørelser i samarbejde med Domstolens økonomiske holdepunkter afklare de forretningsmæssige årsager og den økonomiske realitet i misbrugsvurderingen. Forfatteren vil diskutere behovet for økonomiske vurderinger i en eventuel skatteretlig begrebsdannelse i afsnit 9.

7.1.3) LL § 3 stk. 3

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

LL § 3 stk. 3 udgør bestemmelsens konsekvens, som kan være særdeles byrdefuld for skatteyder. Såfremt det vurderes ud fra formålstesten og den kommercielle test i LL § 3 stk. 1 og LL § 3 stk. 2, at den generelle omgåelsesklausul skal anvendes, så skal SKAT nægte den opnået skattefordel. Her skal arrangementet efter stk. 1 tilsidesættes, og så skal der foretages en skatteberegning på baggrund af det arrangement, der bedst afspejler den økonomiske virkelighed. Det kan betyde, at skattefrie transaktioner forvandles til skattepligtige, da der kan ændres på 1) **hvem**, der modtager transaktionen, 2) **hvad**, der modtages og 3) På hvilket **tidspunkt**, der modtages. Dette kan komme som et kæmpe chok for skatteydere, der ikke har kalkuleret med denne likviditetsbelastning, da arrangementet ligegyldigt hvad anses som gennemført¹⁶³.

¹⁶² Hansen, Lone & Werlauff, Erik: Den juridiske metode - en introduktion (2015) s. 122-123

¹⁶³ Den juridiske vejledning C.I.4.1.7

7.1.4) LL § 3 stk. 4

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

I LL § 3 stk. 4 udvides bestemmelsen til at også omhandle fysiske personer, der er fuld eller begrænset skattepligtige efter KSL §§ 1 og 2 samt skattepligtige efter DBL § 1 stk. 2. Som udgangspunkt gælder bestemmelsen selskaber og foreninger mv. jf. LL § 3 stk. 1. Når fysiske personer også kan rammes af omgåelsesklausulen, betyder det, at selskabets aktionærer og øvrige personer, der opnår en fordel ligeledes kan få denne nægtet efter LL § 3 stk. 3

7.1.5) LL § 3 stk. 5-7 - de øvrige bestemmelser

Som tidligere nævnt indeholder LL § 3 to omgåelsesklausuler. Den første er EU-baseret og præsenteret i LL § 3 stk. 1-4. Den anden er omgåelsesklausulen inspireret af OECD-samarbejdet i LL § 3 stk. 5 vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomster. Det fremgår af lovens forarbejder, at de to omgåelsesklausuler forventes at blive fortolket identisk¹⁶⁴. Harmoniseringen mellem de to omgåelsesklausuler underbygges yderligere af EU-Domstolen i BO-dommene, der understreger, at OECD's udgivelser udgør en inspirationskilde og et væsentligt fortolkningsbidrag i vurderingen af skattemisbrug.

Alligevel nævnes det i LL § 3 stk. 6, at omgåelsesklausulen i LL § 3 stk. 1-4 har forrang over for LL § 3 stk. 5, når der er tale om skattefordele opnået baggrund af dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem Danmark og øvrige EU-medlemslande.

Som følge af LL § 3 stk. 7 skal alle sager, hvor LL § 3 stk. 1-5 anvendes, forbi Skatterådet til afgørelse. Indsættelsen af LL § 3 stk. 7 synes at være positivt for skatteydere retssikkerhed, da det burde øge den i forvejen lave forudberegnelighed af lovens forvaltning.

7.2) Bevisbyrden

I de tilfælde, hvor der foreligger misbrug, skal Skattestyrelsen nægte de skattefordele, som er opnået på denne baggrund. Skattestyrelsen skal i den forbindelse påvise elementerne i misbrugsvurderingen, som er nævnt oven for. Meget kort kan det siges, at Skattestyrelsens opgave er at bevise, at arrangementet strider mod formålet og hensigten af skattelovgivningen ud fra en formålstest. Derefter skal det påvises, at arrangementet er ikke-reelt ud fra en kommerciel test. Skatteyder skal som

¹⁶⁴ Bundgaard, Jakob et. al "Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3" Skat Udland (2019/10): s. 946

tidligere nævnt have mulighed for at kunne bevise, at arrangementet afspejler den økonomiske realitet ved at fremføre forretningsmæssige bevæggrunde for arrangementet.

Hvis Skattestyrelsen formår at løfte bevisbyrden, og skatteyder ikke formår at føre tilstrækkeligt modbevis, så finder den generelle omgåelsesklausul anvendelse, og skattefordelen skal nægtes.

