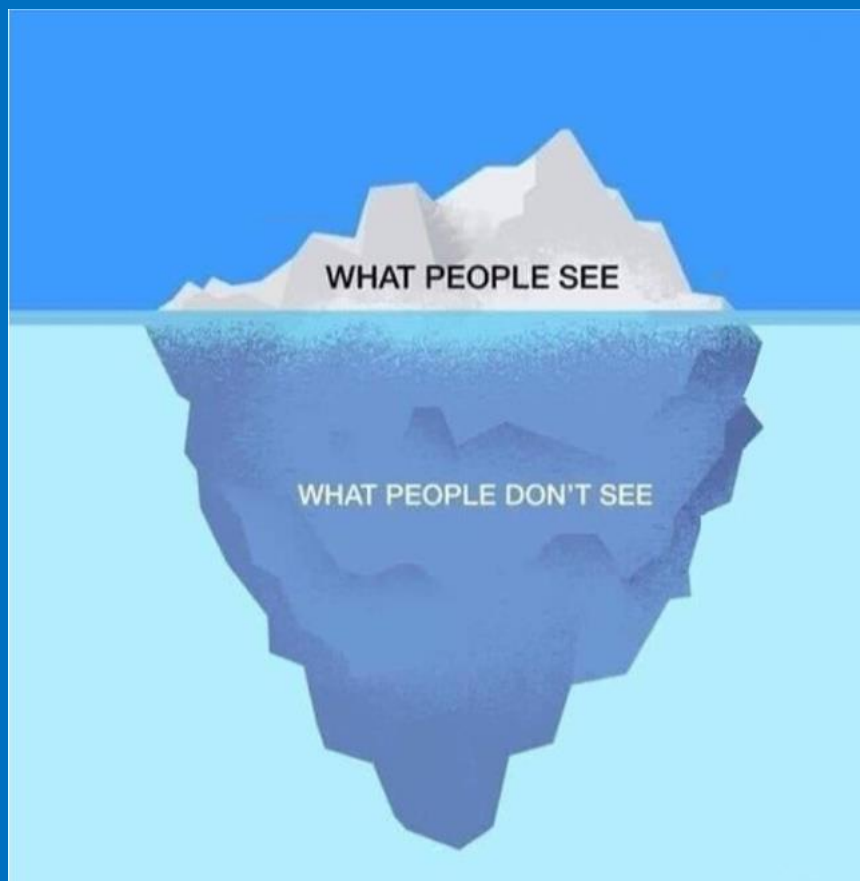




Misbrug af skattefriheden ved grænseoverskridende udbytteudlodninger med fokus på Ligningslovens § 3



1

- af Benjamin Hagelberg
- Vejleder: Magnus Vagtborg

¹ Kilde: [Iceberg Meme Template ~ Husnain Alston](#)

Titelblad

Fagområde: International skatteret

Dansk titel: Misbrug af skattefriheden ved grænseoverskridende udbytteudlodninger med fokus på Ligningslovens § 3

Engelsk titel: Abuse of the tax exemption in cross-border dividend distributions with a focus on section 3 of the Tax Assessment Act

Vejleder: Magnus Vagtborg

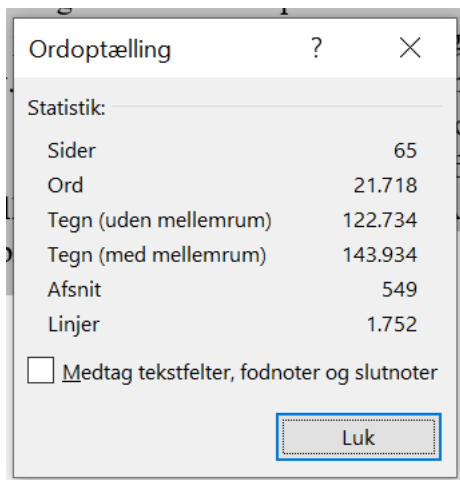
Forfatter: Benjamin Hagelberg

Erhvervsjura

Aalborg Universitet

Afleveringsdato: 08-03-2021

Antal anslag: 143.934 (screenshot ligeledes angivet på sidste side)



Abstract

This thesis deals with a legal dogmatic analysis, concerning abuse pursuant to section 3 of the Danish Tax Assessment Act, in relation to the tax exemption for cross-border dividend distributions and concludes that the Danish administrative practice is generally in accordance with the content of the provision but does contain certain deviations and trends, that are not necessarily in accordance with the content of section 3 of the Tax Assessment Act.

The Danish Corporation Tax Act, section 2, subsection 1, letter c), 6th sentence contains a rule according to which Danish subsidiaries may distribute cross-border dividends to their respective parent companies, without the parent company thereby becoming subject to limited tax liability, or the Danish subsidiary becoming obliged to withhold withholding tax.

However, it is a condition that the parent company owns at least 10 percent of the capital in the Danish subsidiary, and that the withholding tax must be waived or reduced in accordance with the parent subsidiary's directive (PSD) or in accordance with a double taxation treaty (DTT) with a contracting state.

Even though the Tax Assessment Act, section 3, subsection 1-2 already at the introduction on May 1st, 2015, implemented a General Anti Avoidance Rule (GAAR), in relation to the EU corporation tax directives and therefore including PSD – as well as a GAAR in relation to abuse of DTT – and from January 1st, 2019, implemented a GAAR that potentially applies to the Danish tax law in its entirety, it is still, however, the issue of tax exemption for cross-border dividend distributions that continues to be the issue, in a large part of the cases, in the Danish administrative practice.

With its ruling in the In Joined Cases C-116/16 and C-117/16, the European Court of Justice (ECJ) rules that a group's subjective intentions are essential in assessing abuse of the benefits stated in the PSD and suggests that a reality assessment is needed in determining abuse. The previous view stated in case C-196/04 (Cadbury Schweppes) that “*abuse is absent where economic substance is present*” is therefore no longer enough to disprove abuse.

The same considerations can be made in relation to abuse of the benefits in a DTT, cf. the Tax Assessment Act, section 3, subsection. 5. Here, however, the National Tax Court cannot be said to make a reality assessment in the recent case SKM2020.355.SR, which may lead to a potential “GAAR mismatch” situation, if the decision is to be regarded as an acceptance of similar arrangements.

This thesis concludes that no minimum amount of “substance” is required in a holding company for this to be eligible for the benefits stated in the PSD. Conversely, however, a holding company with a large amount of “substance” is not by itself entitled to the benefits stated in the PSD, since the abuse assessment under the PSD is no longer solely based on an objective test of a company's substance.

In assessing whether the substance – and in general prior arrangements that confer the benefit stated in the PSD and a DTT – are non-genuine, it must necessarily be required that an effect can be measured in the economic reality that did not apply before the undertaking of these arrangements, as “proof” that these are genuine. In this regard, the Danish Tax Agency is seen to make a net statement

of the savings claimed by a group, in the event of restructurings that results in the tax advantage under the PSD.

However, it is not enough to refute abuse that an effect can be measured in the individual group company that did not occur before the undertaking of these arrangements if no effect can be measured at the group level. Such a perception can also be traced in the “TopDanmark cases I & II” (U 2014.2742.H og U 2018.2166.H).

This thesis concludes, that it must continue to be the case that if the overriding purpose, is commercially justified and the effect of which can be measured in the economic reality on a group level, then tax benefits arising from such arrangements must be granted the taxpayer. Section 3 of the Danish Tax Assessment Act does not change this.

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
1. Undersøgellesområde	8
1.1. Indledning.....	8
1.2. Problemformulering	11
<i>Hvornår er grænseoverskridende udbytteudlodninger skattefri? – En retsdogmatisk analyse af LL § 3, under inddragelse af seneste tids praksis –</i>	11
1.3. Afgræsning og præcisering.....	11
1.4. Metode.....	14
1.4.1. Den retsdogmatiske metode og retskilderne	15
1.4.1.1.1. GRL § 20 (EU-samarbejdet efter Traktaten)	16
1.4.1.1.2. GRL § 19 (De danske DBO'er).....	17
1.4.1.1.3. Fortolkning af lov	18
1.4.1.1.4. Retspraksis.....	19
1.4.1.1.4.1. Særligt om administrativ praksis i relation til LL § 3.....	20
1.4.1.1.4.2. Særligt om udenlandsk praksis	21
1.4.1.1.5. Retssædvane og forholdets natur	21
1.4.2. Kildesøgning	21
1.5. Projektets opbygning	22
2. Retsstillingen ved grænseoverskridende udbytteudlodninger.....	23
2.1. Udgangspunktet om begrænset skattepligt, samt indeholdelse af udbytteskat.....	23
2.1.1. Udbyttebegrebet efter LL § 16 A, stk. 2, nr. 1).....	23
2.2. Udlodning af likvidationsprovenu – LL § 16 A, stk. 3.....	23
2.2.1. SEL § 5, stk. 5 – Ophør af den fulde skattepligt efter SEL § 1, eller hjemmehørende i en fremmed stat efter en DBO	24
2.2.2. En skattefri fusion, udgør ikke en likvidation efter SEL § 5	24
2.3. Undtagelse – Skattefrihed ved grænseoverskridende udbytteudlodninger.....	25
2.3.1. MDD	25
2.3.2. MDBO art. 10, stk. 2.....	26
2.3.2.1. Kravet om at udbyttedtageren udgør den retmæssige ejer.....	26
2.4. Modifikation – LL § 3	26

3. Misbrug i et dansk skatte-, EU- og internationalretligt perspektiv	29
3.1. Civilretten, skatteretten og ”rette indkomstmodtager”	29
3.2. Misbrug af intern skatteret.....	30
3.3. Misbrug af MDD – Retten ophører når misbruget begynder	32
3.3.1. Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning (KHAS)	35
3.4. Misbrug af DBO’er.....	35
3.4.1. Formålet med en DBO	35
3.4.2. Misbrug af DBO’er – kravet om retmæssig ejer.....	36
3.4.3. Særligt om `treaty override´	37
3.5. LL § 3, stk. 1-2 (LFS 28 A) – Implementering af GAAR efter ATAD1 og MDD	37
3.6. Formålet med LL § 3, stk. 5 (Principal Purpose Test).....	40
4. Indholdet af LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5	41
4.1. Bevisbyrden for misbrug – vurderes de to analyser ens?	41
4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.....	42
4.1.2. Skattefordel / fordel efter bestemmelserne i en DBO	44
4.1.3. Tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har / et af de væsentligste formål	44
4.1.4. Formålet og hensigten med skatteretten / indholdet af og formålet med en DBO bestemmelse.....	45
4.1.4.1. MDD.....	45
4.1.4.2. MDBO art. 10, stk. 2	49
4.1.5. Ikke reelt	50
4.2. Stk. 1-2 har forrang for stk. 5, jf. stk. 6	51
5. En analyse af LL § 3 – under inddragelse af administrativ praksis	52
5.1. SKM2017.333.SR – EU-holdingselskab stiftes.....	52
5.1.1. Misbrug af MDD.....	52
5.2. SKM2019.349.SR – EU-holdingselskab opretholdes	53
5.2.1. Ej misbrug af MDD.....	53
5.3. SKM2019.413.SR – Andre ”forudgående arrangementer”	54
5.3.1. Misbrug af MDD.....	55
5.4. SKM2020.355.SR (tidligere SKM2018.466.SR) – DBO-holdingselskab stiftes	56

5.4.1.	Misbrug af den dansk-singaporeanske DBO?.....	57
5.5.	SKM2021.30.SR – Skattefri fusion, i stedet for likvidation.....	59
5.6.	Særligt om likvidations- hhv. udbytteudlodninger bestående af datterselskabsaktier.....	60
5.6.1.	SKM2020.352.SR	60
5.6.2.	En kunstig transaktion.....	62
5.6.3.	Er SKT begrundelse EU-konform?.....	62
5.7.	Gælder der et ”minimumskrav” til substansen i holdingselskaber?	63
5.8.	Kan misbrugsvurderingen ”gradbøjes”?.....	65
5.9.	Hvordan skal de kommercielle årsager (den økonomiske realitet) vurderes?	66
6.	Konklusion	68
7.	Bidrager LL § 3 med noget nyt?.....	71
8.	BBC – Biden, Brexit og Corona. Flere harmoniseringstiltag, i international- og EU-retlig henseende?	72
9.	Materialeliste	73
9.1.	Lov.....	73
9.2.	Retspraksis.....	73
9.3.	Administrativ praksis.....	73
9.4.	Direktiver.....	74
9.5.	Kommissionens forslag til direktiver, samt henstilling	74
9.6.	Praksis fra EU-domstolen.....	74
9.7.	Arbejde i OECD-regi.....	75
9.8.	Bøger, juridiske afhandlinger, mv.	75
9.9.	Juridiske artikler	76

1. Undersøgelsesområde

1.1. Indledning

Omgåelse og misbrug af skatteretten er undertiden kendt som *Den evige udfordring*² og i takt med den stigende globalisering, digitalisering og verdenshandel³ – på trods af nedgangen under bl.a. Corona-krisen⁴ – får omgåelse og misbrug af skatteretten dog til stadighed et mere internationalt præg. OECD skønner, at multinationale koncerner årligt unddrager de nationale skattebaser for omtrent 240 milliarder \$⁵, hvilket således bl.a. understreger behovet for OECD/G20's BEPS⁶ projekt om imødegåelse af international skatteomgåelse. *Den internationale skatteomgåelse* er kendetegnet ved at befinde sig i en juridisk gråzone⁷, hvor der i alle stater berørt af denne, eksisterer en omfattende domspraksis, til den nærmere juridiske afgrænsning, mellem lovlig skattespekulation, hhv. (ulovlig) skatteomgåelse, ved misbrug af skattefordele. Dansk retspraksis er således på linje hermed⁸ (*substance over form*).

Jan Pedersen fremhæver at skattespekulationens DNA⁹, består i udnyttelsen af de strukturforskelle, der findes i de respektive suveræne staters skattelovgivning, hvor skattekonkurrencen¹⁰ – loyal som illoyal – blandt andet medvirker til at især multinationale koncerner søger at placere indtægter i stater, med den laveste beskatning, hhv. udgifter i stater, med den højeste beskatning. Af samme årsag eksisterer bl.a. TP-reglerne i Ligningsloven (LL) § 2, sml. OECD's modelbeskatningsoverenskomsts (MDBO) artikel 9 og de dertilhørende Transfer Pricing guidelines 2017¹¹, CFC-reglerne i selskabsskattelovens (SEL) § 32, m.fl.

Derudover eksisterer der en lang række øvrige, specifikke værnsregler (SAAR), der blandt andet omfatter¹²: *exitbeskatning, rentefradragsbeskæring, tynd kapitalisering, diverse omkvalificeringsregler, mellemholdingreglen, flytning af ledelsens sæde, arbejdsudlejereglerne, værnsregler i tilfælde af hybride mismatch*, m.fl.¹³.

Udenfor ovenstående værnsreglers m.fl.'s anvendelsesområde, kan skattefordele, der opstår i tilfælde hvor Danmark frafalder retten til at pålægge kildeskat efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst

² *Den evige udfordring* – omgåelse og misbrug af skatteretten, København 2015.

³ • [Worldwide export trade volume 1950-2019 | Statista](#)

⁴ https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/daily_update_e/merch_latest.pdf

⁵ <https://www.oecd.org/tax/beps/>

⁶ OECD's Base Erosion and Profit Shifting project, Actionpoint 1-15.

⁷ Jan Pedersen: RR.7.2017.46 – International skatteflugt Del II Imødegåelse af skatteflugt.

⁸ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 23. Se ligeledes *Afsnit 3.2. Misbrug af intern skatteret*.

⁹ Jan Pedersen: RR.6.2017.22 – International skatteflugt Del I Skatteflugtsproblemet - Juridisk, Økonomisk og Politisk

¹⁰ Ibid.

¹¹ <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-taxadministrations-20769717.htm>

¹² *Den evige udfordring* – omgåelse og misbrug af skatteretten, s. 302 ff.

¹³ Det bemærkes at der alene er tale om eksempler. Oplistingen er således langt fra udtømmende.

(DBO) og/eller *moder-/datterselskabsdirektivet*¹⁴ (MDD), samt efter *rente-/royaltydirektivet*¹⁵ (RRD), misbruges, som regel ved at der *før* den grænseoverskridende udbytteudlodning, eller betaling af renter og royalties, indskydes et mellemholdingselskab, som direkte modtager.

Et ”klassisk” eksempel på denne problematik udgør tilfælde, hvor den bagvedliggende ejer ikke selv er omfattet af en DBO med Danmark og/eller anvendelsesområdet for MDD, hhv. RRD og da, indskyder et ”tomt” holdingselskab i en DBO- og/eller EU-medlemsstat. Det nystiftede ”tomme” holdingselskab, modtager da de pågældende udbytter, renter eller royalties, for kort tid efter at videreudlodde disse til den bagvedliggende ejer. Dette har man i relation, til DBO’er siden 1977¹⁶, forsøgt at imødegå ved at stille krav om, at modtageren af udbytteudlodningen, hhv. rente/royaltybetalingen, udgør *den retmæssige ejer* (BO) for at skattefordelen (begrænsning eller frafald af kildestatens beskatningsret) indrømmes, jf. art. 10, stk. 2 (udbytter), art. 11, stk. 2 (renter), hhv. art. 12, stk. 1 (royalties).

En lignende betingelse fremgår efter ordlyden af bestemmelserne i RRD, men derimod *ikke* efter ordlyden af MDD. Det var derfor især ”gennemstrømningsarrangementer”¹⁷ som indførslen af den obligatoriske *Generelle regel om bekæmpelse af misbrug* (GAAR), ved ændringen¹⁸ af MDD skulle søge at imødegå, og således, især *misbrug* af fordelene ved at kildestaten frafalder beskatningen efter MDD art. 5, ved udbytter udloddet til moderselskaber, hjemmehørende i EU.