Af tidligere praksis fremgår det, at Skattestyrelsen udelukkende har valgt at fokusere på en opnået skattefordel¹⁶⁵, hvilket harmonerer meget uheldigt med præmisserne fra de danske BO-domme. Her skal det subjektive element netop påvises ved, at skattefordelen ikke står i ubetydelig forhold til de forretningsmæssige årsager, hvorfor en opnået skattefordel i sig selv ikke kan være udtryk for misbrug.

Som nævnt i rentedommen er det ikke ensbetydende med misbrug, hvis modtageren ikke er den retmæssige ejer. Det kan ske i de situationer, hvor modtageren videreoverfører beløbet til den retmæssige ejer, som er hjemmehørende i et EU-land. Derfor er det yderst vigtigt, at myndigheder ikke beskatter betalinger på vej til ”målet”. Vurderingen af den økonomiske realitet skal derfor forsøge at forfølge pengestrømmen på trods af, at det ikke er et krav at udpege den retmæssige ejer, hvilket kan virke modstridende.

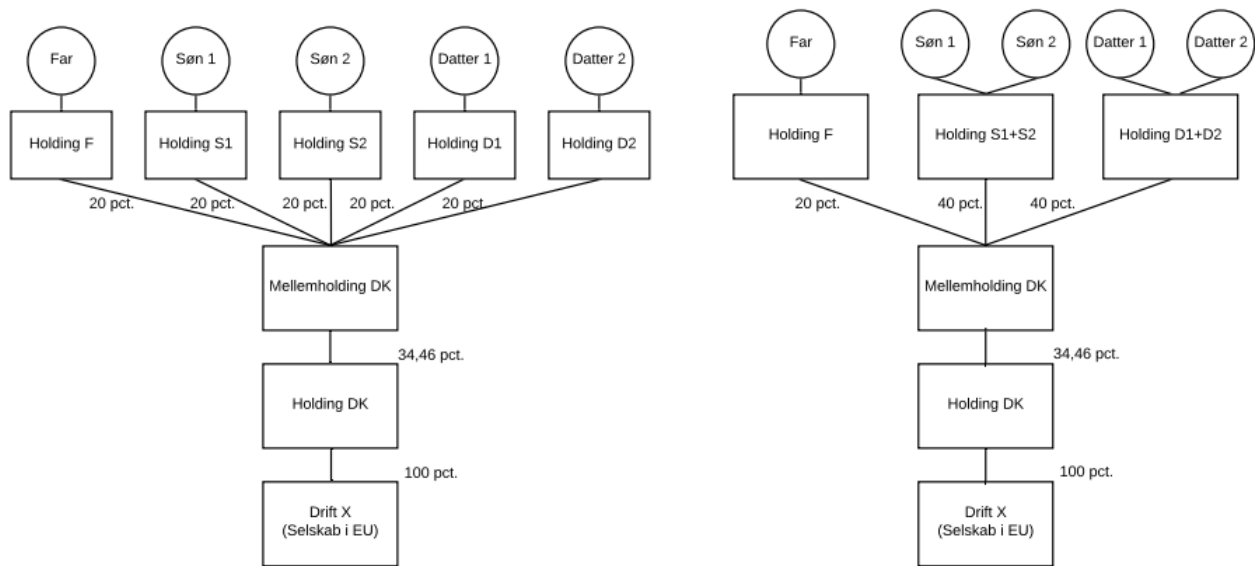
8) Udviklingen i praksis om danske gennemstrømningsselskaber (omvendte ”juletræer”), illustreret ved SKM2020.39SR

D. 19. november 2019, altså efter afgørelsen i de danske BO-domme, blev der af Skatterådet afgivet et bindende svar vedrørende LL § 3 i SKM2020.39.SR¹⁶⁶. Sagen blev forelagt Skatterådet som følge af LL § 3 stk. 7. Spørgerne var alle fem danske holdingselskaber (skattepligtige efter SEL § 1 stk. 1, nr. 1), og det bindende svar omhandlede to tiltænkte nationale fusioner mellem fire af disse, der ville resultere i, at mellemholdingreglen i ABL § 4 A, stk. 3 ville ophøre. Neden for ses ejerforholdene før og efter de tiltænkte fusioner.