Med indførslen af LL § 3, stk. 1-2, implementerede¹⁹ Danmark den obligatoriske GAAR i MDD, men gik dog videre ved også at omfatte fordelene efter RRD, samt *fusionsskattedirektivet*²⁰ (FUD). Samtidig, indførtes ligeledes stk. 3, udgørende en lovfæstet GAAR, for de af Danmark indgående DBO’er²¹. I relation til misbrug af fordelene, ved betaling af grænseoverskridende renter og royalties, kunne de fleste tilfælde i forvejen, formegentlig imødegås via. de *specifikke værnsregler* og ved at stille krav om at modtageren af betalingen, udgør *den retmæssige ejer*²². Det var da også primært bedømmelsen af, hvorvidt der forelå misbrug af fordelene efter MDD art. 5, hhv. MDD art. 10, stk. 2, der udgjorde sagens genstand i de første 12 anmodninger om bindende svar²³, i relation. til

¹⁴ RÅDETS DIREKTIV 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

¹⁵ 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.

¹⁶ Se *Afsnit 3.4.2. Misbrug af DBO’er – kravet om retmæssig ejer*.

¹⁷ Jf. EU-kommissionens offentliggjorte memo af 25. november 2013. *vedr. gennemstrømningselskaber*.

¹⁸ 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, artikel 1, stk. 2-4.

¹⁹ Jf. de almindelige bemærkninger til L 167 af 21. april 2015, afsnit 9, s. 16.

²⁰ RÅDETS DIREKTIV 2009/133/EF af 19. oktober 2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE’s eller SCE’s vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater.

²¹ Se *Afsnit 3.6. Formålet med LL § 3, stk. 5 (Principal Purpose Test)*.

²² Både i relation til RRD, såvel som i DBO-sammenhæng.

²³ SKM2016.72.SR, SKM2016.222.SR, SKM2017.74.SR, SKM2017.333.SR, SKM2017.626.SR, SKM2017.469.SR, SKM2017.638.SR, SKM2018.189.SR, SKM2018.198.SR, SKM2018.209.SR, SKM2018.222.SR og SKM2018.466.SR.

daværende LL § 3 (LFS 167), mens den ene af sagerne omhandlede, hvorvidt der forelå misbrug af FUD²⁴.

Fem af sagerne, omhandlede likvidationsudlodninger²⁵, hvis skattemæssige behandling oftest (og for indeværende²⁶) afhænger af, hvorvidt det modtagne selskab, kan modtage skattefri udbytter²⁷, mens de resterende omhandlede udbytteudlodninger i form af kontanter, aktier, eller fordringer. I tre af sagerne fandt skattestyrelsen at de pågældende arrangementer, udgjorde misbrug af MDD art. 5²⁸, hhv. MDBO art. 10, stk. 2²⁹, jf. LL § 3, til trods for, at skattestyrelsen i to af sagerne ikke anfægtede, at udlodningens direkte modtager, udgjorde den retmæssige ejer.

Ved Lov nr. 1726 af 27/12/2018 og med virkning fra 1. januar 2019³⁰, blev LL § 3 ændret (LFS 28A)³¹ og i bestemmelsens stk. 1-3, indførtes en GAAR, hvis indhold nu ikke kun skulle omfatte misbrug af selskabsskattedirektiverne – men *skatteretten*. Ændringen af LL § 3, stk. 1-3, implementerede³² indholdet af *skatteundgåelsesdirektivet*³³ (ATAD1) artikel 6. I samme ombæring blev LL § 3, stk. 4 vedtaget, hvorefter stk. 1-3 *tilsvarende* skulle finde anvendelse på bl.a. fysiske personer. Ordlyden af stk. 3 (LFS 167) forblev dog uændret og videreført i stk. 5.

Selvom retstilstanden derfor er nu at der gælder en lovfæstet GAAR, i relation til misbrug af *hele skatteretten*, omhandler en stor del af sagerne i praksis³⁴ – hvor LL § 3 vurderes – dog fortsat spørgsmålet om skattefrihed, ved grænseoverskridende udbytteudlodninger.

I størstedelen af sagerne, anfægter skattestyrelsen fortsat ikke at den direkte modtager af udlodningen udgør den retmæssige ejer. Dog er der en tendens til, at skattestyrelsen lader dét aspekt, at der med en pågældende likvidations- hhv. udbytteudlodning, bestående af datterselskabsaktier, ikke ville skulle betales *fremtidig* dansk kildeskat, indgå i misbrugsvurderingen, jf. LL § 3. Tilgangen er formegentlig opstået, på baggrund af BO-dommenes³⁵ afsigelse, og aspektet, blev formegentlig første gang fremhævet i SKM.2019.349.SR, hvor skattestyrelsen vurderede at:

”... fremtidige udbytter (...) kan udloddes direkte til Tyskland, uden at de passerer Danmark og dermed uden nogen risiko for dansk kildeskat.”

²⁴ Se SKM2017.469.SR.

²⁵ SKM2017.333.SR, SKM2017.626.SR, SKM2017.638.SR, SKM2018.209.SR, SKM2018.222.SR.

²⁶ Se Afsnit 1.3. *Afgrænsning og præcisering*.

²⁷ Se Afsnit 2.2. *Udlodning af likvidationsprovenu – LL § 16 A, stk. 3*.

²⁸ SKM2017.333.SR og SKM2018.222.SR.

²⁹ SKM2018.466.SR – dog senere delvist omgjort af Landsskatteretten i SKM2020.355.SR.

³⁰ Jf. lov nr. 1726 af 27/12/2018 § 9.

³¹ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A

³² *Ibid.*, s. 24, venstre spalte.

³³ 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.

³⁴ SKM2019.349.SR, SKM.2019.413.SR, SKM2020.205.SR, SKM.2020.257.SR, SKM.2020.259.SR, SKM2020.274.SR, SKM2020.352.SR, SKM2020.355.LSR (tidligere: SKM2018.466.SR), SKM2020.482.SR, SKM2020.559.SR.

³⁵ Se: De forenede sager C-116/16 og C-117/16 (Renter og Royalties) og de forenede sager C-115/16, C-118/16, C 119/16 og C-299/16 (Udbytter).

Netop dette synspunkt, fremhævede skattestyrelsen også, i dennes procedure for Landsskatteretten, i SKM2020.355.LSR (men derimod *ikke* i egen tidligere afgørelse: SKM2018.466.SR), ved:

”Sagen belyser et principielt spørgsmål: Skal man kunne undgå at betale dansk kildeskat ved at etablere et nyt holdingselskab i udlandet og uden beskatning til følge samtidig udlodde aktier til dette nye holdingselskab, så fremtidigt udbytte kan udloddes skattefrit?”

Det kan således konstateres, at en stor del af sagerne i praksis fortsat omhandler spørgsmålet om skattefrihed, ved grænseoverskridende udbytteudlodninger, og således fortsat spørgsmålet om misbrug, jf. LL § 3, af fordelene efter MDD art. 5, hhv. MDBO art. 10, stk. 2, hvilket leder mig frem til følgende

1.2. Problemformulering

Hvornår er grænseoverskridende udbytteudlodninger skattefri?

– En retsdogmatisk analyse af LL § 3, under inddragelse af seneste tids praksis –

1.3. Afgræsning og præcisering

Til at beskrive- analysere- og påpege usikkerheder om retstilstanden, jf. problemformuleringen, udvælges i alt fire af de nyeste sager³⁶, afgjort efter indførslen af LL § 3 (LFS 28 A) og efter BO-dommenes afsigelse. Undervejs vurderes ligeledes hvorvidt denne praksis, er i overensstemmelse med indeværende analyse af indholdet af LL § 3.

Specialet omhandler *grænseoverskridende udbytteudlodninger* og afgrænses således fra rent internretlige forhold. Det udloddende selskab, forudsættes da at udgøre et indregistreret dansk aktie- eller anpartsselskab, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1 – der *ikke* udgør et investeringsselskab, jf. aktieavancebeskatningslovens (ABL) § 19, eller et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. LL § 16 C – og udbyttet, forudsættes således at hidrøre fra *aktier eller anparter*.

For indeværende, forudsættes den *direkte* modtager ligeledes at være hjemmehørende i udlandet, ikke fuldt skattepligtig til Danmark, jf. SEL § 1, hhv. KSL § 1, e.c., samt ikke at udgøre et fast driftssted³⁷ eller dødsbo, men derimod, et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2), i form af et selskab, efter intern dansk skatteret, som efter intern ret i den stat, hvori det pågældende selskab er hjemmehørende.

Af samme årsag afgrænses specialet således fra kvalifikationskonflikter, som følge af *”hybrid mismatch”*³⁸.

Det er for indeværende speciale forudsat, at MDBO 2017 finder anvendelse, med mindre andet måtte fremgå, som f.eks. tidligere versioner af MDBO, eller en konkret DBO, med den kontraherende stat³⁹

³⁶ SKM2019.349.SR, SKM2019.413.SR, SKM2020.352.SR og SKM2020.355.SR (tidligere SKM2018.466.SR).

³⁷ Jf. MDBO art. 5, hhv. MDD art. 1, stk. 1, litra c) og d)

³⁸ Hybrid mismatch, er i EU-retlig henseende, søgt løst ved indførsel af ATAD1 art. 9, baseret på OECD's BEPS action 2, der ligeledes, bl.a. er indføjet i OECD's modeloverenskomst 2017 art. 1 (samt MLI art. 3) og de dertilhørende kommentarer. I dansk ret, eksisterer bl.a. bestemmelsen i SEL § 2 C, til løsning heraf.

³⁹ Se nærmere herom i *Afsnit 1.4.1.1.2. GRL § 19 (De danske DBO'er)*.

og det direkte modtagne selskab, forudsættes at være hjemmehørende i en EU- og/eller DBO-stat. DBO'en forudsættes derfor at finde anvendelse, jf. MDBO art. 1, at indeholde en fordelingsbestemmelse, svarende til indholdet af MDBO (2017) art. 10, og at der ikke uenighed om, at udbytteudlodningen kan omfattes af MDBO art. 10⁴⁰.

Dét direkte modtagne selskab, forudsættes ligeledes at eje mindst 10 pct. af kapitalen, i det udloddende danske selskab, jf. ABL § 4 A⁴¹ og af pladshensyn, afgrænses specialet fra at fokusere på koncernselskabsaktier, der ikke er datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 B i det, at samme betragtninger i relation til misbrugsvurderingen efter LL § 3, forudsættes at gøre sig gældende, i relation til disse.

For indeværende forudsættes det således, at et selskab opfylder de formelle betingelser⁴² for at kunne modtage skattefri grænseoverskridende udbytter, og at visse SAAR, som f.eks. SEL § 2 D, mellemholdingreglen efter ABL § 4 A, stk. 3, SEL § 2, stk. 1, litra c), 5. pkt., samt KSL § 2, stk. 1, nr. 6), 2. led., SEL § 2, stk. 1, litra c), nr. 7, m.fl., *ikke* finder anvendelse.

At modtageren skal udgøre BO kan *formelt* set – i hvert fald i DBO-sammenhæng⁴³ – kategoriseres som en SAAR, mens den nærmere kategorisering af begrebet i EU-sammenhæng dog kan diskuteres⁴⁴. Det kan dog ligeledes diskuteres, om en sådan ”skarp” kategorisering af BO, i DBO-sammenhæng, udgør en korrekt beskrivelse af gældende ret, eftersom begrebet ikke skal forstås i *en snæver teknisk betydning*⁴⁵.

For indeværende er det dog forudsat, at der *ikke* foreligger BO-problematikker, idet udlodningen ikke antages at blive ført videre, eller med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande, uden en DBO⁴⁶ og specialet, afgrænses således fra en selvstændig vurdering heraf. Begrebet, vil dog være genstand for en kort gennemgang⁴⁷, ligesom dette inddrages undervejs, hvor dette måtte være relevant.

Specialet afgrænses – jf. ovenstående – *fra* udbytter, som følge af LL § 16 A, stk. 2, nr. 2)-4)⁴⁸ og nr. 5)⁴⁹, men derimod *til* at omfatte udlodning af likvidationsprovenu, efter LL 16 A, stk. 3, men dog, *fra* situationer, som følge af skattepligt efter LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra b)⁵⁰ og litra d)⁵¹.

⁴⁰ Definitionen i MDBO art. 10, stk. 3, er ikke-udtømmende, jf. kommentar 23 hertil, ligesom f.eks. likvidationsudlodninger og maskeret udbytte, kan omfattes af begrebet, jf. kommentar 28 hertil.

⁴¹ Se Afsnit 2.3. Undtagelse – Skattefrihed ved grænseoverskridende udbytteudlodninger.

⁴² Se ligeledes herom i Afsnit 2.3. Undtagelse – Skattefrihed ved grænseoverskridende udbytteudlodninger.

⁴³ Se Afsnit 2.3.2.1. Kravet om at udbytteudtageren udgør den retmæssige ejer.

⁴⁴ Se Afsnit 3.3. Misbrug af EU-retsakter – Retten ophører når misbruget begynder.

⁴⁵ Se nærmere herom i Afsnit 3.4.2. Misbrug af DBO'er – herunder kravet om retmæssige ejer.

⁴⁶ Se ligeledes nærmere herom i Afsnit 2.3.2.1. Kravet om at udbytteudtageren udgør den retmæssige ejer.

⁴⁷ Se nærmere herom i Afsnit 3.4.2. 3.4.2. Misbrug af DBO'er – kravet om retmæssig ejer.

⁴⁸ Se ligeledes ovenstående, vedrørende investeringsinstitutter med minimumsbeskatning og investeringsforeninger.

⁴⁹ Se ligeledes ovenstående betragtninger, vedrørende de specifikke værnsregler (SAAR).

⁵⁰ Se ovenstående betragtninger, vedrørende koncernselskabsaktier efter ABL § 4 B.

⁵¹ Se ovenstående betragtninger, ligeledes vedrørende de specifikke værnsregler (SAAR).

Specialet afgrænses fra beskatning på *selskabsniveau*, ved ophør af den danske skattepligt, eller ved hjemmehør i en DBO-stat⁵², jf. SEL § 5, stk. 7, i det danske selskabs eneste aktiver i praksis, som regel udgør datter/koncernselskabsaktier, eller skattefri porteføljeaktier, hvor en afståelse heraf vil være skattefri, jf. ABL § 8. Specialet, afgrænses ligeledes fra *maskede udlodninger*, samt *læren om rette indkomstmodtager*, i det det forudsættes, at det modtagne selskab udgør rette indkomstmodtager⁵³.

Specialet afgrænses ligeledes fra misbrug af det fælles-harmoniserede momssystem, og fokus holdes således på de ikke-fuldt harmoniserede *direkte skatter*, i de respektive EU-medlemsstater og ligeledes fra en selvstændig gennemgang af misbrug af RRD og FUD. EU-domstolens praksis, i relation til misbrug af RRD, hhv. FUD inddrages dog, hvor dette måtte have relevans og enkelte aspekter, i relation til misbrug af FUD, vil ligeledes blive kort inddraget i en særskilt analyse⁵⁴.

Omgåelsesproblematikken i dansk skatteret vil kort blive beskrevet, samt hvilke faktiske forhold, som domstolene *hidtil*⁵⁵ har tillagt vægt for at statuere misbrug. Skatteminimering kan – i bred forstand – principielt imødegås på to måder⁵⁶:

”Dels gennem vedtagelse af regler, som har til formål at modvirke bestemte former for omgåelse og misbrug, dels ved brug af generelle omgåelsesklausuler, hvad enten disse er dommerskabte eller lovfæstede.”

Specialets undersøgelsesområde, relaterer sig til LL § 3 og som fremført af Aage Michelsen⁵⁷, må der antages at være *et betydeligt overlap* mellem arrangementer, der ville kunne rammes af GAAR efter LL § 3, stk. 1-4, hhv. tilsidesættes som følge af den domstolsskabte omgåelsesklausul / udvidede lovfortolkning. Specialet vil ikke bidrage til diskussionen om, hvorvidt der i dansk skatteret eksisterer en domstolsskabt omgåelsesklausul. Det skal dog påpeges at fortalere⁵⁸ for at misbrug må løses ved en til tider yderst *udvidede lovfortolkning*, ud fra skatteydere beviselige forsøg på omgåelse, bl.a. fremhæver at realitetsgrundsætningen forekommer svær at forene med delegationsforbuddet i GRL § 43, mens fortalere for *realitetsgrundsætningen*, beskriver denne som⁵⁹:

”... en forklaringsmodel på et stort antal domme, hvis domskonklusion ikke står til debat, og hvis præmisser ikke kan afvejnes med at være resultatet af »sædvanlig retskildelære«”

⁵² Se Afsnit 2.2.1. SEL § 5, stk. 5 – Ophør af den fulde skattepligt efter SEL § 1, eller hjemmehørende i en fremmed stat efter en DBO.

⁵³ Se dog kort om, i denne retning: Afsnit 3.1. Civilretten, skatteretten og ”rette indkomstmodtager”.

⁵⁴ Se Afsnit 5.5. SKM2021.30.SR – Skattefri fusion, i stedet for likvidation.

⁵⁵ Forstået som p.ba. arrangementer, foretaget før indførelsen af LL § 3. Se nærmere herom i Afsnit 3.2. Misbrug af intern skatteret.

⁵⁶ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 132 ff.

⁵⁷ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 137.

⁵⁸ Se bl.a. Aage Michelsen og Anders Nørgaard Laursen: Lærebog om indkomstskat 2019, s. 140 ff., hhv. RR.SM.2020.6: Kommentarer til udvalgte afgørelser Aktieombytning: udbytte eller aktieavance? – nogle bemærkninger om omgåelse mv. (SKM2020.98.SR og SKM2019.232.SR).

⁵⁹ Se: Jan Pedersen, U.2008B.197: Om den skatteretlige realitetsgrundsætning og grundlovens § 43, de europæiske menneskerettigheder samt EU-rettens retsgarantier for borgerne.

Om dette, fremhæver Aage Michelsen da også⁶⁰:

”Denne opfattelse af omgåelsesproblemet udelukker ikke, at omgåelsessynspunktet i visse tilfælde får en så fremtrædende plads ved lovforklaringen, at det måske forekommer noget anstrengt at tale om almindelig lovforklaring, hvilket imidlertid ikke er det samme som at der gælder en ulovfæstet omgåelsesklausul.”

Jan Pedersen fremhæver realitetsgrundsætningen⁶¹:

”... som teoretisk forklaringsmodel for en omfattende praksis under alle omstændigheder må anses som den »mindst ringe« forklaringsmodel.”

Diskussionen forfølges ikke nærmere, idet indførslen af LL § 3 netop bevirker, at der nu eksisterer (klar) lovhjemmel til at ramme *misbrug* af skatteretten, men, da *dette* forudsættes, opstår det naturlige spørgsmål; ”*Bidraget LL § 3 med noget nyt?*”, hvilket derfor kort vil blive afslutningsvist diskuteret⁶².

Specialet afgrænses ligeledes fra situationer som følge af skattesvig, og fokus holdes således på skatteomgåelse⁶³, i det der er bred international konsensus om, at disse begreber er forskellige⁶⁴. Det kan dog samtidig ikke udelukkes at skatteomgåelsen medfører eventuelle *strafferetlige sanktioner*⁶⁵, men specialet afgrænses ligeledes herfra, samt fra skattekontrol, selskabers oplysnings- og indberetningspligt, *sanktioner* som følge af manglende indeholdelses- og oplysningspligt, mv., og stater pligt til at udveksle oplysninger⁶⁶.

’*Misbrug*’ anvendes derfor som samlebegreb, for de ikke-svigagtige og ikke-nødvendigvis strafferetligt sanktionerede, skattemæssige arrangementer, der potentielt omfattes af GAAR efter LL § 3. Det er således forudsat at skatteomgåelse, skatteundgåelse, skatteunddragelse, mv., udtrykker det samme⁶⁷ – *misbrug* af fordelene i MDD art. 5, hhv. MBO art. 10, stk. 2.

Specialet omhandler således med de, af ovenstående følgende præciseringer og afgrænsninger, analysen af retstilstanden i overensstemmelse med specialets problemformulering.

1.4. Metode

Der søges med specialets problemformulering at analysere og beskrive retstilstanden indenfor *ovenstående*, nærmere afgrænsede område. Til dette formål, anvendes *den retsdogmatiske metode*, hvis opgave bliver at beskrive, analysere og finde ny viden om gældende ret⁶⁸ (*de lege lata*). Hvor *den juridiske metode* udgør juristens’ (i bred forstand) praktiskorienterede værktøj til løsning af

⁶⁰ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 140.

⁶¹ Jan Pedersen, U.2009B.220: Duplik om den skatteretlige realitetsgrundsætning.

⁶² Afsnit 7. *Bidraget LL § 3 med noget nyt?*

⁶³ Se nærmere herom i Afsnit 3.2. *Misbrug af intern skatteret*.

⁶⁴ Jf. Den evige udfordring, s. 288 ff.

⁶⁵ Som regel i form af bøder.

⁶⁶ Se f.eks. RÅDETS DIREKTIV 2011/16/EU af 15. februar 2011 om administrativt samarbejde på beskatningsområdet og om ophævelse af direktiv 77/799/EØF.

⁶⁷ Jf. ligeledes i den retning, Den evige udfordring, s. 205-206 ff.

⁶⁸ Retsvidenskabsteori, s. 204.

konkrete⁶⁹ sager, udgør den retsdogmatiske metode, den juridiske undersøgeres videnskabelige værktøj til analysen- og beskrivelsen af retstilstanden på et givent retsområde⁷⁰. Begge, beskæftiger sig dog med gældende ret og er således forbundne⁷¹.

1.4.1. Den retsdogmatiske metode og retskilderne

Den retsdogmatiske metode søger at beskrive og analysere gældende ret, gennem *en systematisk, metodisk og transparent virksomhed*⁷², hvor især *perspektivet på det undersøgte, systematisk af retsreglerne og beskrivelse af usikkerhed om retstilstanden*⁷³ er vigtigt. Da gældende ret, udledes af *retskilderne*, opstår det retsvidenskabsteoretiske spørgsmål dog;

”Hvordan afgøres det, hvornår en norm har karakter af en skatteretlig retskilde?”⁷⁴

Dette, er der principielt intet ”endeligt” svar på, eftersom ingen lov findes, der fastsætter hvilke normer, der anses for retskilder⁷⁵. Antagelsen for specialet, baseres således på Alf Ross ”prognose teori”⁷⁶, hvorefter gældende ret defineres som retsregler, en domstol antages at ville lægge til grund i dommen. Antagelsen, besvarer dog ikke spørgsmålet og det bliver derfor nødvendigt at inddrage hidtidig erkendelse af gældende ret. Specialets metodevalg baseres således på *den herskende lære og tendens i moderne ret*⁷⁷, hvilket i sig selv rejser erkendelsesmæssige spørgsmål, der dog for indeværende ikke forfølges nærmere.

Traditionelt består retskilderne af *lov, retspraksis, sædvane og forholdets natur*, men den juridiske undersøger, må dog ligeledes forholde sig til hidtidig forskning og metode⁷⁸.

Grundloven har – ud fra en *lex superior* betragtning – forrang for *lov*, mens *bekendtgørelser* skal udstedes med hjemmel i *lov*, der – selvfølgelig – heller ikke må stride mod Grundloven (GRL). GRL § 43 indeholder et delegationsforbud, hvorefter ingen skat må *pålægges, forandres, eller ophæves uden ved lov*, men rækkevidden heraf er fortsat omdiskuteret⁷⁹. Højesteretsdommer Jens Peter Christensen anfører, at der må være plads for pragmatiske betragtninger ved fortolkningen af GRL § 43, der lægger vægt på praktiske behov⁸⁰. Opfattelsen tilstøttes, og diskussionen om fortolkningen af GRL § 43 forfølges da ikke nærmere, idet det antages, at LL § 3 ikke strider mod bestemmelsens indhold⁸¹.

⁶⁹ Retsvidenskabsteori, s. 193

⁷⁰ Retsvidenskabsteori, s. 204.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ SR.1996.183 af 1. januar 1996 RETSKILDEPOLYCENTRI I SKATTERETTEN, af professor Aage Michelsen.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Jf. Alf Ross, Ret og retfærdighed, 1953.

⁷⁷ Udtrykt af Aage Michelsen (Lærebog om indkomstskat 2019, s. 103), med henvisning til Jens Evald Juridisk teori, metode. Se ligeledes Carsten Munk Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 383, m.fl.

⁷⁸ Retsvidenskabsteori, s. 206 ff. (*konsistenskrav*).

⁷⁹ Aage Michelsen, m.fl., Lærebog om indkomstskat, s. 105 ff.

⁸⁰ Jens Peter Christensen i Malene Kerzel (red.): Festskrift til Jan Pedersen, 2011, s. 63 ff. – Kommenteret af Niels Winther-Sørensen i: SR.2018.293, Hjemmelsgrundlaget for Skats instruks om sagstilsikring.

⁸¹ Se ligeledes nedstående *Afsnit 1.4.1.1.3. Fortolkning af lov*, om fortolkning *‘contra legem’*.

1.4.1.1.1. GRL § 20 (EU-samarbejdet efter Traktaten)

I medfør af GRL § 20 har Danmark afgivet suveræniteten til det Europæiske Fællesskab (nuværende Europæiske Union (EU)), jf. tiltrædelseslovens⁸² § 2 og har således, ved overstatsligt samarbejde forpligtet os til at følge indholdet af *Traktaterne*⁸³ (også kaldet *den primære*⁸⁴ EU-ret). Traktater, indgået med hjemmel i GRL § 20, kan overlade kompetencer, der ellers tilkommer rigets myndigheder til EU's institutioner, *à nærmere bestemt omfang*⁸⁵.

I medfør af TEUF art. 288, stk. 3, er Danmark bl.a. forpligtet til at implementere direktiver i national ret da et direktiv, som udgangspunkt, ikke har *direkte virkning*⁸⁶, men skal – såfremt dettes tilsigtede mål ikke allerede kan rummes i national ret – implementeres for at få retsvirkning i Danmark. Form og midler er dog overladt til medlemsstaterne (MS), så længe de pågældende mål i direktivet nås. Det er da pålagt danske domstole og myndigheder *”i videst muligt omfang”*, at fortolke den danske implementeringsbestemmelse direktivkonformt⁸⁷.

Ved fortolkningsstvivl, kan danske domstole da vælge at indbringe en præjudiciel forelæggelse for EUD, jf. TEUF art. 267, stk. 2⁸⁸, der har til opgave at *sikre en ensartet anvendelse* af EU-retsakter⁸⁹, jf. TEU art. 19. EUD vurderer derimod *ikke de materielle* omstændigheder, i en indbragt hovedsag⁹⁰ og fastlægger derfor *ikke* hvilket *materielt* resultat, som en MS' domstole skal nå⁹¹. Hensigten hermed er at undgå, at hver enkelt MS anlagde egen fortolkning af et direktiv⁹², sml. med MS pligt til at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af unionens mål i fare, jf. TEU art. 4, stk. 3.

EUD's fortolkningsstil er i høj grad:

”... kendetegnet ved en udpræget formålsfortolkning og princippet om EU-rettens effektive virkning, der indebærer, at EU-retsakter skal fortolkes på den måde, der bedst sikrer, at de får den virkning, som de var tiltænkt. Fællesskabsdomstolene kan dermed siges at anvende en teleologisk

⁸² Jf. LOV nr. 447 af 11/10/1972.

⁸³ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og Traktaten om Den Europæiske Union (TEU).

⁸⁴ EU-rettens kilder og hierarki: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/6/eu-retten-kilder-og-r%C3%A6kkevidde>, sml. Peter Hedegaard Madsen, Grundlæggende EU-forfatningsret, s. 15.

⁸⁵ Se ligeledes om beskrivelsen af nogle af problemstillingerne forbundet herved: U.2017B.413, om EU-charteret og grundlovens § 20, af professor, dr. jur. Jens Kristiansen.

⁸⁶ Peter Hedegaard Madsen, Grundlæggende EU-forfatningsret, 2011, s. 130.

⁸⁷ Jf. bl.a. sag C-212/04, præmis 108, under henvisning til sag C-106/89 (Marleasing) præmis 8, og C-397/01 – C 403/01, Pfeiffer m.fl., præmis 115). Se nærmere herom i nedstående *Afsnit 1.4.1.1.3. Fortolkning af lov*. Se ligeledes Ulla Neergaard, Ruth Nielsen, EU ret, s. 234 og Peter Hedegaard Madsen, Grundlæggende EU-forfatningsret, s. 140ff

⁸⁸ Dette kræver dog at en sag faktisk bliver indbragt for de danske domstole og et spørgsmål om fortolkningen af EU retsakter i sagen bliver rejst. Hvis det er sidste instans (for Danmarks vedkommende, som udgangspunkt Landsretten) og et sådant spørgsmål bliver rejst, er det dog som udgangspunkt en pligt, jf. TEUF art. 288, stk. 3, med mindre retstilstanden må anses for utvetydig, jf. sag 283/81 (CLIFIT). Se ligeledes: Præjudicielle forelæggelser, s.170.

⁸⁹ Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstolen): https://europa.eu/european-union/about-eu/institutionsbodies/court-justice_da. Se hertil ligeledes, Peter Hedegaard Madsen, Grundlæggende EU forfatningsret, 2011, s. 159 ff.

⁹⁰ Jf. bl.a. de forenede sager, sag C-116/16 og sag C-117/16 (BO-udbyttedommene) præmis 99.

⁹¹ Præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen, af Niels Fenger og Morten P. Broberg, s. 313.

⁹² Jf. bl.a. sag C-192/89 (S. Z. Sevince), præmis 11.

fortolkningsstil ... dvs. en fortolkning, der alene retter sig mod den pågældende retsakts formål.”⁹³
(Min fremhævning.)

Et direktivs formål, fremgår i dettes *præambel*, men fortolkningen baseres til tider på selve formålet med EU og EU-samarbejdet⁹⁴, politiske hensyn⁹⁵, (*judicial policy making*)⁹⁶ og undertiden, med henvisning til EU-retten nuværende udviklingstrin⁹⁷. Som udgangspunktet fortolker EUD dog et direktiv efter dettes ordlyd⁹⁸ og i tvivlstilfælde, ved en sammenligning af forskellige sprogversioner⁹⁹. I de senere år, er der navnlig en tendens¹⁰⁰ inddrage forarbejderne til direktiverne, jf. som eksempel herpå BO-rentedommene¹⁰¹, hvor *forslaget* til RRD blev tillagt afgørende vægt. EUD’s fortolkning er ligeledes i høj grad *case law-baseret*¹⁰², og tidligere domme har derfor typisk stor præjudikatværdi¹⁰³, men EUD, er dog samtidig ikke bundet af tidligere praksis¹⁰⁴. EUD ses ligeledes i retspraksis at udvikle principper – oftest under henvisning til *EU-rettens effektive virkning*¹⁰⁵.

1.4.1.1.2. GRL § 19 (De danske DBO’er)

Traktater, der *ikke* overlader kompetencer til EU, kan indgås med hjemmel i GRL § 19, hvilket ligeledes udgør hjemlen til indgåelsen af de danske DBO’er. En DBO udgør en folkeretlig aftale (traktat), mellem to (bilateral), eller flere (multilateral) stater om fordeling af beskatningsretten til indtægter. Når denne af de kontraherende stater er ratificeret, er DBO’en bindende for- og skal opfyldes af disse i god tro, jf. Wienerkonventionens¹⁰⁶ (WK) art. 26. En DBO bygger på et princip om *domicillandsbeskatning*¹⁰⁷, men udgør *ikke* en beskatningshjemmel *i sig selv* (den gyldne regel). For at Danmark da kan udnytte en tildelt beskatningsret efter en DBO, kræves derfor intern lovhjemmel, jf. GRL § 43.

En ratificeret DBO, skal primært fortolkes *loyalt* og i overensstemmelse med *den sædvanlige betydning*, som udtryk heri er tillagt, ud fra disses sammenhæng og belyst ud fra DBO’ens hensigt og formål, jf. WK art. 31. *Forarbejderne til traktaten og omstændighederne ved dens indgåelse*, kan da inddrages som supplerende fortolkningsmidler, jf. WK art. 32. Udtryk der *er* defineret i DBO’en, skal fortolkes efter den pågældende definition heri, mens udtryk der *ikke* er defineret heri, skal fortolkes efter WK art. 31-33, i det WK dog fortsat finder anvendelse ved fortolkningen af, hvad der er aftalt.

⁹³ Grundlæggende EU-forfatningsret, s. 38.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid., s. 39.

⁹⁶ Ibid. s. 39, i relation til Sag 294/83.

⁹⁷ EU ret, s. 141.

⁹⁸ EU ret, s. 137.

⁹⁹ Sag C-311/06 (Cavallera), præmis 53. Se ligeledes EU ret, s. 139.

¹⁰⁰ U.2014B.293, Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, af professor, dr.jur. Niels Fenger, sml. EU ret s. 144.

¹⁰¹ De forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 (Renter og royalties), præmis 90.

¹⁰² Grundlæggende EU-forfatningsret, s. 37.

¹⁰³ Herunder såkaldte *landmark judgements*, jf. Grundlæggende EU-forfatningsret, 2011 s. 56.

¹⁰⁴ Grundlæggende EU-forfatningsret, 2011, s. 56, sml. Præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen, af Niels Fenger og Morten P. Broberg, s. 319.

¹⁰⁵ Jf. f.eks. Sag 6/64 (Costa Enel) om EU-rettens forrang.

¹⁰⁶ BKI nr 34 af 29/04/1980: Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten.

¹⁰⁷ Dette er grundlæggende på linje med det danske *globalindkomstprincip*, jf. Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat 2019, s. 1145.

OECD's MDBO indeholder i art. 3, stk. 2, ligeledes en fortolkningsregel der indeholder henvisninger til anvenderstatens interne skattelovgivning og baseres således på et *lex fori* princip.

Selvom MDBO og kommentarerne hertil *ikke* udgør folkeretligt forpligtende aftaler, er den almindelige antagelse dog, at disse kan tillægges betydning, ved fortolkningen af konkrete DBO'er, der baseres herpå¹⁰⁸ – jf. f.eks. TfS 1993.7 H (Texaco), SKM2012.121.ØLR og f.sv. TfS 2003.222 H (Halliburton) – hvilket er tilfældet for de fleste danske DBO'er¹⁰⁹. OECD's MDBO, udfærdiges officielt på engelsk og fransk¹¹⁰.

Den *nyeste* version af MDBO og kommentarerne hertil, kan dog alene kan inddrages som fortolkningsbidrag, såfremt disse udgør *præciseringer*¹¹¹ (*dynamisk fortolkning*) i relation til forståelsen af den konkrete DBO, men der er dog næppe international konsensus om, *hvad* der udgør- og *hvornår* der *kan* anlægges en dynamisk fortolkning¹¹², i det specialet dog afgrænses fra en videre diskussion heraf.

1.4.1.1.3. Fortolkning af lov

Da LL § 3 udgør en *generel* værnsregel, vil *specifikke* værnsregler¹¹³, ud fra en *lex specialis* betragtning¹¹⁴, gå forud for denne.

En lovregel fortolkes som udgangspunkt *objektivt*, ud fra en naturlig sproglig forståelse af ordlyden, men ved tvivl, mv.¹¹⁵, anlægges dog undertiden *en subjektiv fortolkning*, under inddragelse af lovens forarbejder. Lovforarbejder omfatter især – men ikke begrænset til – de almindelig bemærkninger til lovforslaget (LFS), samt Skatteministerens høringssvar til spørgsmål under lovens tilblivelse¹¹⁶. LFS 28 blev fremsat den 3-10-2018, men tvivl¹¹⁷ vedr. virkningerne af de i lovforslaget anførte CFC-regler bevirkede, at lovforslaget under 2. behandlingen blev delt i to – LFS 28 A, hhv. LFS 28 B. Da LFS

¹⁰⁸ Se Michael Lang, Introduction to the Law of Double Taxation Conventions, 4.2.1. Autonomy of DTC law s. 3.