¹⁶⁵ Bundgaard, Jakob et. al ”Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3” Skat Udland (2019/10): s. 947

¹⁶⁶ Skatterådet: Bindende svar SKM.2020.39.SR (<https://skat.dk/skat.aspx?oid=2293274>)

Figur 7) SKM2020.39.SR: Før (v.) og efter (h.) omstruktureringen - egen fremstilling



Fusionerne vil betyde, at der vil kunne modtages skattefrit udbytte fra Holding DK, da den nye konstruktion ikke vil falde ind under kriterierne for ABL § 4 A, stk. 3. Før fusionerne vil ingen af de ultimative holdingselskaber kunne modtage skattefrit udbytte fra Holding DK, da 100 pct. af selskaberne uden Mellemholding DK vil have en direkte ejerandel på 6,9 pct. Efter fusionen vil 80 pct. (mere end 50 pct.) af de ultimative holdingselskaber kunne modtage skattefrit udbytte, da både Holding S1+S2 og Holding D1+D2 ville have en direkte ejerandel på 13,8 pct. i Holding DK. Af den grund spørges der ind til, om en sådan omstrukturering vil være udtryk for misbrug og stride mod den generelle omgængelsesklausul i LL § 3

Skatterådet svarer ”Nej” hertil. Det interessante er egentlig ikke Skatterådets svar, men snarere, hvordan de er kommet frem til svaret - altså hvordan misbrugsvurderingen fungerer i praksis.

Skatterådets svar synes at tage udgangspunkt i en formålstest, hvor der henvises til formålet bag skattelovgivningen for ABL § 4 A, stk. 3, som er at hindre *omvendte juletræer*, der skal omgå 10 pct. ejerkravet.

Ifølge spørgerne er formålet med fusionen at stille aktionærerne frit i brugen af udbytte. Skatterådet stiller sig uenig herover for og mener, at formålet må være at undgå udbytteskat, da aktionærerne allerede inden fusionen har en dispositionsfrihed over udbyttet, og en fusion vil indskrænke den enkeltes aktionærs råderet. Skatterådet konkluderer, at hensigten med ABL § 4 A, stk. 3 er at hindre

misbrug af skattefrit udbytte, mens hovedformålet med arrangementet er at opnå en skattefordel ved at undgå, at ABL § 4 A, stk. 3 finder anvendelse.

Ud fra forfatterens argumentation vil dette betyde, at de objektive omstændigheder i misbrugsvurderingen skal bevises ved en formålstest, hvor arrangementets formål skal holdes op mod formålet og hensigten med skattelovgivningen.

Ved første øjekast kan formålstesten synes bevist, men i stedet vælger Skatterådet at understrege et svar i lovens forarbejder:

»Udgangspunktet i skatteretten er, at en skatteyder har ret til at vælge den skattemæssigt mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet, og dette ændrer skatteundgåelsesdirektivet ikke på. (...) opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier (er) heller ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne.«

Skatterådet fokuserer meget på ordlyden af den sidste del af citatet og konkluderer, at LL § 3 ikke finder anvendelse, da:

»De påtænkte fusioner alene udgør en objektiv opfyldelse af kriterierne i reglen, der ikke i sig selv udgør et misbrug.«

Forfatteren er enig med Skatterådets understregninger, men stiller sig uforstående over for fortolkningen og resultatet af disse. Ganske vist har skatteyder ret til den mest fordelagtige struktur, og selvfølgelig er en skattefordel opnået ved objektiv opfyldelse af kriterierne i sig selv ikke udtryk for misbrug, da misbrug nødvendigvis må kræve et sammenfald af objektive og subjektive elementer.

Skatterådet synes at tilsidesætte den kommercielle test af det subjektive element, og hvis det er korrekt, så synes den argumentation, som Skatterådet fremfører at kunne frifinde selv gennemstrømningsselskaberne i de danske BO-domme. Det skyldes, at gennemstrømningsselskaber opfylder de objektive kriterier for skattefritagelse, hvilket med Skatterådets argumentation *»Ikke i sig selv udgør et misbrug.«*

Alternativt kan man argumentere for, at hensigten med skatteregler med fastsatte objektive regler er at give mulighed for at opnå den skattefordel, som reglen fastsætter, hvorfor det ikke kan udtrykkes som misbrug at tilrettelægge sit arrangement herefter. Advokatfirmaet Bech-Bruun hylder imidlertid Skatterådets praksis i sine kommentarer til SKM2020.39.SR. Umiddelbart synes Skatterådets praksis af danske gennemstrømningsselskaber at være helt uændret og uhindret af de danske BO-

domme. Kommentarerne fra Bech-Bruun synes at være i overensstemmelse med dette spor, hvor der afsluttes med:

»Det er velgørende at konstatere, at Skatterådets praksis foreløbigt har fastholdt anvendelsesområdet for LL § 3 på et juridisk spor uden tendenser til ujuridisk forurening¹⁶⁷.«

Dette synes dog at stride mod de retningslinjer, som EU-Domstolen har lagt i de danske BO-domme, og forfatteren mener helt bestemt ikke, at afhandlingens argumenter er udtryk for ujuridisk forurening - tværtimod vidner det om retstilstanden for skattemisbrug.