¹⁰⁹ Jf. SKAT's juridiske vejledning, afsnit C.F.8.1.1 Dobbeltbeskatning Indhold, Modeloverenskomster. Dog indeholder de danske DBO'er på en række punkter, afvigelser fra denne.

¹¹⁰ Der findes ingen autoriseret dansk oversættelse, af MDBO og kommentarerne hertil, jf. SKAT's juridiske vejledning, afsnit C.F.8.2.1 Overordnet om modeloverenskomsten, Kildesøgning.

¹¹¹ Jf. ligeledes bl.a. SKM2012.121.ØLR.

¹¹² Se f.eks. den spanske højesteret (Tribunal Supremo, case number 1996/2019, 23. september 2020) hvorefter en dynamisk fortolkning ikke kunne føre til, at kommentarer kunne anvendes, med tilbagevirkende kraft, ligesom kommentarerne til fortolkningen af udtrykket (BO), i den konkrete DBO kun kunne inddrages, såfremt begrebet udtrykkeligt fremgik i DBO'en og ikke var i modstrid, med en autentisk fortolkning heraf. Sagen er kommenteret af EY, via. linket: https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/spanish-supreme-court-confirms-case-law-on-limits-to-dynamic-interpretation-of-tax-treaties

¹¹³ Det bemærkes at det i specialet er forudsat at SAAR i relation til udbytter, ikke finder anvendelse. Se *Afsnit 1.3. Afgræsning og præcisering*, ligeledes vedr. dette aspekt, i relation til begrebet 'BO'.

¹¹⁴ Se ligeledes Lærebog om indkomstskat 2019, s. 125 ff.

¹¹⁵ Jf. Lærebog om indkomstskat 2019, s. 126 ff.

¹¹⁶ Se, TfS 2014, 732: Exitskat og henstandssaldoen - er der fradrag for renter? Om ministersvar og lovfortolkning, hvor Anders Nørgaard Laursen, bl.a. henviser til: Thøger Nielsen, Indkomstbeskatning I, 1965, s. 34 ff.; Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 15. udg. 2013, s. 131 ff. og Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 1, 6. udg. 2013, s. 131 ff.

¹¹⁷ Se: Betænkning til L 28, afgivet den 13-12-2018.

28 A gik direkte til tredjebehandling, uden fornyet udvalgsbehandling¹¹⁸, har forarbejderne til LFS 28 derfor retskildemæssig værdi, i relation til bl.a. fortolkningen af LL § 3, i LFS 28 A.

Navnlig ved fortolkning af lovregler, vedtaget med det formål at implementere indholdet af et direktiv, skal nationale domstole og myndigheder¹¹⁹:

”... i videst muligt omfang fortolke nationale bestemmelser i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes og for dermed at handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF. (nu art 288, stk. 3) ...”

Ovenstående er undertiden også kendt som *pligten til direktivkonform fortolkning* og indebærer¹²⁰:

”... at de nationale retsinstanser gør alt, hvad der henhører under deres kompetence — idet de tager den nationale lovgivning i dens helhed i betragtning, og **ved anvendelsen af fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret** — for at sikre den fulde virkning af direktivet, og for at nå et resultat, der er i overensstemmelse med det, der tilsigtes med direktivet ...” (Min fremhævning.)

Jens Kristiansen fremfører, at¹²¹: ”Domstolene strækker sig vidt for at foretage en EU-konform fortolkning af dansk ret, især når der er tale om regler, som har det formål at foretage en (korrekt) gennemførelse af et direktiv.”

Pligten, kan dog *ikke* udstrækkes til en fortolkning *contra legem* (mod loven) og omfatter både lovens klare ordlyd, såvel som forarbejderne hertil, jf. U 2014.914.H, sml. U 2017.824 H (Ajos-sagen), hvor Højesteret ikke fandt, at Danmark i medfør af GRL § 20, havde afgivet suverænitet til at fortolke i overensstemmelse med det (nu) traktatfæstede princip, om forbud mod aldersdiskrimination. Princippet måtte derfor vige, til fordel for retssikkerhedsprincippet og forudberegnelighedsprincippet. Diskussionen forfølges dog ikke nærmere, idet LL § 3 *ikke* antages at stride mod hverken Grundloven eller en klar retstilstand, og af samme årsag forudsættes det at EU-retten – i hvert fald i denne henseende – kan indlejres i det danske retskildehierarki og at der således, i udpræget grad, eksisterer et *monoteistisk* retssystem¹²².

1.4.1.1.4. Retspraksis

En endelig dom udgør en domstols fortolkning af jus. ud fra sagens faktum, der af domstolen bliver lagt til grund (retsfaktum), i den pågældende bedømmelse (subsumption), mellem to eller flere parter i en sag og vil – pr. definition – *altid* udtrykke gældende ret i den konkrete sag, mellem de konkrete parter¹²³.

¹¹⁸ Se: 2. behandling den 18-12-2018 af L 28.

¹¹⁹ Jf. bl.a. sag C-212/04, præmis 108.

¹²⁰ Jf. bl.a. sag C-212/04, præmis 111.

¹²¹ Jf. U.2017B.413, 2017 EU-charteret og grundlovens § 20 Af professor, af dr. jur. Jens Kristiansen, der blandt andet henviser til U 2014.1998.H, samt U 2016.749.H. Hertil kan ligeledes fremføres U.2015.1013 H, hvor Højesteret lagde vægt på et tidligere forslag fra Kommissionen ved fortolkningen af en forordning, selvom indholdet af forslaget, ikke var med, i den endeligt vedtagne forordning.

¹²² Retsvidenskabsteori, s. 290.

¹²³ Sml. Alf Ross' prognoseteori.

En dom fra Højesteret kan derfor ikke være ”forkert” for; *Hvis ikke Højesteret kan betros opgaven med at udfinde gældende dansk ret, hvem kan så?*¹²⁴.

Præjudikatværdien – herunder af domme fra Højesteret – kan derimod principielt altid diskuteres. Efter min opfattelse, påvirker det dog *ikke* præjudikatværdien i negativ retning, at flertallet af Højesterets- såvel som Landsrettens domme, i et udvalg af ”misbrugssager”¹²⁵ er afsagt med dissens, men understøtter blot at grænsedragningen mellem brug, hhv. misbrug af skattefordele, til tider er vanskelig. Dette, understøttes ligeledes af at Landsretten i nogle sager ses at dømme til skatteydere fordel mens Højesteret, som sidste instans, dømmer til Skatteministeriets (SKM) fordel og *vice versa*.

Der foreligger endnu ingen praksis fra domstolene, vedr. LL § 3, men ved LOV nr 1125 af 19/11/2019, blev den hidtidige SFL § 48 ændret, hvorfor en skatteyder derfor nu som udgangspunkt ikke skal have optømt de adm. klagemuligheder for, at kunne indbringe skatteforvaltningens afgørelser for domstolene.

1.4.1.4.1. Særligt om administrativ praksis i relation til LL § 3

Et bindende svar, relaterer sig udelukkende til adressaten (spørger) og er som udgangspunkt gældende i 5 år, jf. SFL § 25, stk. 1. Ud fra en lighedsbetragtning, kan skatteydere i en tilsvarende situation dog også støtte ret herpå, idet ens sager skal behandles ens¹²⁶, undtagen i tilfælde, hvor afgørelsen er i strid med loven¹²⁷ eller EU-retten¹²⁸.

Skattestyrelsen (SKT) og Skatterådet (SR), er forpligtede til at følge egen praksis, i det der ikke må ske usaglig forskelsbehandling, og er ligeledes – qua Landsskatterettens´ (LSR) placering som særligt klageorgan udenfor det skatte-forvaltningsretlige hierarki – forpligtede til at følge LSR afgørelser om principielle retsspørgsmål¹²⁹. Med ændringen af LL § 3, indførtes samtidig stk. 7¹³⁰ (formegentlig inspireret af OECD´s BEPS action 6, pkt. 15¹³¹) hvorefter SKT´ indstilling til afgørelse, vedr. anvendelsen af LL § 3, stk. 1-5, skal forelægges for SR til afgørelse. Formålet hermed var, at sager vedr. LL § 3 normalt anses for at være principielle, indtil mere fyldig praksis på området er udviklet¹³² og lovgiver ville herved sikre en korrekt og ensartet fortolkning af LL § 3¹³³. Administrativ praksis kan derfor ikke anses som værende helt uden betydning, for forståelsen af LL § 3, men domstolene er dog *på ingen måde* er bundet heraf – ej heller fra LSR. Selvom domstolene til tider, afgør sager ud

¹²⁴ Citeret af Anders Nørgaard Laursen i: RR.12.2018.71, af 4. december 2018 Kommentarer til udvalgte afgørelser - Skattemæssig kvalifikation af en udenlandsk fond og forholdet mellem intern ret og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne (SKM2018.376.HR). Se ligeledes: Anders Nørgaard Laursen: RR.SM.2016.8, Kommentarer til udvalgte afgørelser - SKM2016.281.HR - rette indkomstmodtager og udbytte.

¹²⁵ Se *Afsnit 3.2. Misbrug af intern skatteret*.

¹²⁶ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 113.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 86.

¹²⁹ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 114.

¹³⁰ Se ordlyden af bestemmelsen i *Afsnit 2.4. Modifikation – LL § 3*.

¹³¹ Se OECD´s final BEPS action 6, s. 64, vedrørende PPT, kommentar 15 – ligeledes gengivet i MDBO 2017, kommentar 183.

¹³² LFS 28, s. 100, venstre kolonne nederst.

¹³³ LFS 28, s. 101, højre kolonne øverst.

fra skatteforvaltningens praksis, kan praksis vedr. til LL § 3 dog næppe anses at være så ”fast”¹³⁴ endnu, at domstolene vil tillægge denne afgørende vægt, ved fortolkningen af bestemmelsen.

1.4.1.1.4.2. Særligt om udenlandsk praksis

Det klare udgangspunkt er at udenlandsk retspraksis, ikke udgør danske retskilder¹³⁵.

I TfS 1993,60 H (Texaco) tog Højesteret dog udgangspunkt i dansk og *international skattepraksis* i vurderingen af et fast driftsstedes mulighed for fradrag, af koncerninterne renteudgifter og kurstab, mens Østre Landsret i SKM2012.121.ØLR, fortolkede ”BO” i overensstemmelse med *den internationale forståelse*, der bl.a. var kommet til udtryk i den engelske Court of Appeals dom af 2. marts 2006, International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch. Så vidt vides, eksisterer der dog endnu ingen international retspraksis vedr. LL § 3, stk. 5 (PPT)¹³⁶. Hvis (når) der gør, er det dog overvejende sandsynligt at denne – efter omstændighederne – vil blive tillagt vægt af danske domstole, afhængigt af dennes principielle karakter, mv.

Selvom det udelukkende tilkommer EUD at fortolke EU-retsakter, inddrages dog alligevel et bindende svar fra de norske skattemyndigheder, idet dette indeholder interessante aspekter i relation til ”substanskravet” i holdingselskaber¹³⁷. Inddragelsen, skal bl.a. ses p.ba. de stærke historiske bånd mellem Danmark og Norge, og selvom Norge udgør et EØS-land, indeholder EØS-aftalen¹³⁸ dog mange ligheder med EU-samarbejdet, bl.a. vedr. reglerne om fri bevægelighed¹³⁹, ligesom der i sagen blev henvist til sag C-196/04 (Cadbury Schweppes).

1.4.1.1.5. Retssædvane og forholdets natur

Spørgsmålet om retssædvane, er nært beslægtet med spørgsmålet om præjudikatværdien af adm. praksis¹⁴⁰, mens i litteraturen er det dog omtvistet, hvorvidt *forholdets natur* kan benyttes som retskilde i offentlig ret¹⁴¹.

1.4.2. Kildesøgning

Kildesøgningen har primært foregået digitalt på *Karnovs*, hhv. *Folketingets hjemmeside*, *SKAT's hhv. EU's afgørelsesdatabase* og *AAU's forskningsportal* – ved angivelse af relevante søgeord. Diverse lærebøger, samt Google, har ligeledes været benyttet – dog mest i starten til at opnå en bredere forståelse.

¹³⁴ Se herom i Lærebog om indkomstskat 2019, hvor Aage Michelsen oplister en række domme, der tillagde en mangeårig fast administrativ praksis afgørende vægt, i de respektive sagers udfald.

¹³⁵ Retsvidenskabsteori, s. 273.

¹³⁶ Se herom i *Afsnit 3.6. Formålet med LL § 3, stk. 5 (Principal Purpose Test)*.

¹³⁷ Se *Afsnit 5.7. Gælder der et ”minimumskrav” til substansen i holdingselskaber?*

¹³⁸ Indgået med hjemmel i TEUF art. 217.

¹³⁹ Jf. Aftale om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, EF-Tidende nr. L 001 af 03/01/1994 s. 0003 – 0036, Artikel 31.

¹⁴⁰ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 123.

¹⁴¹ Carsten Munk Hansen mener, som generel retsteoretiker ikke at forholdets natur, kan benyttes som retskilde i offentlig ret, men anser dog umiddelbart offentlige retsgrundsætninger for at have støtte heri, (Carsten Munk Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 372). Aage Michelsen udelukker dog derimod ikke at U 1983.8 H, kan opfattes som udtryk for at støttes dets resultat, på forholdets natur ved at henvise til ”indvundne erfaringer”, (Lærebog om indkomstskat 2019, s. 124).

1.5. Projektets opbygning

Projektets opbygning følger af nedstående illustration¹⁴²:

Redegørelse for retsstillingen ved grænseoverskridende udbytteudlodninger – Afsnit 2



Beskrivelse af misbrug i et dansk skatte-, EU- og internationalretligt perspektiv – Afsnit 3



En analyse af misbrugsbetingelserne efter LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5 – Afsnit 4



En analyse af LL § 3, under inddragelse af seneste tids, udvalgte praksis, mv. – Afsnit 5



En konklusion på specialets problemformulering – Afsnit 6



En diskussion af om LL § 3 bidrager med noget nyt, samt
det fremtidige perspektiv, i relation til international skatteomgåelse.

¹⁴² Egen tilvirkning.

2. Retsstillingen ved grænseoverskridende udbytteudlodninger

2.1. Udgangspunktet om begrænset skattepligt, samt indeholdelse af udbytteskat

Fysiske personer (*personer*) der ikke er fuldt skattepligtige til Danmark, jf. KSL § 1 og som erhverver udbytter, jf. LL § 16 A, stk. 1-2, er som udgangspunkt begrænset skattepligtige heraf, jf. KSL § 2, stk. 1, nr. 6), 1. pkt., 1. led. Selskaber og foreninger mv. som nævnt i SEL § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, og som erhverver udbytter efter LL § 16 A, stk. 1-2 er ligeledes, som udgangspunkt, begrænset skattepligtige heraf, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c), 1. pkt.

Fremadrettet anvendes, om *personer* og *selskaber*, samlebetegnelsen '*aktionærer*'.

Udbytte af aktier, andelsbeviser og lignende værdipapirer, medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. LL § 16 A, stk. 1, jf. dog stk. 4. Ved aktier og andelsbeviser, ejes en procentvis andel af selskabskapitalen med visse tilknyttede rettigheder¹⁴³, i indregistrerede danske aktieselskaber og anpartsselskaber (fremadrettet A/S og ApS), jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1).

Fremadrettet benyttes for *aktier* og *andelsbeviser*, samlebetegnelsen '*aktier*'.

En *aktionær* der ikke er fuld skattepligtig til Danmark, er derfor, som udgangspunkt begrænset skattepligtig som følge af erhvervede udbytter, fra det danske datterselskab. *Selskaber* beskattes da som udgangspunkt med 22 pct. af de samlede erhvervede udbytter, jf. SEL § 2, stk. 3, 2. pkt., mens *personer*, beskattes med 27 pct., jf. KSL § 2, stk. 6, 1. pkt. Det udloddende danske selskab, skal dog som udgangspunkt i begge tilfælde indeholde 27 pct. udbytteskat, jf. KSL § 65, stk. 1, 1. pkt., hvor aktionæren da har mulighed for at tilbagesøge en eventuel difference, jf. KSL § 69 b, stk. 1.

2.1.1. Udbyttebegrebet efter LL § 16 A, stk. 2, nr. 1)

Efter LL § 16 A, stk. 2, nr. 1), udgør udbytter *alt* hvad der *udloddet* til aktuelle aktionærer eller andelshavere, jf. dog stk. 3, samt afståelsessummer efter LL § 16 B, stk. 1¹⁴⁴. En udbytteudlodning kan derfor bestå af både penge eller formuegoder af pengeværdi, som f.eks. aktier og fordringer, mv., og udbyttebegrebet omfatter derfor både *deklareret*- såvel som *maskeret*¹⁴⁵ udbytte, jf. LL § 2.

2.2. Udlodning af likvidationsprovenu – LL § 16 A, stk. 3

Udlodning af likvidationsprovenu, foretaget i det kalenderår hvor et A/S, hhv. ApS endeligt opløses, behandles som udgangspunkt efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v., jf. LL § 16 A, stk. 3, nr. 1), og derfor, som udgangspunkt som *en kapitalgevinst*. En grænseoverskridende udlodning af likvidationsprovenu, vil derfor som udgangspunkt kunne udloddes skattefrit, idet hverken SEL § 2, hhv. KSL § 2 indeholder hjemmel¹⁴⁶ til at gøre kapitalgevinster begrænset skattepligtige.

¹⁴³ Den juridiske vejledning 2020-2, C.G.3.2.3.3.5 Aktier, anparter og andelsbeviser med flere.

¹⁴⁴ Specialet er afgrænset herfra, i det bestemmelsen må kategoriseres som en '*SAAR*'.

¹⁴⁵ Det bemærkes at specialet er afgrænset fra situationer, som følge af maskerede udlodninger. Se *afsnit 1.3. Afgrænsning og præcisering*.

¹⁴⁶ Undtagen i tilfælde, som følge af f.eks. SEL § 2 D og enkelte øvrige, specielle værnsregler. Se dog specialets afgrænsning.