Det er ikke forfatterens overbevisning, at gennemstrømningsselskaberne fra de danske BO-domme vil kunne opnå skattefritagelse på baggrund af det EU-retlige misbrugsprincip og Domstolens økonomiske holdepunkter. Og det kan også sagtens forekomme, at Skatterådets vurdering af det subjektive element fremgår mere implicit i svaret. Neden for gengives Skatterådet argumenter for arrangementets økonomiske realitet.

Skatterådet beskriver de forretningsmæssige årsager bag arrangementet i form af forskellige investeringsinteresser, der bundes i aktionærenes allerede eksisterende engagementer. Det uddybes dog hverken, hvordan disse påvises, eller hvordan de afvejes over for skattefordelen. Selve skattefordelen omtales som skiftet fra skattepligtigt til skattefrit udbytte.

Herudover besvares spørgsmålet om, hvorvidt passive holdingselskaber, der modtager skattefrit udbytte og genplacerer disse i nye passive investering, egentlig afspejler en økonomisk realitet. Her henvises til et tidligere ministersvar i forbindelse med LL § 3:

»Etablering af en given holdingstruktur kan ikke i sig selv medføre, at omgåelsesklausulen finder anvendelse. Dansk skatteret indeholder ikke en forpligtelse til at udlodde udbytter fra et selskab til privatsfæren og dermed til at lade udbyttet beskattes hos den fysiske person. Det er således anerkendt, at aktionærerne kan vælge at lade kapitalen forblive i deres selskaber, herunder i et holdingselskab.«

Det er værd at bemærke, at Skatterådet refererer til den selskabsretlige definition af et holdingselskab, og at der ikke dvæles ved tanken, om hvorvidt et holdingselskab skal vurderes ud fra en skat-

¹⁶⁷ Bech-Bruun: NYT Generationsskifte - Omstruktureringer (2020-2)

teretlig sammenhæng. Af den grund synes etableringen af de nye holdingselskaber (den selskabsretlige konstruktion) i forbindelse med fusionerne at være en afspejling af den økonomiske realitet, der ikke er i strid mod formålet af skattelovgivningen.

Det bindende svar afsluttes med en bemærkning, om at LL § 3 ikke reelt kommer med noget nyt til skattemisbrug i dansk ret. Her refereres der til Højesteret, der tidligere på baggrund af realitetsgrundsætningen har tilsidesat formelle arrangementer uden substans for at opnå en skattefordel.

Denne bemærkning virker meget mærkværdig efter EU-Domstolens svar i de præjudicielle spørgsmål. Ganske rigtigt har realitetsgrundsætningen kunne tilsidesætte formelle arrangementer, men som det tidligere er argumenteret for må det EU-retlige misbrugsprincip sætte grænserne for misbrug, hvorfor barren for omgåelse aldrig har været lavere. Alternativt skal Skatterådet svar læses som, at realitetsgrundsætningen skal fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsprincip, hvilket i den grad vil bidrage til klarhed for den ellers uklare realitetsgrundsætning.

9) Diskussion - hvor efterlader BO-dommene skatteyder?

Det danske våbenskab synes i dag at være fyldt med det EU-baseret princip og den generelle omgåelsesklausul i LL § 3 mod misbrug. På den anden side findes der ingen regler eller principper med henblik på at beskytte skatteyderes arrangementer, der bliver ramt af disse brede misbrugsbestemmelser.

Så hvor efterlader BO-dommene egentlig skatteyder? Er der overhovedet nogen måde, hvorpå skatteyder kan forberede sig eller undgå omgåelsesklausulen? Selv med præsentationen af formålstesten og den kommercielle test synes det uigennemskueligt at vurdere, hvordan disse afgøres. Særligt synes det svært at afkode indholdet i den kommercielle test eller nærmere bestemt, hvad der forstås ved forretningsmæssige årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Begreberne mellem civilretten og skatteretten har troligt fulgt hinanden som et andet ægtepar - og sådan må det forventes at blive ved med¹⁶⁸. Tidligere praksis og særligt BO-dommene understreger dog, at vi for længst har forladt det klare udgangspunktet om, at civilretten styrer skatteretten. Det lader til, at civilretten stiller sig tilfreds med formaliteten, mens skatteretten kræver realitet.

¹⁶⁸ Hansen, Jan Guldmand: Festskrift til Tommy V. Christiansen - "Har EU-Domstolen sendt "realitetsgrundsætningen" på pension?" s. 235

Hvis det nye udgangspunkt er, at civilretten ikke styrer skatteretten, hvorfor anvender vi så stadig civilrettens begrebsramme, når den skatteretlige faktumkvalifikation i højere grad afdækkes af den økonomiske realitet¹⁶⁹? Nedenstående diskussion vil tage udgangspunkt i behovet for en selvstændig begrebsdannelse i skatteretten. Diskussionen vil afgrænse sig til at fokusere på behovet for specifikke skattemæssige begreber i forbindelse med misbrugsvurderingens kommercielle test, da der her er et tydeligt behov for en objektiv og økonomisk måling. I bund og grund er der blot tale om et behov for at kalde tingene, hvad de egentlig er.

Den økonomiske realitet er ikke et nyt fænomen, men alligevel bærer begrebet stadig præg af uklarhed. Allerede i Cadbury Schweppes C-196/04 nævnes det, at kunstige konstruktioner uden økonomisk realitet kan begrunde en restriktion af frihedsrettighederne¹⁷⁰, hvorfor en realitetstest allerede dengang ikke kunne anses som EU-stridigt. Jan Pedersens realitetsgrundsætning er tidligere i afhandlingen sendt til tælling med indførslen af det EU-retlige princip. Blandt teoretikere i skattelitteraturen har realitetsgrundsætningen på baggrund af manglende klarhed, fasthed og konsekvens være udsat for en del kritik med udgangspunkt i Alf Ross' betragtninger om Tû-tû i festskrift til Henry Ussing 5. maj 1951. Sammenligningen mellem Tû-tû-begrebet og realitetsgrundsætningen skal understrege begrebets manglende bagvedlæggende juridiske indhold, der vil gøre det umuligt for udefrakommende på objektiv grundlag at definere rettigheder og pligter - på samme måde som Tû-tû, der styrer det fiktive Noit-kif folk på Tetgidpo-øerne gennem woodoo og andre besværgelser.

Realitetsgrundsætningen har dog bevist, at en bindende civilretlig transaktion kan tilsidesættes skatteretligt, såfremt transaktionen mangler realitet. Ud fra realitetsbetragtninger har realitetsgrundsætningen formået at adskille civilretten og skatteretten, hvor substans må gå forud for formalitet som det så Cargolux, UfR 2001.556. Skatterettens afvigelse fra civilretten er dog ikke et nyt fænomen. Allerede i Aalborg Havnemølle U 1960.535 H og i Helgestrand U 1982.738 H blev gyldige civilretlige aftaler tilsidesat ud fra skatteretlige helhedsbetragtninger. Ud fra disse helhedsbetragtninger om reel risiko betød det, at konstruktionerne i U 1960.535 H medførte et maskeret udbytte fra selskab til aktionærene, mens afskrivningsretten i U 1982.738 blev nægtet.

Leif Sundby har i SpO 2001 konkluderet, at dommen i Cargolux, UfR 2001.556 nærmere er udtryk for en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse end en egentlig realitetsgrundsætning. Sundby har argumenteret for, at der er tale om et skatteretligt ejerbegreb - der kan tilsidesætte fuldt ud gyldige

¹⁶⁹ Ramsdahl, Dennis: Den evige udfordring (2015) - "*Misbrugsprincippet*" s. 61

¹⁷⁰ C-196/04 præmis 55

civilretlige transaktioner¹⁷¹. Den argumentation underbygges i Eastcon-dommen UfR 2003.493, der fastslår nogle principper, herunder reel risiko for tab, for, hvornår ejendomsretten er overgået i skattemæssig henseende. På samme måde har Nikolaj Vinther beskrevet, at en privatretlig aftale ikke altid er identisk med den skatteretlige, hvorfor en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse er essentiel i forståelsen af blandt andet goodwill-begrebet og det faste driftssted. Dog understreger han en vis usikkerhed omkring de selvstændige skatteretlige begreber i TfS 2004.76 H, hvor Højesteret tilføjede den skatteretlige begrebsdannelse fra lavere instanser om immaterielle aktiver og i stedet valgte at afgøre sagen med det civilretlige udgangspunkt¹⁷². Usikkerheden i realitetskravene til de skatteretlige begreber illustreres på fin vis i Tvind-sagen TfS 1999.419, der udstiller Højesterets vanskelighed i en omkvalificering af et I/S. Det synes at efterlade skatteyder et meget uheldigt sted, da en løsrivelse fra civilretten kan få store skattemæssige konsekvenser, hvis skatteyder ikke er bekendt med, hvornår dette er tilfældet - hvilket i øjeblikket synes meget uklart.

Endvidere kan det ud fra tidligere praksis konkluderes, at realitetsgrundsætningen kan virke til fordel for skatteyder i de tilfælde, hvor transaktion skatteretligt accepteres, men på baggrund af civilretten ikke er mulig - som det sås ved reparationsomgørelse¹⁷³. Opsummerende kan det siges, at det er ganske klart, at skatteretten har sit eget sprog, der varierer fra civilretten. Spørgsmålet herefter er, om vi har brug for at danne nye skatteretlige begreber for at tale dette sprog - eller på anden måde systematisere skatterettens afvigelser fra civilretten. Hertil kan spørges, hvilken rolle brugen af retsøkonomiske hjælpemidler kan få i forståelsen af misbrugsvurderingen og den økonomiske virkelighed?