Udloddet likvidationsprovenu, beskattes dog som *udbytte* efter LL § 16 A, stk. 1-2, jf. LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a)-d), såfremt:

a) *Det modtagende selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det selskab, der likvideres, og udlodningen omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.*

(...)¹⁴⁷

c) *Den modtagende fysiske person er hjemmehørende uden for EU/EØS og har bestemmende indflydelse i det selskab, der likvideres, jf. § 2.*

(...)

Spørgsmålet om skattefrihed ved en grænseoverskridende udlodning af likvidationsprovenu, bliver derfor et spørgsmål om skattefrihed ved en grænseoverskridende udbytteudlodning, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c), 6. pkt. eller om, hvorvidt modtager udgør en fysisk person, hjemmehørende udenfor EU/EØS og har bestemmende indflydelse i det danske datterselskab, jf. LL § 2.

2.2.1. SEL § 5, stk. 5 – Ophør af den fulde skattepligt efter SEL § 1, eller hjemmehørende i en fremmed stat efter en DBO

Hvis et selskab ophører med at være fuld skattepligtig, jf. SEL § 1, eller efter bestemmelserne i en DBO bliver hjemmehørende i fremmed stat¹⁴⁸, finder SEL § 5, stk. 1-3 og LL § 16 A, stk. 3, nr. 1 tilsvarende anvendelse, jf. SEL § 5, stk. 5. Selskabet anses da for skattemæssigt likvideret og således for at have udloddet likvidationsprovenu, hvor SEL § 5, stk. 5 omhandler skattepligt *aktionærniveau*, mens SEL § 5, stk. 7¹⁴⁹ omhandler skattepligt på *selskabsniveau*.

Et indregistreret A/S eller ApS, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1), vil fortsat vedblive med at være fuldt skattepligtig til Danmark så længe dette forbliver indregistreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (ES), jf. SKM2007.151.HR. Selve *registreringen* er derfor nok til fortsat at statuere fuld skattepligt til Danmark, og ved flytningen af ledelsens sæde, i et indregistreret A/S eller ApS til en kontraherende DBO-stat¹⁵⁰ uden afregistrering i ES, bevares den fulde skattepligt til Danmark derfor fortsat. Såfremt selskabet dog *afregistreres* hos ES, vedbliver dette fortsat med at eksistere *selskabsretligt* indtil dette opløses, jf. selskabslovens kapitel 14, men *skatteretligt* anses selskabet dog for likvideret, jf. SEL § 5, stk. 5, uagtet dette vedbliver med at eksistere selskabsretligt, jf. bl.a. SKM2016.203.SR.

2.2.2. En skattefri fusion, udgør ikke en likvidation efter SEL § 5

Et aktie- eller anpartsselskab, der deltager i en grænseoverskridende fusion og herved ophører, vil ligeledes principielt, skulle anses for likvideret og derfor anses for at have udloddet likvidationsprovenu, jf. SEL § 5, stk. 5. Selskaber har dog adgang til at *vælge* at skattepligten indtræder efter reglerne i fusionsskatteloven (FUL) – der baseres på skattemæssig succession – når

¹⁴⁷ Litra b), hhv. litra d), er udeladt og ikke genstand for en nærmere gennemgang. Se herom i *Afsnit 1.3. Afgrænsning og præcisering*.

¹⁴⁸ Herunder Grønland og Færøerne.

¹⁴⁹ Se *Afsnit 1.3. Afgrænsning og præcisering*.

¹⁵⁰ Det bemærkes at et selskabs skattemæssige hjemsted, følger af MDBO art. 4. Eventuelle dobbeltdomicilkonflikter for selskaber, løses efter bestemmelsens stk. 3.

de objektive betingelser herfor er opfyldt og såfremt disse tilvælges, vil den skattemæssige virkning af fusionen da, skulle afgøres efter reglerne i FUL – ikke efter SEL § 5.

2.3. Undtagelse – Skattefrihed ved grænseoverskridende udbytteudlodninger

Såfremt et selskab ejer datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 A, og beskatningen af udbytter skal frafalde eller nedsættes efter MDD eller efter en DBO, vil en udbytteudlodning være skattefri, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c), 6. pkt. *Datterselskabsaktier* udgør aktier hvori et *selskab* ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen, jf. ABL § 4 A, stk. 1 og A/S- hhv. ApS'er, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1, opfylder betingelserne for at udgøre 'datterselskaber', jf. ABL § 4 A, stk. 2.

Det bemærkes at skattefriheden, under visse omstændigheder, tillige gælder fysiske personer, jf. KSL § 2, stk. 1, nr. 6, 2. led (transparente enheder). Ved LOV nr 1375 af 20/12/2004¹⁵¹ blev det fundet nødvendigt at tilføje denne ændring til KSL¹⁵², hvilket skyldes at visse selskaber ikke udgør selvstændige skattesubjekter efter intern dansk skatteret, men dog, efter opstillingen¹⁵³ i MDD. Se ligeledes SEL § 2, stk. 1, litra c), 8. pkt.¹⁵⁴.

I tilfælde hvor Danmark skal frafalde eller nedsætte beskatningen, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c), 6. pkt., er det *ikke* pålagt det udloddende danske datterselskab at indeholde udbytteskat, jf. KSL § 65, stk. 4.

2.3.1. MDD

Efter MDD skal beskatningen bl.a.¹⁵⁵ frafalde når:

1. *moderselskaber i en medlemsstat (MS) modtager udbytter fra datterselskaber i andre MS*
2. *datterselskaber i en MS, udlodder udbytter til moderselskaber i andre MS, som de er datterselskaber af*

og både moder- hhv. datterselskabet er optaget på *listen*¹⁵⁶ over selskaber, hjemmehørende i EU. Et moderselskab, som defineret i MDD art. 3, stk. 1, litra a), hjemmehørende i en EU-MS, er derfor berettiget til at modtage udbytter uden at svare kildeskat i den EU-MS, hvori datterselskabet – som defineret i MDD art. 3, stk. 1, litra b) – er hjemmehørende. Moderselskabets domicilstat må ligeledes ej heller beskatte de modtagne udbytter, jf. MDD art. 6, ligesom MDD art. 3, stk. 1, litra a), i) forudsætter, at moderselskabet ejer en andel på mindst 10 pct.¹⁵⁷ af kapitalen, i det udloddende datterselskab.

¹⁵¹ LOV nr 1375 af 20/12/2004, Lov om ændring af selskabsskatteloven og kildeskatteloven, § 2, nr. 1.

¹⁵² Se 2004/1 BTL 27, Betænkning afgivet af Skatteudvalget den 24. november 2004.

¹⁵³ Jf. BILAG I, DEL A, Liste over de selskaber, der er omhandlet i artikel 2, litra a), nr. i), til RÅDETS DIREKTIV 2011/96/EU af 30. november 2011.

¹⁵⁴ Det bemærkes at specialet er afgrænset fra eventuelle skattemæssige problemstillinger, der måtte opstå som følge heraf (hvilket dog ikke antages at være tilfældet), i det det forudsættes at den direkte udbyttmodtager udgør et *selskab*, efter såvel dansk- som udenlandsk skatteret. Se herom *Afsnit 1.3*.

¹⁵⁵ Specialet er afgrænset fra udbytteudlodninger til og fra faste driftssteder: Se nærmere herom i *Afsnit 1.3. Afgrænsning og præcisering*.

¹⁵⁶ Jf. BILAG I, DEL A, Liste over de selskaber, der er omhandlet i artikel 2, litra a), nr. i), til RÅDETS DIREKTIV 2011/96/EU af 30. november 2011.

¹⁵⁷ ABL § 4 A, stk. 1, gennemfører således denne betingelse.

Ovenstående udgør således de formelle betingelser for at der skal ske frafald af kildeskatten efter MDD.

2.3.2. MDBO art. 10, stk. 2

Danmark er – som det udbyttebetalende selskabs domicilstat (kildestat i den konkrete transaktion) – berettiget til at beskatte udbetalte udbytter, men såfremt *den retmæssige ejer* er hjemmehørende i den anden kontraherende stat (udbyttemodtagerens domicilstat), må den skat der pålægges ikke overstige:

a) 5 pct. af bruttoudbyttet, hvis den retmæssige ejer er et selskab, som har været direkte ejer af mindst 25 pct. af kapitalen i det udloddende selskab igennem en periode på 365 dage, der omfatter udbetalingsdagen for udbytte (ved beregningen af denne periode inddrages ikke ændringer i ejerforhold som følge af en selskabsretlig omstrukturering som f.eks. fusion eller spaltning af det selskab, der ejer aktierne eller udbetaler udbyttet)

b) 15 pct. af bruttoudbyttet i alle andre tilfælde.

Ovenstående udgør således de formelle betingelser for at der skal ske nedsættelse af kildeskatten efter en DBO, der følger indholdet af MDBO.

2.3.2.1. Kravet om at udbyttemodtageren udgør den retmæssige ejer

Danmarks beskatningsret begrænses kun, såfremt modtageren af udbyttebetalingen, hjemmehørende i den anden kontraherende stat, udgør udlodningens *retmæssige ejer* (BO) jf. ordlyden af MDBO art. 10, stk. 2. Dette bevirker, at såfremt udbyttemodtageren *ikke* udgør den retmæssige ejer, begrænses Danmarks beskatningsret ikke og Danmark vil da *ikke* være forpligtet til at nedsætte beskatningen efter DBO'en, hvorfor den grænseoverskridende udbytteudlodning da, vil være skattepligtigt¹⁵⁸.

Østre Landsret udtalte i SKM2012.121.ØLR at BO skulle fortolkes *autonomt* og således, uafhængigt af f.eks. begrebet *rette indkomstmotager*¹⁵⁹ hvilken opfattelse forudsættes i det følgende. I samme sag udtalte Østre Landsret, at:

”... tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst.”

Med henvisning til SKM2012.121.ØLR, forudsættes den direkte modtager af udlodningen i det følgende at udgøre *den retmæssige ejer* heraf, ligesom SKT, såvel som LSR tillægger ovenstående præmis afgørende vægt i BO-vurderingen¹⁶⁰.

2.4. Modifikation – LL § 3

Selvom ovenstående formelle betingelser er opfyldt, kan en grænseoverskridende likvidations- hhv. udbytteudlodning dog alligevel blive skattepligtigt, såfremt der er tale om misbrug, jf. LL § 3, stk. 1-

¹⁵⁸ Se ovenstående Afsnit 2.1. *Udgangspunktet om begrænset skattepligt, samt indeholdelse af udbytteskat.*

¹⁵⁹ Det bemærkes at Anders Nørgaard Laursen, med henvisning til Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR Skat 2007, s. 395 ff. og s. 508 ff. og Jens Wittendorff i SR-Skat 2010, s. 212 ff., anfører at dette fortsat må betragtes som usikkert. Se RR.SM.2016.8, Kommentarer til udvalgte afgørelser - SKM2016.281.HR – rette indkomstmotager og udbytte.

¹⁶⁰ Se nærmere om begrebets indhold i Afsnit 3.4.2. *Misbrug af DBO'er – kravet om retmæssig ejer.*

2 eller stk. 5. LL § 3 blev oprindeligt indført ved LOV nr 540 af 29/04/2015 (LFS 167) § 3, og siden ændret ved LOV nr. 1726 af 27/12/2018 (LFS 28 A) § 4, med virkning fra 1. januar 2019, jf. § 9. LL § 3 (LFS 28 A), følger nu af LBKG nr. 806 af 08/08/2019 og har følgende ordlyd:

§ 3. 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.

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.

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.

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.

Stk. 5. Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at inddrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i

overenskomsten.

Stk. 6. Stk. 1-4 har forrang i forhold til stk. 5 ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU.

Stk. 7. Told- og skatteforvaltningen skal forelægge sager om anvendelse af stk. 1-5 for Skatterådet til afgørelse.

Fristerne i skatteforvaltningslovens § 26, stk. 1, 2. pkt., og § 27, stk. 2, 2. pkt., for foretagelse eller ændring af ansættelser, der er en direkte følge af anvendelsen af stk. 1-5, forlænges med 1 måned og anses for afbrudt ved told- og skatteforvaltningens fremsendelse til Skatterådet og den skattepligtige af indstilling til afgørelse.

3. Misbrug i et dansk skatte-, EU- og internationalretligt perspektiv

Som juridisk undersøger såvel som praktiker, er det nødvendigt at beskrive den internationale skatterets 3 dimensioner – *intern international skatteret, DBO'er, samt EU-retten* – hvilket af Aage Michelsen, er blevet beskrevet som en *dimension* i skatterettens retskildepolycentri¹⁶¹.

Den internationale skatteret er et område med mange regelproducenter, og de forskellige retskilder er ligeledes tillagt forskellig rækkevidde og varierende betydning, for forskellige adressater¹⁶². Hertil kommer yderligere diskussionen om *monoteistisk*, hhv. *dualistisk* indlejring, samt det heraf følgende rangforhold, regelsættene imellem.

International skatterets 3 dimensioner, bliver derved *misbrugets* tre dimensioner.

3.1. Civilretten, skatteretten og ”rette indkomstmodtager”

Der er i litteraturen *enighed* om, at den skatteretlige kvalifikation ikke nødvendigvis følger den civilretlige¹⁶³ men der er dog *uenighed* om, hvorvidt *udgangspunktet* er at *civilretten er styrende*¹⁶⁴ for skatteretten eller om disse grundlæggende udgør ligeordnede og *selvstændige retsdiscipliner*, hvor civilretten, *som groft udgangspunkt*, er præjudiciel¹⁶⁵ for skatteretten. For indeværende forudsættes førstnævnte opfattelse – navnlig henset til U 2004.2397.H (Johnson Holding), hvor tre ud af fem dommere fandt at et holdingselskab, omfattet af de selskabsretlige regler, som udgangspunkt også ved anvendelsen af de skatteretlige regler, skulle anses for at udøve erhvervsvirksomhed.

Den almindelige antagelse i dansk skatteret er at *enhver* formuefordel, ”opad” i koncernen, altid skal kvalificeres som udbytte¹⁶⁶ til de direkte aktionærer, jf. LL § 16 A, stk. 2, nr. 1), men dette grundsynspunkt, udfordrer Højesteret dog med SKM2016.281.HR, idet Højesteret fandt at det udloddende danske selskab:

”(…) ikke har godtgjort, at selskabet faktisk udloddede udbyttet til H1 Investments SARL, og lægger til grund, at udbyttet blev ledt uden om dette selskab.” (Min fremhævning.)

Domsresultatet baseres således på, at den *direkte* aktionær i det danske selskab slet ikke havde modtaget udbyttet hvilket, som Anders Nørgaard Laursen udtrykker det, forekommer ”*højest overraskende*”¹⁶⁷, idet resultatet formegentlig kunne være nået ud fra den betragtning at H1 ikke udgjorde *BO*¹⁶⁸ heraf.

¹⁶¹ Se: SR.1996.183 af 1. januar 1996 RETSKILDEPOLYCENTRI I SKATTERETTEN, af professor Aage Michelsen.

¹⁶² Domstole, skattemyndighederne og skatteyderne.

¹⁶³ Se ligeledes nedstående domspraksis, som eksempler herpå.

¹⁶⁴ TfS 2004, 719 - Civilrettens styring af skatteretten - belyst gennem en redegørelse for de skatteretlige virkninger af ugyldighed og misligholdelse af aftaler.

¹⁶⁵ Jakob Bundgaard: Skatteret & civilret, Et bidrag om skatte- og civilrettens interdisciplinære relationer til videreudvikling af skatterettens almindelige del, s. 1058 ff.

¹⁶⁶ Anders Nørgaard Laursen, RR.SM.2016.8: Kommentarer til udvalgte afgørelser - SKM2016.281.HR – rette indkomstmodtager og udbytte.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

For indeværende forfølges diskussionen dog ikke nærmere¹⁶⁹, idet det forudsættes at udbyttet ikke er ”ledt uden om” det *direkte* modtagne selskab.

3.2. Misbrug af intern skatteret

Skatteydere kan, ved at udnytte fordele i skatteretten søge at nedbringe skattetilsvaret, mest muligt. En udnyttelse som SKAT skal anerkende, kan indpasses under begrebet *skattetænkning*¹⁷⁰, mens en udnyttelse som SKAT *ikke* skal anerkende, kan indpasses under begrebet *skatteomgåelse*¹⁷¹. Fordelen efter undtagelsesbestemmelsen i SEL § 2, stk. 1, litra c), 6. pkt.¹⁷², kan derfor ved (lovlig) skattetænkning *bruges* til at nedbringe skattetilsvaret, mens fordelen ved skatteomgåelse *misbruges* til at *omgå* den normalt skyldige skat. Jan Pedersen¹⁷³ udtrykker at misbrug:

”... i nogen grad – (er) muligt, idet beskatningen foretages i forhold til skatteydernes frivillige og selvbestemte dispositioner. Det må her have for øje, at adelsmærket for et liberalistisk økonomisk samfund netop er borgernes og virksomhedernes principielle frihed til selv at disponere og indrette sig økonomisk efter hvert individs egen beslutning.”

Ved omgåelse, må der principielt sondres mellem rene realitetsbetragtninger, hvor der *er* uoverensstemmelse mellem form og indhold, hhv. rene omgåelsesbetragtninger, hvor der *ikke* er uoverensstemmelse mellem form og indhold¹⁷⁴ i det hverken domstolene¹⁷⁵ eller EUD¹⁷⁶, lader sig binde af rene formaliteter. Der eksisterer dog et betydeligt overlap¹⁷⁷ og en klar sontring, er derfor næppe mulig – ej heller i EU-retlig henseende¹⁷⁸. For indeværende forudsættes der dog *ikke* at være uoverensstemmelse mellem form og indhold, og spørgsmålet er da *hvornår misbrug* efter LL § 3 foreligger, navnlig henset til at skatteydere kan, må og – under nogle omstændigheder – skal¹⁷⁹ inddrage skatteminimeringshensyn, i disses økonomiske dispositioner. Aage Michelsen¹⁸⁰ anfører at det er:

”(...) vigtigt at fastholde som skattejuridisk udgangspunkt, at inden for lovens rammer må enhver skatteyder forsøge at nedbringe sin skattebetaling mest muligt.”