Man kan argumentere for, at et selskab altid har til hensigt at søge mod den mest økonomisk rationelle beslutning. Det kan derfor virke besynderligt, at det subjektive element netop skal påvises ved at fastlægge selskabets hensigt i at opnå en skattefordel. Vil dette ikke altid være tilfældet? Tidligere litteratur på området har i hvert fald argumenteret for, at det subjektive element automatisk vil blive mødt ud fra selskabets natur og levemåde¹⁷⁴. Af den grund giver det slet ingen mening at fastlægge skatteydernes hensigt ud fra en diskussion af objektiviserede subjektive elementer som under

¹⁷¹ Sundby, Leif "Anpartssagerne og 3 højesteretsdomme" SpO 2001

¹⁷² Werlauff, Erik & Vinther, Nikolaj: Dansk og international koncernret og koncernskatteret (2005) s. 189

¹⁷³ Werlauff, Erik: Selskabsskatteret (2018) s. 440

¹⁷⁴ Bærentzen, Susi Hjort: Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? (2020) s. 14

straffesager. For hvornår er skat blevet noget, som selskaber kan vælge til ud fra moralske overvejelser?

I stedet synes EU-Domstolen i de danske BO-Domme at følge et spor mod den økonomiske realitet med de præsenterede holdepunkter, hvilket harmonerer fint med selskabernes naturlige adfærd. Forfatteren har i den sammenhæng fulgt dette spor gennem afhandlingen og kommet frem til, at sporet nødvendigvis må underbygges, asfalteres eller på anden måde tydeliggøres. I denne sammenhæng vil skatteretlige begreber, der bygger på økonomiske teorier og retsøkonomiske hjælpemidler, kunne udbygge værktøjskassen fra EU-Domstolen i vurderingen af det subjektive element. Dette vil sætte selskaber i stand til selv at kalkulere skattebetalingen og resultatet af givne dispositioner.

Susi Hjort Bærentzen præsenterer i sin artikel ”*Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?*” økonomiske teorier, der kan dissekere de forretningsmæssige årsager og beregne dem enkeltvis, hvilket gør skatteyder og skattemyndigheder i stand til at veje dem op imod den opnået skattefordel. Helt konkret er hun fortaler for at vurdere selskabers adfærd ud fra mikroøkonomiske teorier – herunder teorien om den økonomisk rationelle beslutning. Bærentzen understreger, at de forretningsmæssige årsager blandt andet kan basere sig på anderkendte DCF-modeller (discounted cash flow), og øvrige mikroøkonomiske teorier, der tager højde for alle de faktiske omstændigheder i vurderingen af den økonomiske realitet. Hun argumenterer for, at EU-Domstolen i de danske BO-domme bakker op om denne økonomiske tilgang ved at præsentere holdepunkterne¹⁷⁵, som omtalt i afsnit 6.3.2 Holdepunkterne skal alle analyseres ud fra økonomiske vurderinger, der dermed stiller spørgsmålstejn ved transaktionens civile retlige udgangspunkt.

Ovenstående understreger muligheden og behovet for at knytte nogle særlige skatteretlige begreber op på den kommercielle test i afvejningen af det subjektive element i misbrugsvurderingen. Mod-sætningsvis kan man argumentere for, at hvis det ikke bliver tilfældet, så må den generelle omgængelsesklausul, de kunstige arrangementer og gennemstrømningsselskaber anses som det rene Tû-tû, der kan forventes at føre til vildfarelser. Alternativt kan man argumentere for, at der er brug for foranderlige og brede begreber til at begribe den komplekse virkelighed, vi står over for.

Med det in mente mener forfatteren alligevel, at objektive og økonomiske analyser af hvad, der skatteretligt opfattes som forretningsmæssige årsager og økonomisk realitet, vil kunne bidrage til en

¹⁷⁵ Bærentzen, Susi Hjort: *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?* (2020) s. 21-27

fasthed og konsekvens, som realitetsgrundsætningen har manglet. Det vil samtidig betyde, at legalitetsprincippet og forudberegneligheden af de skattemæssige dispositioner vil kunne overholdes.

Hvis dette kan lykkes, kan den uklare realitetsgrundsætning måske rejse sig fra ringhjørnet nu iklædt det letgenkendelige EU-retlige misbrugsprincip som boksehandsker, hvori der er broderet specifikke skatteretlige begreber. Dette vil give den nødvendige fasthed og konsekvens, der kan resultere i et dødsstød til de mange års drillerier med Tû-tû-bemærkninger.

Med andre ord kan det siges, at en fælles forståelsesramme, om hvad vi forstår ved økonomisk realitet (altså adskillelsen fra civilretten), vil betyde, at omridset og konturerne af den skatteretlige generelle omgængelsesklausul i LL § 3 vil kunne optegnes, så skatteyder kan blive udstyret med et kort i det skatteretlige minefelt.

10) Konklusion

Afhandlingen har på baggrund af en kritisk analyse af de danske BO-domme forsøgt at give et svar på retstilstanden for skattemisbrug i Danmark. Som nævnt flere gange har implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets art. 6 i LL § 3 fået skatteyder til at ryste i bukserne og teoretikere til at ryste på hovedet. Af den grund har forfatteren ud fra en økonomisk vurdering givet sit bud på, hvordan misbrug skal påvises så både skatteyder og skattemyndighederne kan optegne konturerne af LL § 3.

På det meget ukonkrete område, som skattemisbrug er, kommer EU-Domstolen i de danske BO-domme, dog alligevel med en række tydelige standpunkter. Om retstilstanden for skattemisbrug på et generelt niveau kan det siges, at EU-Domstolen åbner op for et fortolkningssamarbejde mellem EU-retten og OECD. Helt konkret besvares det, at begrebet retmæssig ejer i rente-/royaltydirektivet skal fortolkes i overensstemmelse med begrebet i OECD's modeloverenskomst, hvorfor kommentarerne hertil udgør et væsentligt fortolkningsbidrag.

Herudover og meget vigtigt præsenterer EU-Domstolen for første gang et generelt EU-retligt misbrugsprincip, der betyder, at EU-rettens fordele ikke kan påberåbes i misbrugstilfælde. Det EU-retlige princip betyder, at medlemslandene skal nægte de fordele, som arrangementer opnår ved misbrug. Af den grund har misbrugselementerne, som fremgår af BO-dommene, enorm betydning for afhandlingens konklusioner.

I dommene blev misbrugselementerne fra tidligere praksis slået fast, således misbrug består af et sammenfald af objektive omstændigheder og et subjektivt element. De objektive omstændigheder består i, at formålet med skatteloven ikke er opfyldt på trods af en formel opfyldelse af betingelserne, mens det subjektive element består i, at skatteyder har haft til hensigt at opnå en skattefordel ved kunstigt at opfylde betingelserne herfor. I afhandlingen er det blevet konkluderet, at den økonomiske realitet har en ny og meget betydningsfuld rolle i vurderingen af det subjektive element.

Forfatteren har konkluderet, at misbrug kan påvises ud fra en formålstest og en kommerciel test af henholdsvis de objektive omstændigheder og det subjektive element. Særligt har forfatteren argumenteret for, at den kommercielle test skal foretages på baggrund af økonomisk teori, da det netop er økonomisk realitet, der skal bevises. Ud fra sådan en betragtning må de forretningsmæssige årsager bag et arrangement nødvendigvis overstige skattefordelen - begge beregnet ud fra alle faktiske og objektive omstændigheder - hvis arrangementet ikke skal anses som misbrug.

Det EU-retlige princip finder anvendelse på tværs af EU's retskilder, hvorfor selv funktionstraktatens frihedsrettigheder ikke kan påberåbes i misbrugstilfælde. Forfatteren konkluderer, at de danske BO-domme endelig fastslår, at det er samme misbrugsvurdering, der tilsidesætter både brugen af den primære og sekundære EU-ret.

Derudover er der argumenteret for, at det EU-retlige misbrugsprincip harmonerer med den EU-retlige generelle omgåelsesklausul, hvor misbrugsprincippet uddyber og fortolker omgåelsesklausulens anvendelse. Det EU-retlige princip skal derfor ikke anses som en særskilt misbrugsvurdering, men snarere som det vigtigste fortolkningsbidrag til skatteundgåelsesdirektivets generelle omgåelsesklausul, der ordret er implementeret i LL § 3.

Derfor har forfatteren konkluderet, at retstilstanden for LL § 3 må tage udgangspunkt i de standpunkter EU-Domstolen tager i de danske BO-domme. Det betyder, at LL § 3 må indeholde samme misbrugsvurdering af de objektive omstændigheder og subjektive elementer, hvorfor der også her må foretages en formålstest og en kommerciel test. Det betyder, at både skatteyder og skattemyndigheder skal sikre sig, at arrangementet først og fremmest ikke strider mod formålet og hensigten af den konkrete skattelov. Dernæst skal det kunne dokumenteres, at de forretningsmæssige årsager ikke må stå i ubetydelig forhold til den skattefordel, der opnås. Ud fra den økonomiske vinkel, som forfatteren har taget i denne afhandling, betyder det, at den økonomiske virkelighed og det subjektive element skal bevises ved at fremføre beregnede forretningsmæssige årsager, der ikke overstiges af den beregnet skattefordel.