¹⁶⁹ Anders Nørgaard Laursen anfører bl.a. ligeledes i RR.SM.2016.8 at hverken Landsretten eller Højesteret på noget tidspunkt – i modsætning til parterne selv – anvendte udtrykket ”rette indkomstmottager” og mener at sagen har begrænset – hvis nogen – præjudikatværdi.

¹⁷⁰ Jan Pedersen udtrykker dette begreb som ”den lovlige skattespekulation”. Se Jan Pedersen: RR.6.2017.22 International skatteflugt Del I, Skatteflugtsproblemet.

¹⁷¹ ”Skatteunddragelse” er i denne sammenhæng ligeledes rigt benyttet og må anses for at udgøre to sider af samme sag.

¹⁷² Se Afsnit 2.3. Undtagelse – Skattefrihed ved grænseoverskridende udbytteudlodninger.

¹⁷³ Jan Pedersen RR.6.2017.22: International skatteflugt Del I Skatteflugtsproblemet, afsnit 4.1.

¹⁷⁴ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 139.

¹⁷⁵ Ibid. s. 144.

¹⁷⁶ Den evige udfordring, s. 65 ff.

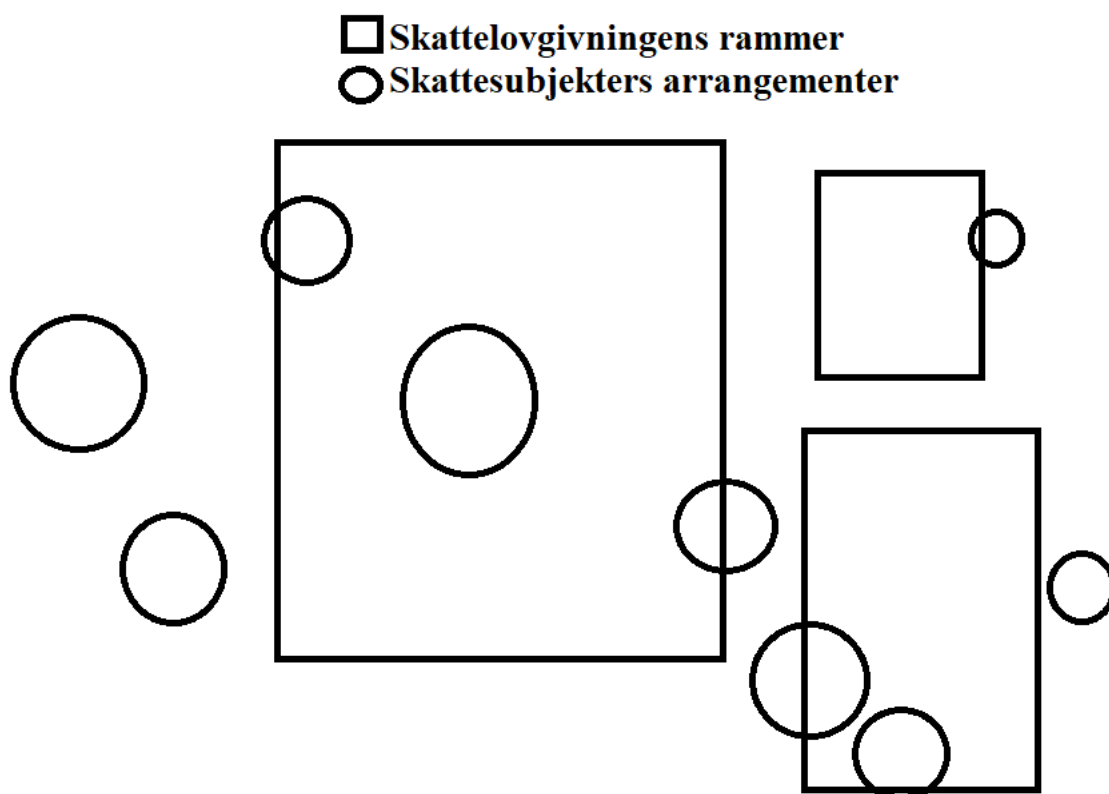
¹⁷⁷ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 139.

¹⁷⁸ Den evige udfordring, s. 69.

¹⁷⁹ Jf. Aage Michelsen, i Lærebog om indkomstskat 2019, s. 132, der citerer Højesteretsdommer Jørgen Nørgaard.

¹⁸⁰ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 132.

Opfattelsen tilstøttes og er søgt illustreret via. nedstående illustration¹⁸¹, hvor cirklerne udenfor firkanterne udgør misbrug, grænsetilfældene udgør de såkaldte ”gråzoner¹⁸²” som Jan Pedersen beskriver, mens cirklerne indenfor rammerne udgør skattemæssige arrangementer, i overensstemmelse med SEL § 2, stk. 1, litra c), 6. pkt., som SKAT derfor skal anerkende:



Et (vanskeligt) spørgsmål er da *hvor* grænsen – mellem *brug*, hhv. *misbrug* af skattefriheden ved grænseoverskridende udbytteudlodninger – går. Følgende, udgør alene forhold som domstolene – p.ba. arrangementer foretaget *før* indførslen af LL § 3¹⁸³ – har fundet grundlag for at statuere, hhv. *ikke* statuerer misbrug på baggrund af, således at de pågældende skattefordele, som arrangementerne *formelt* udløste, ikke blev indrømmet, hhv. blev opretholdt¹⁸⁴.

I TfS 1998.99.HR fandt Vestre Landsret – hvilen opfattelse som Højesteret tilstøttede – at:

”Sagsøgerens dispositioner på indskudskontoen [ikke] havde karakter af normale forretningsmæssige dispositioner (...) og (...) må opfattes som et klart misbrug af virksomhedsskatteoven (...).”

¹⁸¹ Egen tilvirkning.

¹⁸² Jan Pedersen: RR.7.2017.46 – International skatteflugt Del II Imødegåelse af skatteflugt.

¹⁸³ Se *Afsnit 1.3. Afgrænsning og præcisering*.

¹⁸⁴ Se ligeledes *Afsnit 7. Bidrager LL § 3 med noget nyt?*, hvor nedstående praksis da sammenholdes, med indholdet af LL § 3.

I SKM2016.16.HR (Færødommen) fandt Højesteret, at misbrug af de færøske skatteregler forelå ved:

”... at etableringen af H2 Holding og overdragelsen af aktierne hertil ikke havde nogen forretningsmæssig begrundelse. Formålet med disse transaktioner må derimod anses at have været at tilvejebringe en ordening, hvorefter de midler, der var opsparet i H1 Holding, kunne overføres til aktionærene uden udbyttebeskatning (...)”

I U 2014.2742.H og U 2018.2166.H (TopDanmark I og II) fandt Højesteret, at datterselskaberne i TopDanmark koncernen ikke kunne fradrage tab, der opstod i forbindelse med en række modstridende valutaterminsforretninger, da:

”Valutaterminsforretningerne i forhold til Topdanmark og TD.0151[var] uden nævneværdig økonomisk risiko og havde ingen forretningsmæssig begrundelse. Formålet med forretningerne var alene at påføre det ene af to søsterselskaber under hvert af selskaberne et tab, som modsvarede af en gevinst af nogenlunde samme størrelse i det andet søsterselskab. Forretningerne var således tilrettelagt og blev også gennemført på en måde, som i realiteten var økonomisk neutral for moderselskaberne ...”

I SKM2006.749.HR (Finwill) havde en skatteyder overdraget en kapitalpost i et aktieselskab, på skattemæssigt mest fordelagtig vis. Flertallet i Højesteret (5/2) stemte for at opretholde fordelene, mens mindretallet stemte for at underkende arrangementets skattemæssige virkning, da der ingen forretningsmæssig begrundelse – udover ønsket om skatteminimering – var til at anvende den pågældende fremgangsmåde.

TfS 1999.289 H (dog før ikrafttrædelsen af LL § 2) og SKM2017.276.VLR udgør eksempler på at de pågældende skattefordele ved arrangementerne blev opretholdt, med henvisning til at der forelå en reel økonomisk risiko, hhv. at dispositionerne medførte en reel formueforskydning, og var forbundet med en reel risiko.

3.3. Misbrug af MDD – Retten ophører når misbruget begynder

Før indførslen af den obligatoriske GAAR i MDD¹⁸⁵, eksisterede alene en *fakultativ* (valgfri) misbrugsbestemmelse, jf. daværende MDD art. 1, stk. 2¹⁸⁶, der gav MS *mulighed* for at imødegå misbrug af direktivets fordele. Bestemmelsen udgjorde sagens genstand i sag C-6/16, hvor EUD udtalte at¹⁸⁷:

”... formålet om bekæmpelse af skatteunddragelse og skattesvig har den samme rækkevidde, hvad enten det påberåbes i medfør af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, eller som en begrundelse for en hindring af den primære ret.”

¹⁸⁵ Se ordlyden heraf i Afsnit 3.5. LL § 3, stk. 1-2 (LFS 28 A) – Implementering af GAAR efter ATAD1 og MDD.

¹⁸⁶ Hvis indhold, med ændringen af MDD, blev videreført og nu fremgår i MDD art. 1, stk. 4.

¹⁸⁷ Jf. sag C-6/16 (Eqiom & Enka), præmis 64.

Ligeledes, har EUD anført i sag C-504/16 at daværende MDD art. 1, stk. 2, skulle fortolkes *indskrænkende*¹⁸⁸ ud fra den betragtning at der var tale om en undtagelsesbestemmelse til direktivets klare *hovedregel* (*general rule*), om fritagelse for kildeskat.

Ovenstående betragtninger har EUD dog med BO-udbyttedommene¹⁸⁹ – efter indeværendes opfattelse – mere eller mindre forkastet¹⁹⁰. I litteraturen er det dog fremhævet, at ovenstående sager ikke er direkte sammenlignelige med BO-dommene, idet både sag C-6/16 hhv. sag C-504/16, omhandler de franske, hhv. tyske reglers omvæltning af *bevisbyrden* på skatteyder for, at der ikke forelå misbrug af MDD, mens BO-dommene omhandler spørgsmålet om *retsgrundlaget* for misbrug af direktivet¹⁹¹. Efter indeværende forfatters opfattelse, burde dette dog umiddelbart ingen betydning have, grundet præmissernes generelle ordlyd.

Uagtet dette, var det *netop* før BO-udbyttedommene omtvistet – jf. f.eks. SKM2012.26.SR (en af hovedsagerne i BO-udbyttedommene) – hvorvidt en MS kunne nægte at indrømme fordelene efter MDD i tilfælde af misbrug, såfremt der i national ret, ikke eksisterede en lovfæstet eller domstolsskabt værnregel, der kunne rumme indholdet af daværende MDD art. 1, stk. 2¹⁹². Til støtte herfor, blev blandt andet fremført præmis 42-45, i sag C-321/05 (Kofoed). Dette, har EUD dog fastslået *er* tilfældet¹⁹³, med henvisning til *det generelle EU-retlige misbrugsprincip* (EUMP)¹⁹⁴, om hvilket EUD gentagne gange har udtalt¹⁹⁵, at der mhp. at bevise at der foreligger misbrug kræves:

”... *dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel (...)*”

Modsat RRD, indeholder ordlyden af MDD *ikke* et krav om at modtageren skal udgøre BO for, at fordelene efter art. 5 indrømmes. Uagtet dette, fastslog EUD dog at der *også* relation til MDD gælder et krav – adskilt fra øvrigt misbrug¹⁹⁶ – om, at modtager skal udgøre BO:

¹⁸⁸ Se sag C-504/16 (Deister Holding), præmis 59, sml. sag C-352/08 (Zwijnenburg), præmis 46, i relation til den fakultative GAAR efter FUD.

¹⁸⁹ De forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16.

¹⁹⁰ Se *Afsnit 4.1.4.1. MDD*.

¹⁹¹ Susi Baerentzen: Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 22.

¹⁹² Se blandt andet ‘Misbrugsprincippet – djævelen i skyggen’ af professor, ph.d. Dennis Ramsdahl Jensen – Den evige udfordring 2015, s. 74 – der anfører at dette ikke bør være tilfældet.

¹⁹³ Se De forenede sager C-116/16 og C-117/16 (BO-Rente og Royalty dommene), præmis 117, samt, De forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 (BO-Udbyttedommene), præmis 89.

¹⁹⁴ Se BO-Rente og Royalty dommene, præmis 96, samt, BO-udbyttedommene, præmis 70.

¹⁹⁵ Se blandt andet sag C-110/99 (Emsland-Stärke), præmis 52 og 52, de forenede sager C-487/01 og C-7/02, præmis 78, sag C-255/02 (Halifax), præmis 74 og 75, sag C-515/03, præmis 39, sag C-196/04 (Cadbury Schweppes), præmis 64, sag C-425/06 (Part Service), præmis 58, sag C-277/09 (RBS Deutschland Holdings), præmis 49, sag C 251/16 (Cussens), præmis De forenede sager C-116/16 og C-117/16 (Udbytter), præmis 97, samt, de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 (Rente/Royalty), præmis 124.

¹⁹⁶ BO-udbyttedommene, præmis 111.

”Såfremt den retmæssige ejer af en udbytteudlodning har sit skattemæssige hjemsted i en tredjestat, er nægtelsen af den fritagelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 90/435, i øvrigt på ingen måde underlagt en konstatering af, at der foreligger svig eller retsmisbrug.”

Modsat BO-rente/royalty-dommene¹⁹⁷ – hvor EUD angiver at MDBO og kommentarerne hertil udgør relevante fortolkningsbidrag, ved fortolkningen af `BO` efter RRD (hvilket i sig selv rejser spørgsmålet om en dynamisk, ct. statisk fortolkning¹⁹⁸) – tilkendegav EUD dog *ikke* denne kobling i BO-udbyttedommene. Det fremgår derfor ikke klart hvordan at ”BO” skal fortolkes, i relation til MDD. Der foreligger dog – efter indeværende forfatters opfattelse – holdepunkter for at antage at EUD, med henvisning til `gennemstrømningsenhed`¹⁹⁹, tillægger MDBO art. 10, stk. 2 og kommentarerne hertil en vis betydning.

Klart er dog at det EUMP *altid* finder anvendelse, ved misbrug af *alle*²⁰⁰ EU-retsakter. Ligeledes, skal MS ved indførslen af værnsregler i national ret, kunne begrunde disse i hensynet om f.eks. at bekæmpe misbrug²⁰¹ og disse da, opfylde kravet til *egnhed* og *proportionalitet*²⁰² for at være forenelige med den primære EU-ret. Tilsvarende, skal Rådets vedtagelse af sekundære EU-retsakter være i overensstemmelse med den primære EU-ret²⁰³, hvilket *netop* i forslagene til GAAR efter MDD²⁰⁴, hhv. ATAD1²⁰⁵ er forudsat, ud fra den betragtning, at de to GAAR afspejler det EUMP.

Da GAAR efter MDD, hhv. ATAD1 derfor afspejler det EUMP, og da det EUMP *netop* sætter ”den øvre grænse” for, hvor strenge værnsregler MS, hhv. Rådet kan indføre, uden at stride mod den primære EU-ret, synes den nærmere kategorisering af ”BO”, i relation til MDD derfor ikke at få nogen praktisk betydning for, hvornår der foreligger misbrug af direktivets fordele. Hertil kommer at samarbejdet mellem Kommissionen og OECD, som klart udtrykt i ATAD1²⁰⁶, formegentlig også bidrager til at skillelinjen ikke altid er klar og EUD, må således sige at anvende ”BO” som en indikation på misbrug²⁰⁷.

¹⁹⁷ Præmis 90-92.

¹⁹⁸ Generaladvokat Kokoot, rejste bl.a. bekymringen om at MDBO og kommentarerne hertil *da*, ville blive styrende for fortolkningen af EU-retsakter, jf. GA forslag til afgørelse, præmis 52. Hertil kommer f.eks. også at forslaget til RRD, var baseret på kommentarerne til MDBO 1998, men først i 2003, kom den brede definition af BO. Diskussionen forfølges for indeværende, ikke nærmere.

¹⁹⁹ Jf. BO-udbyttedommene præmis 100.

²⁰⁰ Jf. BO-udbyttedomme, præmis 70, hhv. BO-rente/royalty-dommene, præmis 96.

²⁰¹ Jf. f.eks. Marks & Spencer sag C-446/03 og sag C-196/04 (Cadbury Schweppes), præmis 55.

²⁰² International skatteret i et dansk perspektiv, s. 233 ff., med henvisning til bl.a. sag C-446/03 (Marks & Spencer).

²⁰³ Grundlæggende EU-forfatningsret 2011, s. 95, sml. sag C-376/98.

²⁰⁴ Jf. Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU (Bruxelles, den 25.11.2013 COM(2013) 814 final), s. 6.

²⁰⁵ Forslag til Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde (Bruxelles, den 28.1.2016 COM(2016) 26 final), s. 9.

²⁰⁶ Jf. direktivets betragtning 1,2 og 3 i dettes præambel.

²⁰⁷ Jf. ligeledes Susi Baerentzen, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 34.

Retstilstanden kan vel derfor dårligt udtrykkes anderledes end i det, af den franske jurist Planiol nok så citerede citat; ”*Retten ophører, når misbruget begynder*”²⁰⁸.

3.3.1. Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning (KHAS)

I Kommissionens forslag til ændringen af MDD²⁰⁹, henvises til Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning²¹⁰ (KHAS) hvor det bl.a. foreslås, at GAAR efter MDD, skulle baseres på de principper som klausulen i KHAS indeholder. Henstillinger er, jf. TEUF art. 288, stk. 4, som udgangspunkt ikke bindende for MS. I sag C-322/88 (Grimaldi) fremføres dog at henstillinger ikke er ganske uden retsvirkninger²¹¹, idet:

” (...) *nationale retsinstanser, ved afgørelsen af tvister, der indbringes for dem, (skal) tage hensyn til henstillinger, navnlig når disse kan bidrage til fortolkningen af nationale bestemmelser udstedt til gennemførelsen heraf, eller når der er tale om henstillinger, som har til formål at udfylde bindende fællesskabsretlige bestemmelser.*”

Det var ligeledes uden betydning for henstillingens retlige betydning²¹², at denne var mere end 25 år gammel. På den baggrund må skattemyndigheder og domstole derfor formegentlig anses som forpligtede til, at inddrage KHAS ved fortolkningen af LL § 3, stk. 1-3²¹³, hvilket SKT da også ses at gøre, i bl.a. SKM2020.205.SR og SKM2020.559.SR ved fortolkningen af *skattefordel*²¹⁴.