Den økonomiske virkelighed åbner op for forfatterens diskussion. EU-Domstolens svar tydeliggør skatterettens afvigelser fra civilretten, hvor skatterettens krav om realitet frem for formalitet understreges. Her diskuteres behovet for en ny begrebsdannelse, der skatteretlig kan accepteres, eftersom de selskabsretlige og øvrige civilretlige transaktioner synes at kunne tilsidesættes af den nye misbrugsvurdering. Det konkluderes, at fælles forståelse for beregningsgrundlaget af det subjektive element blandt skatteydere og skattemyndigheder vil kunne bidrage til en fasthed og konsekvens til den generelle omgåelsesklausul i LL § 3, der sikrer, at legalitetsprincippet vil kunne overholdes.

11) Litteraturliste

Bøger og artikler

Bagge, Torben & Jantzen, Leo: "Festskrift til Tommy V. Christiansen" (2019)

- "Har EU-Domstolen sendt "realitetsgrundsætningen" på pension?" - Jan Guldmand Hansen

Bech-Bruun: NYT Generationsskifte - Omstruktureringer (2020)

Bjare, Peter Rose og Sønderholm, Søren. "Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3" SR Skat 2019

Bundgaard, Jakob. Jensen, Dennis Ramsdahl & Winther-Sørensen, Niels (red.): "*Den evige udfordring*" (2015)

- "Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten" - Jane Bolander & Peter Koerver Schmidt
- "Omgåelse og misbrug i skatteretten" - Jan Pedersen
- "Skattebasens integritet" - Anders Nørgaard Laursen
- "Misbrugsprincippet" - Dennis Ramsdahl

Bundgaard, Jakob. Kjærsgaard, Louise Fjord & Telle Michael: "*Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3*" Skat Udland (2019/10)

Bærentzen, Susi Hjort: "*Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?*" (2020)

Hansen, Lone & Werlauff, Erik: "*Den juridiske metode - en introduktion*" (2013)

Laursen, Anders Nørgaard. "Mellem brug og misbrug: Hvor GAAR grænsen?" SR.2017.315

Michaelsen, Aage. Bolander, Jane. Madsen, Liselotte. Laursen, Anders Nørgaard & Langhave, Inge, "*Lærebog om indkomstskat*" (2017)

Nørremark, Michael og Sinius-Clausen, Jon Mitre. "Ligningsloven § 3 - en kommentar til SKM.2017.368.SR" RR 2018 nr. 10

Søgaard, Gitte & Werlauff, Erik: "*Koncernretten*" (2015)

Werlauff, Erik: "*Selskabsret*" (2016)

Werlauff, Erik: ”Selskabsskatteret” (2018)

Werlauff, Erik: “*The Danish Beneficial Owner Cases: Six EU Rulings with Three Important Consequences for Advising Companies*” (2020)

Werlauff, Erik & Vinther, Nikolaj: ”Dansk og international koncernret og koncernskatteret” (2005)

OECD

Model Tax Convention on Income and on Capital (2017)

BEPS 15 Actions (<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>)

EU-retskilder

EU-Kommissionen

”*Aggressive Tax Planning Indicators*” (2017)

HENSTILLING af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning

EU-Direktiver

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

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

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

Domme og kendelser

EU-Domstolens domme

C-270/83 - Avoir Fiscal

C-55/94 - Gebhard

C-264/96 - ICI

C-110/99 - Emsland-Starcke

C-324/00 - Lankhorst-Hohorst

C-196/04 - Cadbury Schweppes

C-321/05 - Kofoed-sagen

C-80/12 - Felixstowe

C-504/16 - Diester

C-613/16 - Juhler

C-116/16 - T Danmark

C-117/16 - Y Danmark

C-115/16 - N Luxembourg 1

C-118/16 - X Danmark

C-119/16 - C Danmark 1

C-299/16 - Z Danmark

Generaladvokatens forslag til afgørelse

Juliane Kokott:

- Udbyttedommen (C-116/16 & C-117/16)
- Rentedommen (C-115/16, C-118/16, C-119/16 & C-299/16)

Philippe Léger

- C-196/04 Cadbury Schweppes

Ugeskrift for retsvæsen

UfR 1960.535 H

UfR 1982.738 H

UfR 1993.379

UfR 2001.556

UfR 2003.493

Bindende svar

SKM.2020.39.SR

SKM2017.333.SR

SKM2018.466.SR

Tidsskrift for skatter og afgifter

TfS 1996.157

TfS 1996.158

TfS 1996.159

TfS 1999.419

TfS 2004.76 H