3.4. Misbrug af DBO'er

3.4.1. Formålet med en DBO

Af de generelle betragtninger til den første MDBO fra 1963 fremgår, at formålet med en DBO er at eliminere dobbeltbeskatning, da dette virker skadeligt på den grænseoverskridende udvekslinger af varer og tjenesteydelser og bevægeligheden af kapital og personer²¹⁵. Lignende, fremgår i MDBO fra 1977, dog med den tilføjelse, at en DBO ikke skulle hjælpe med skatteundgåelse og skatteunddragelse²¹⁶.

Ovenstående fremgik uændret, indtil opdateringen af MDBO i 2003²¹⁷, hvor der i betragtningerne – t.o.m. 2014²¹⁸ – fremgik følgende om formålet med en DBO (der nu ligeledes følger *direkte* af *præambelen*²¹⁹ til MDBO 2017):

²⁰⁸ Citeret af Generaladvokaten i forslaget til afgørelsen af sag C-212/97 (Centros), præmis 20, ligeledes gengivet i 'Den evige udfordring'.

²⁰⁹ COM(2013) 814 final: Forslag til RÅDETS DIREKTIV om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, s. 3.

²¹⁰ 2012/772/EU: Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning

²¹¹ Sag C-322/88 (Grimaldi), uddrag af præmis 18.

²¹² Jf. sag C-322/88, præmis 17.

²¹³ Jf. princippet om EU-konform fortolkning. Se *Afsnit 1 1.4.1.1.1. GRL § 20 (EU-samarbejdet efter Traktaten)*.

²¹⁴ Jf. KHAS pkt. 4.7.

²¹⁵ OECD's modelbeskatningsoverenskomst 1963, kapitel II, kommentar 3, s. 8.

²¹⁶ OECD's modelbeskatningsoverenskomst 1977, kommentar 7 til artikel 1, s. 47 (*Improper use of the convention*).

²¹⁷ OECD's modelbeskatningsoverenskomst 2003, kommentar 7 til artikel 1, s. 52.

²¹⁸ OECD's modelbeskatningsoverenskomst 2014, kommentar 7 til artikel 1, s. 61.

²¹⁹ Jf. ligeledes OECD's modelbeskatningsoverenskomst 2017, kommentar 54 til artikel 1, s. 72.

*”The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by **eliminating international double taxation**, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to **prevent tax avoidance and evasion**.”* (Min fremhævning.)

Siden 2003 (og formentlig siden 1977) har ét af formålene med en DBO da været at modvirke skatteundgåelse og skatteunddragelse. I de *fleste* danske DBO'er, kan der dog *ikke* rejses tvivl om formålet, i det Jens Wittendorff²²⁰ anfører at *præamblen* til disse angiver, at formålet *både* er at eliminere dobbeltbeskatning og at forhindre misbrug.

Det forekommer derfor anstrengt at konkludere, at hensynet om at modvirke misbrug må vige af hensynet til at eliminere dobbeltbeskatning, i det formålet om at modvirke misbrug, næppe lader sig underordne. Klart er dog at uden en DBO, ville den grænseoverskridende aktivitet være mere begrænset, samt underlagt potentiel dobbeltbeskatning²²¹.

3.4.2. Misbrug af DBO'er – kravet om retmæssig ejer

Ved ændringen af MDBO 1977 blev kravet om ”BO”²²² samtidig indført og i litteraturen fremhæves at ønsket om at imødegå misbrug af DBO'er da, begyndte med indførslen af kravet herom²²³. Fra begrebets indførsel i MDBO 1977 og t.o.m. 2000²²⁴, fremgik følgende i kommentarerne:

*“Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an **agent or nominee**, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is the resident of the other Contracting State. States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.”* (Min fremhævning.)

I kommentar 12 til MDBO 2003²²⁵ fremgår:

”The term “beneficial owner” is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.”

”BO” er således ikke er anvendt i ’snæver teknisk betydning’, men snare ud fra dets kontekst, og i lyset af indholdet og formålet med en DBO, som bl.a. er at forhindre misbrug. Foruden en *agent eller mellemmand* som direkte modtager, vil det heller ikke være i overensstemmelse med en DBO, såfremt kildestaten skulle frafalde beskatningsretten ved, at en *”gennemstrømningsenhed” (conduit)*, med

²²⁰ RR.8.2019.24: Jens Wittendorff, OECD's multilaterale konvention.

²²¹ Med mindre intern ret i domicilstaten, indeholdt lempelsesregler, hvilket bl.a. er tilfældet med de interne danske lempelsesregler i LL § 33-33H.

²²² Jf. ordlyden af OECD's modelbeskatningsoverenskomst 1977, art. 10, stk. 2 og kommentar 12 hertil, s. 92. Se ligeledes MDBO art. 11, stk. 2, samt art. 12, stk. 1.

²²³ Susi Baerentzen: Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 29 ff.

²²⁴ Jf. OECD's modelbeskatningsoverenskomst 2000, art. 10, stk. 2, kommentar 12, s. 126.

²²⁵ Jf. OECD's modelbeskatningsoverenskomst 2003, art. 10, stk. 2, kommentar 12, s. 144-145. Indholdet, er ligeledes gengivet i kommentarer 12.1. til modelbeskatningsoverenskomsten fra 2017.

snævre beføjelser i relation til udbyttet, modtager dette på vegne af en anden person, der rent faktisk modtager indkomsten²²⁶.

Kommentarerne til MDBO 2003 udgør – i et dansk perspektiv²²⁷ – præciseringer, jf. SKM2012.121.ØLR²²⁸, og skal derfor inddrages ved fortolkningen af BO. En nyere DBO vedr. samme emne går forud for en ældre, jf. WK art. 30, stk. 3²²⁹ og i stedet for, at Danmark da skulle til at genforhandle – herunder ratificerer – samtlige DBO'er, skulle i stedet benyttes et *multilateralt instrument* (MLI), der:

”... med ét slag vil modificere ca. 1.100 dobbeltbeskatningsoverenskomster uden bilaterale forhandlinger.”²³⁰

MLI blev ratificeret ved lov nr. 327 af 30. marts 2019²³¹ og omfatter som udgangspunkt alle²³² DBO'er. MLI art. 8²³³ bevirker da at kommentarerne til MDBO 2017 art. 10, stk. 2, skal inddrages ved fortolkningen af BO, for de omfattede DBO'er.

3.4.3. Særligt om `treaty override`

Da formålet med langt hovedparten af de danske DBO'er er at undgå dobbeltbeskatning, samt forhindre misbrug, og idet en DBO – blandt andet – skal fortolkes ud fra dennes formål, jf. WK art. 31, forudsættes der således *ikke* at foreligge `treaty override` i de fleste tilfælde hvor en konkret DBO, ikke indeholder en GAAR, svarende til indholdet af LL § 3, stk. 5 (PPT). Uagtet dette, vil LL § 3, stk. 5 dog fortsat potentielt *kunne*²³⁴ anvendes på arrangementet, idet love som bevist strider mod indholdet af en DBO, antageligvis fortsat skal finde anvendelse. Diskussionen forfølges da ikke nærmere.

3.5. LL § 3, stk. 1-2 (LFS 28 A) – Implementering af GAAR efter ATAD1 og MDD

²²⁶ Jf. OECD's modelbeskatningsoverenskomst 2003, art. 10, stk. 2, kommentar 12.1, gengivet i modelbeskatningsoverenskomstens 2017, kommentar 12.3.

²²⁷ Det er dog ikke givet at andre stater deles Østre Landsrets opfattelse, jf. i den retning Susi Baerentzen: Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 30.

²²⁸ Der ligeledes henviser til: Court of Appeals dom af 2. marts 2006 i sagen G7 International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch. Se herom i *Afsnit 1.4.1.1.4.2. Særligt om udenlandsk praksis*.

²²⁹ For nærmere herom, se ligeledes: RR.8.2019: OECD's multilaterale konvention, Af Jens Wittendorff.

²³⁰ Jens Wittendorff: SU 2017, 197, OECD/G20's multilaterale instrument (MLI) - et dansk perspektiv.

²³¹ Jens Wittendorff: OECD's multilaterale konvention. Det bemærkes at de ca. 1.100 DBO'er, udgør det *samlede* antal DBO'er på verdensplan.

²³² Den anden kontraherede stat, skal dog ligeledes ratificere den/de pågældende MLI-bestemmelser for at disse finder anvendelse Det er derfor ikke givet at BO nødvendigvis, skal fortolkes efter kommentarerne i MDBO 2014/17. Den praktiske betydning heraf, synes dog til at overse, eftersom LL § 3, stk. 5, altid ville kunne finde anvendelse, jf. straks nedenfor.

²³³ For ordlyden heraf, se Afsnit 2.3.2. MDBO art. 10, stk. 2.

²³⁴ Jf. Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A, s. 13, højre spalte, midten. Se ligeledes herom: Aage Michelsen 2003: The tax treatment of transfer of residence by individuals.

Formålet med vedtagelsen af LL § 3, stk. 1-3²³⁵ var at gennemføre indholdet af ATAD1 art. 6, og at LL § 3, stk. 1-2 så vidt muligt, skulle svare til ordlyden²³⁶ af ATAD1 art. 6, stk. 1-2. ATAD1 art. 6, udgør en obligatorisk GAAR, hvis formål er at lukke huller i selskabsskattelovgivningen²³⁷, uden at påvirke *specifikke misbrugsregler*²³⁸ (SAAR´). Den danske version af ATAD1 art. 6 har følgende ordlyd:

Artikel 6

Generel regel om bekæmpelse af misbrug

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.

Det fremgår i bemærkningerne til LFS 28²³⁹ at:

”Omgåelsesklausulen vil fortsat finde anvendelse ved misbrug af selskabsskattedirektiverne.”

Og²⁴⁰:

”Det følger af den foreslåede bestemmelse, at omgåelsesklausulens anvendelsesområde i forhold til **den gældende bestemmelse** udvides til at omfatte skatteretten som helhed. Klausulen vil således ikke længere være begrænset til at kunne nægte fordele efter selskabsskattedirektiverne.” (Min fremhævning.)

²³⁵ Se ordlyden i ovenstående *Afsnit 2.4. Modifikation – LL § 3*.

²³⁶ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 24, højre kolonne, midten.

²³⁷ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 23, venstre kolonne.

²³⁸ Jf. betragtning 11, 2. pkt., til ATAD1's præambel, sml. Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 23, venstre kolonne, nederst.

²³⁹ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 24, venstre kolonne.

²⁴⁰ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A s. 99, højre kolonne, midten.

Den gældende bestemmelse der refereres til, udgør daværende LL § 3, stk. 1-2 (LFS 167). Formålet med daværende LL § 3, stk. 1-2 (LFS 167) var – blandt andet²⁴¹ – at implementere ændringen²⁴² af MDD's art. 1, stk. 2-3, der omhandler indførelsen af en obligatorisk GAAR, i relation til misbrug af fordelene efter MDD²⁴³, med følgende ordlyd:

Artikel 1

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

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

Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

4. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug.«

Ovenstående fortolkes således at det var lovgivers intention at 'skatteretten' – blandt andet – også skulle omfatte misbrug af MDD. Hertil kan fremføres at direktiver jo netop *ikke* udgør lov, men skal, såfremt disses indhold ikke allerede kan rummes i national ret, implementeres for at få retsvirkning²⁴⁴. Form og midler er dog overladt til (in casu) Danmark, så længe at direktivets mål nås. En sådan "genimplementering" af den obligatoriske GAAR efter MDD, i forarbejderne til LFS 28 er da mulig, og i overensstemmelse med Traktaten, sml. sag C-478/99²⁴⁵. Dette ændrer dog fortsat ikke på, at det *udelukkende* er op til EUD at fortolke direktiver, mens Danmark er forpligtet til at implementere disse og da, fortolke de nationale implementeringsbestemmelser direktivkonformt²⁴⁶. Om selve *misbrugsvurderingen*²⁴⁷ fremgår, at:

²⁴¹ Formålet var ligeledes at indføre en GAAR, i relation til misbrug af fordelene efter FUD, samt RRD. Se specialets afgrænsning.

²⁴² 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.

²⁴³ Se Afsnit 2.3.1. MDD.

²⁴⁴ Se Afsnit 1.4.1.1.1. GRL § 20 (EU-samarbejdet efter Traktaten).

²⁴⁵ Omhandlende Sveriges mulighed for implementering af et direktiv, i forarbejderne til lovgivningen.

²⁴⁶ Se Afsnit 1.4.1.1.1. GRL § 20 (EU-samarbejdet efter Traktaten). Sml. med pligten til præjudicielle forelæggelser.

²⁴⁷ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A s. 99, venstre kolonne, midten.

”Den gældende omgåelsesklausul er anvendt i bl.a. SKM2017.333.SR²⁴⁸, hvor der blev foretaget en vurdering af misbrug efter de kriterier, som videreføres i den foreslåede omgåelsesklausul.”

Da selve misbrugsvurdering efter daværende LL § 3, stk. 1-2 (LFS 167) skulle videreføres, kan forarbejderne til LFS 167 derfor fortsat være relevante, ved fortolkningen af misbrug af MDD. I høringssvar²⁴⁹ til daværende LL § 3, stk. 1-2 (LFS 167) fremgår, at denne `i nogen udstrækning´ er inspireret²⁵⁰ af- og bygger på²⁵¹ EUD´s praksis, i relation til misbrug af EU-retsakter, ligesom SKT da også i praksis ses, at inddrage denne i misbrugsvurderingen efter LL § 3, stk. 1-2²⁵².

3.6. Formålet med LL § 3, stk. 5 (Principal Purpose Test)

LL § 3, stk. 3 (LFS 167) gennemførte en lovfæstet GAAR, i relation til de af Danmark indgåede DBO´er, der ved Lov nr. 1726 blev videreført med uændret ordlyd, og nu følger af stk. 5²⁵³ (LFS 28 A). I høringssvar til LFS 167²⁵⁴, fremgår at:

”Dette lovforslag bygger dels på en rapport fra en tværministeriel task force mod skattely og dels på arbejde i EU og OECD.”

Arbejdet der i OECD-regi henvises til, udgør daværende foreløbige anbefalinger²⁵⁵ i OECD´s BEPS projekt action 6, hvor der med LL § 3, stk. 3 (nu stk. 5) blev tilstræbt, at lovfæste den såkaldte *principal purpose test* (PPT), jf. BEPS action 6²⁵⁶ – omhandlende imødegåelse af misbrug af DBO´er²⁵⁷. PPT-klausulen, følger nu ligeledes i MDBO 2017 art. 29, stk. 9, ligesom bestemmelsen er at finde i MLI art. 7. BEPS action 6, section A, 1., a),ii)²⁵⁸, udgør i denne sammenhæng fortolkningsbidrag til PPT-klausulen, der nu også er indsat i kommentarer 169-187 til MDBO 2017, art. 29, stk. 9. PPT-klausulen på engelsk er, i alle henseender²⁵⁹ – dvs., både efter OECD´s foreløbige rapport, final report, MDBO art. 29, stk. 9, samt, efter MLI art. 7, stk. 1 – enslydende, samt de dertilhørende kommentarer, i relation til BEPS final action 6, og MDBO art. 29, stk. 9.

Kommentarerne til BEPS action 6/ MDBO 2017 art. 29, stk. 9, fastlægger rækkevidden af LL § 3, stk. 3 (nu stk. 5)²⁶⁰, og må derfor klart forudsættes at skulle anvendes som fortolkningsbidrag til fortolkningen heraf.

²⁴⁸ Se om sagen i *Afsnit 5.1. SKM2017.333.SR – EU-holdingselskab stiftes*.

²⁴⁹ Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, Skatteministerens kommentar, s. 24.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid. s. 25.

²⁵² Se f.eks. SKM2019.349.SR, SKM2020.352.SR og SKM2021.30.SR.

²⁵³ Se ordlyden af LL § 3, stk. 5 i *Afsnit 2.4. Modifikation – LL § 3*.

²⁵⁴ Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 5-6.

²⁵⁵ Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 24-25.

²⁵⁶ Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.

²⁵⁷ Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A, s. 12, venstre spalte, øverst.

²⁵⁸ *ii) Rules aimed at arrangements one of the principal purposes of which is to obtain treaty benefits*, p. 54-69.

²⁵⁹ PPT efter Action 6 og MDBO art. 29, stk. 9, anvender udtrykket ”Convention”, mens MLI anvender udtrykket ”Covered Tax Agreement”. Bortset fra dette forskellige udtryk – samt de grammatiske forskelle som følge heraf – er PPT-klausulen enslydende, i alle tre sammenhænge.

²⁶⁰ Jf. høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, Skatteministerens svar til FSR, s. 28, højre spalte, nederst.

4. Indholdet af LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5

Efter ordlyden af LL § 3, stk. 1, udgør misbrug af *skatteretten*:

1. Et arrangement, eller serier af arrangementer
2. Der er tilrettelagt med hovedformålet, eller som et af hovedformålene har
3. At opnå en skattefordel
4. Og opnåelsen af denne (3.), virker mod formålet og hensigten med skatteretten
5. Og dette/disse (1.) ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Efter ordlyden af LL § 3, stk. 5, foreligger misbrug af en DBO, når der er tale om et:

1. Arrangement, eller transaktion
2. Og der foreligger en fordel efter DBO'en
3. Og det er rimeligt at fastslå, under hensyn til alle forhold om omstændigheder at opnåelsen af (2.) er et af de væsentligste formål i enhver (1.), der direkte eller indirekte medfører fordel.

Skatteyder har da mulighed for at godtgøre at indrømmelsen af fordel, vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med DBO bestemmelsen.

4.1. Bevisbyrden for misbrug – vurderes de to analyser ens?

Såfremt SKT godtgør at ovenstående betingelse 1.-4., jf. LL § 3, stk. 1 er opfyldt, vil dette skabe en formodning for misbrug²⁶¹. LL § 3, stk. 1-4 vil da finde anvendelse på arrangementet, med mindre skattesubjektet godtgør, at (5.)²⁶²:

”... arrangementet eller arrangementerne er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, hvilket den skattepligtige må antages at være den nærmeste til at godtgøre.”

I så fald følger²⁶³ at:

”Hvis den objektive analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder viser, at et arrangement eller dele heraf er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, vil der være tale om en reel disposition, og omgængelsesklausulen vil derfor ikke finde anvendelse.”

²⁶¹ Almindelige bemærkninger til Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 99, højre kolonne. Disse forarbejder, fremgår ligeledes inde på SKAT's J.V. C.I.4.1.9 Bevisbyrden.

²⁶² Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 100, venstre kolonne.

²⁶³ Ibid.

Bevisbyrden, fulgte tilsvarende af daværende LL § 3, stk. 1-2 (LFS 167)²⁶⁴, og såfremt SKAT derfor efter LL § 3, stk. 1-2 har godtgjort, at et arrangement (1.) er foretaget med et af hovedformålene (2.) at opnå en skattefordel (3.), er det fortsat op til SKAT at godtgøre at indrømmelsen heraf (3.), vil virke mod formålet og hensigten med skatteretten (4.).

Derimod, er det pålagt *skatteyder* efter LL § 3, stk. 5 at godtgøre, at indrømmelsen af en DBO-fordel, vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende DBO-bestemmelse, såfremt SKAT *rimeligt har fastslået* at betingelse 1-3 er opfyldt.

Principielt, ophører de formelle ligheder da ved denne betingelse. Dette, har dog næppe nogen praktisk betydning, idet SKT²⁶⁵ og SR altid besvarer spørgsmålene i bindende svar, ud fra oplysninger²⁶⁶ fra skatteyder og ved en eventuelt sag for domstolene, vil det da formegentlig blive tillagt skatteyder negativ skadevirkning, såfremt denne ikke fremkommer med disse. Lignende betragtninger, må kunne anlægges for LSR. Hertil kommer, at for at vurdere *det væsentligste formål*, må der henses til samtlige relevante faktiske forhold og omstændigheder, jf. ordlyden af LL § 3, stk. 5²⁶⁷. Lovgiver forudsatte da heller ikke at der – til trods for forskellig ordlyd – var væsentlig forskel på de to GAAR²⁶⁸, hvilket formegentlig skal ses i sammenhæng med GAAR's ”principbaserede natur”²⁶⁹. I høringssvar til LFS 167²⁷⁰ blev analyserne således beskrevet som ganske ens²⁷¹, ligesom SKT i praksis ses at vurdere analyserne som sådan. Det blev samtidig bemærket at eventuelle forskelle da måtte afklares i retspraksis, herunder ved forelæggelse for EUD²⁷².

Lovgiver synes således at være af den opfattelse, at der ikke er væsentlig indholdsmæssig forskel på de to GAAR, hvorfor LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5 i det følgende da, vil blive analyseret som sådan. Eventuelle forskelle og retlige usikkerheder der da, måtte opstå på denne baggrund, vil da blive påpeget løbende, ligesom dette vil fremgå i specialets konklusion.

4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion

Forarbejderne til LFS 167 A angiver ikke *specifikt* hvad der udgør et arrangement eller serier af arrangementer (fremover benævnt: arrangementer), i relation til MDD, men det fremgår dog i relation til PPT, jf. daværende LL § 3, stk. 3 (nu stk. 5), at²⁷³:

²⁶⁴ Almindelige bemærkninger til Lovforslag nr. L 167, Folketingets samling 2014/1 af 20. marts 2015, s. 18, venstre kolonne.

²⁶⁵ Det bemærkes at specialet er afgrænset fra at forfølge problemstillinger, vedrørende Skattekontrolloven og Skatteforvaltningsloven, ved mangle selvangivelse, mv.

²⁶⁶ Se *Afsnit 1.4.1.1.4.1. Særligt om administrativ praksis i relation til LL § 3*.

²⁶⁷ Sml. BEPS action 6, kommentar 6 / MDBO 2017 art. 29, stk. 9, Kommentar 179.

²⁶⁸ Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A, s. 19.

²⁶⁹ Se ligeledes herom i *Afsnit 7. Bidrager LL § 3 med noget nyt?*

²⁷⁰ Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 22-23.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A, s. 19, højre spalte, øverst.

²⁷³ Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A, s. 18, højre spalte, nederst.

”Vendingen ”ethvert arrangement eller enhver transaktion” skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej. (...) Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation.”

I forarbejderne til LFS 28²⁷⁴ fremgår:

”Arrangementer skal fortolkes bredt og vil omfatte enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serier heraf, uanset om der kan støttes ret herpå.”

Forarbejderne til LFS 28 A, synes derfor umiddelbart at være på linje med forståelsen efter PPT (LFS 167). Den bredeste definition synes at fremgå i KHAS²⁷⁵ pkt. 4.3., hvor en *’begivenhed’*, udgør et arrangement. *”Fælles forståelse”* og *”ordning”* må dog ligeledes anses som yderst brede begreber, og den praktiske betydning heraf, er formegentlig til at overse. EUD forudsætter ej heller at der ved et kunstigt arrangement, foreligger en *”kontraktuel eller juridisk forpligtelse”²⁷⁶*, ligesom *navnlig kunstige transaktioner²⁷⁷*, udgør misbrug. Som fremhævet af Jacob Bundgaard²⁷⁸, *”synes det nærmest umuligt at nævne noget, som ikke vil kunne kvalificeres som ”et arrangement”, hvilken opfattelse tilstøttes. Hverken en positiv- eller negativ afgrænsning heraf, synes derfor mulig.*

Det er ligeledes vigtigt at erindre at arrangementer kan omfatte flere trin eller dele, jf. LL § 3, stk. 1, 2. pkt.

Selve *indkomstopgørelsen og skatteberegningen* foretages dog først på baggrund af den skatteudløsende begivenhed (selve udbytteudlodningen), jf. LL § 3, stk. 3, og tilsvarende, finder LL § 3, stk. 5 potentielt også først anvendelse på transaktioner, foretaget efter lovens ikrafttrædelse. *Transaktionstidspunktet*, knytter sig til *retserhvervelsetidspunktet* og selve *retserhvervelsen* skal da være indtrådt efter 1. maj, 2015²⁷⁹ for at LL § 3 potentielt kan anvendes på arrangementet²⁸⁰. Det er dog uagtet, hvornår selve *arrangementerne* er tilrettelagt²⁸¹:

”De foreslåede omgåelsesklausuler har virkning for fremtidige transaktioner og trin i arrangementer. Det forhold, at der er tale om transaktioner eller trin i arrangementer, der baserer sig på dispositioner, som er indgået før omgåelsesklausulernes ikrafttrædelse ændrer ikke herpå.”

I princippet, gælder derfor ingen tidsbegrænsning i relation til, hvornår disse arrangementer skal være tilrettelagt for at indgå i misbrugsvurderingen efter LL § 3. *Arrangementer* (udover selve *transaktionen*) er derfor ikke underlagt hverken SFL §§ 26-27, eller forældelseslovens regler.

²⁷⁴ Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A, s. 99, højre spalte, øverst.

²⁷⁵ Com(2012/772/EU). Se Afsnit 3.3.1. *Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning (KHAS)*.

²⁷⁶ De forenede sager C-116/16 og C-117/16 (udbytter), præmis 105.

²⁷⁷ De forenede sager C-116/16 og C-117/16 (udbytter), præmis 81, sml. præmis 88.

²⁷⁸ Jacob Bundgaard, Louise Fjord Kjærsgaard og Michael Tell, SU 2018, 172.

²⁷⁹ Hvor LL § 3 trådte i kraft, jf. LOV nr 540 af 29/04/2015, § 8.

²⁸⁰ Jf. Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A, s. 24, venstre spalte, nederst.

²⁸¹ Jf. Skatteministerens høringssvar til FSR, i Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 24.

På den baggrund vil der – i sagens natur – *altid* være foretaget *forudgående arrangementer* i en koncern, inden udbytte eller likvidationsprovenu udloddes. F.eks. er samtlige koncerner på verdensplan, i sin tid stiftet. Det er dog vigtigt at erindre at arrangementerne (foruden konstateringen af en skattefordel og en subjektiv hensigt om at opnå denne), skal virke mod formålet med skatteretten/DBO'en for, at der så rent faktisk også foreligger *misbrug*, jf. LL § 3.

4.1.2. Skattefordel / fordel efter bestemmelserne i en DBO

En *fordel* vil isoleret set, ud fra en naturlig sproglig forståelse af ordlyden af LL § 3, skulle fortolkes bredt, idet *'fordel'* må opfattes således at dette, kort sagt, udgør *enhver* fordel i relation til skatten/DBO'en. Begrebet, synes derved også at indeholde et referencepunkt, hvilket da må udgøre retstilstanden *uden* fordel. Retstilstanden *uden* fordel efter MDD art. 5/MDBO art. 10, stk. 2²⁸² er at enhver grænseoverskridende udbytteudlodning er skattepligtig²⁸³, og skattefriheden efter MDD art. 5, udgør da i sig selv en skattefordel²⁸⁴.

I relation til PPT²⁸⁵ fremgår:

"The term "benefit" includes all limitations (e.g. a tax reduction, exemption, deferral or refund) on taxation imposed on the State of source under Articles 6 through 22 of the Convention"

'Fordel' efter en DBO, udgør således *"all limitations on taxation"* der pålægges kildestaten, efter fordelingsbestemmelserne i MDBO art. 6-22 – og derfor, også frafald af kildeskatten efter art. 10, stk. 2.

Skattefordelen skal være opnået i Danmark²⁸⁶, men vurderes i praksis uagtet i forhold til om der *efter* arrangementernes foretagelse betales skat til en anden stat jf. SKM2020.282.SR (i sagen, Sverige), hvilket forekommer rigtigt, i det skattefordelen må bedømmes relativt i relation til kildestaten.

4.1.3. Tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har / et af de væsentligste formål

Efter ordlyden af LL § 3, er det *ikke* en betingelse at (skatte/DBO)fordelen tilfalder det *samme* skattesubjekt, som har tilrettelagt arrangementerne. Disse skal blot *være tilrettelagt*, jf. stk. 1, hhv. *direkte eller indirekte medfører* skattefordelen, jf. stk. 5. Majoritets- og eneaktionærer vil utvivlsomt – *qua* disses bestemmende indflydelse – have kompetencen til at kunne *tilrettelægge* arrangementer, der medfører skattefordele, hvorimod *minoritetsaktionærer* ikke egenhændigt vil kunne tilrettelægge disse.

²⁸² Se Afsnit 2.3.1., hhv. 2.3.2.

²⁸³ Se Afsnit 2.1. Udgangspunktet om begrænset skattepligt, samt indeholdelse af udbytteskat.

²⁸⁴ En sådan opfattelse, synes ligeledes forudsat, i Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A, med henvisning til *kommissions memo, vedr. gennemstrømningselskaber*. på s. 18, fremhæves EU-kommissionens offentliggjorte memo af 25. november 2013.

²⁸⁵ Se BEPS, Action 6 - 2015 Final Report, s. 58, kommentar 7.

²⁸⁶ Jf. høringskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 27, øverst vedr. Skatteministerens svar på henvendelse fra FSR. Se ligeledes den evige udfordring, s. 252.

Det følger dog ej i hverken forarbejderne til LFS 167, hhv. LFS 28 A, i KHAS, eller i kommentarerne til BEPS action 6, at arrangementet skal være tilrettelagt af det *samme* skattesubjekt, der herved opnår fordel, og i princippet, er det derfor formegentlig underordnet, at *kun* minoritetsaktionærer, uden interesseforbindelse opnår en skattefordel ved majoritetsaktionærens *tilrettelæggelse* – formegentlig grundet at disse personer ikke nødvendigvis, har skattemæssigt-modstridende interesser²⁸⁷.

EUD forudsætter ligeledes at blot *’koncernen’* har til hensigt at opnå en skattefordel²⁸⁸, hvilket synes i overensstemmelse med f.eks. TopDanmark-dommene²⁸⁹. *Hvornår* en *subjektiv hensigt* da foreligger, vurderes da p.ba. de *objektive omstændigheder*, jf. straks nedenfor.

4.1.4. Formålet og hensigten med skatteretten / indholdet af og formålet med en DBO bestemmelse

Efter ordlyden af LL § 3, stk. 1-2, såvel som i den danske version af MDD art. 1, stk. 2-3, hhv. ATAD1 art. 6, er fremført formålet ”og” hensigten, hvilket kunne indikere, at betingelserne er kumulative. I den tyske version af fremgår dog: ”oder”, i den franske: ”ou”, i den hollandske: ”of” (*eller*), i den svenske: ”eller” og i den finske: ”tai” (*eller*). Til LFS 28 A bemærkede Skatteministeren²⁹⁰ da også, at:

”Der er tale om to udtryk, hvis betydning utvivlsomt til dels er overlappende.”

”Formål og hensigt” skal derfor ikke opfattes som kumulative, ligesom SKT og SR da heller ikke i praksis ses at kumulere disse. Fremover anvendes således udtrykket ”og”, ud fra disse betragtninger.

I et dansk perspektiv, udgør LL § 3, stk. 1-2 gældende ret og bestemmelsens ordlyd *’skatteretten’*, omfatter både misbrug af bl.a. MDD, samt misbrug af øvrig *intern skatteret*²⁹¹. Sondringen bliver for indeværende relevant, eftersom det *udelukkende* tilkommer EUD at fortolke formålet med EU-retsakter²⁹² – herunder MDD – hvilken fortolkning da, skal indgå i den direktivkonforme fortolkning som skattemyndigheder og domstolene anlægger, af LL § 3, stk. 1-2.

4.1.4.1. MDD

For at vurdere formålet med MDD, bliver det nødvendigt at sondre mellem mål og middel²⁹³. EUD fremfører, at²⁹⁴:

²⁸⁷ Se SKM2018.209.SR, hvor skattefordelen ved en likvidationsudlodning blev vurderet i relation til 17 aktionærer, uden interesseforbindelse efter LL § 2 (hvor der dog ikke konkret blev opnået en skattefordel). Aspektet fik dog betydning i *’Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet, BFU 4/15. Avgitt 16.04.2015’*.

Se herom i *Afsnit 5.7. Gælder der et ”minimumskrav” til substansen i holdingselskaber?*

²⁸⁸ Jf. BO-udbyttedomme, præmis 100.

²⁸⁹ Se kort herom i *Afsnit 3.2. Misbrug af intern skatteret*.

²⁹⁰ Høringsskema til LFS 28 A: Skatteudvalget 2018-19 L 28 Bilag 1, L 28 A Bilag 1, L 28 B Bilag 1, s. 64.

²⁹¹ Se *Afsnit 3.5. LL § 3, stk. 1-2 (LFS 28 A) – Implementering af GAAR efter ATAD1 og MDD*.

²⁹² Se *Afsnit 1.4.1.1.1. GRL § 20 (EU-samarbejdet efter Traktaten)*.

²⁹³ Jf. ligeledes Anders Nørgaard Laursen i SR.2017.315: Mellem brug og misbrug: Hvor GAAR grænsen? - nogle kritiske bemærkninger til SKM2017.333.SR, der anlægges lignende betragtninger.

²⁹⁴ Jf. BO-udbyttedommene, præmis 78.

”Som det i denne henseende fremgår af første og tredje betragtning til direktiv 90/435, har direktivet til formål at lette sammenslutningen af selskaber på EU-plan ved at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler for disse sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater, så virksomhederne får mulighed for at tilpasse sig det indre markedes krav, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige position på internationalt plan.

Formålet med MDD er da at virkeliggøre det indre marked, jf. TEUF art. 115, som defineret i TEUF art. 26, stk. 2. Midlet til dette udgør da afskaffelse af dobbeltbeskatning, ved udlodning af overskud fra datterselskaber til moderselskaber, hjemmehørende i EU, jf. 3. betragtning til MDD.

Arrangementer vil da virke mod formålet med MDD, såfremt²⁹⁵:

”... det imidlertid var tilladt at skabe finansielle konstruktioner **alene** med det formål at kunne drage nytte af de skattefordele, der følger af anvendelsen af direktiv 90/435, **ville dette ikke være i overensstemmelse med sådanne formål, men ville derimod være til skade for det indre markedes funktion, idet det ville fordreje konkurrencevilkårene**. Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 51 i forslaget til afgørelse i sag C-116/16, **gør det samme sig gældende, selv hvis de omhandlede transaktioner ikke udelukkende forfølger et sådant formål, idet Domstolen har fastslået, at princippet om forbud mod misbrug finder anvendelse på skatteområdet, når opnåelse af en skattefordel er hovedformålet med den omhandlede transaktion ...**” (Min fremhævning.)

Negativt afgrænset, vil en koncerns *hovedformål* om at opnå fordele efter MDD da virke *mod* direktivets formål. Denne – negative afgrænsning – er interessant, eftersom den *subjektive hensigt* derved bliver afgørende for *det objektive element* i misbrugsvurderingen (i.e. om arrangementerne virker *mod formålet* med MDD). En *subjektiv hensigt*, definerede EUD som²⁹⁶:

”... en **hensigt** om at drage fordel af EU-lovgivningen **ved kunstigt** at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel ...” (Min fremhævning.)

I sag C-196/04 (Cadbury Schweppes – fremover: CS) – hvor de britiske CFC-reglers forenelighed med etableringsretten, jf. TEUF art. 49 var til prøvelse – fandt EUD, at de pågældende CFC-regler kunne opretholdes, såfremt disse sigtede mod at imødegå *rent kunstige arrangementer* med det formål at omgå den britiske skattelovgivning²⁹⁷. Et ”kunstigt arrangement”²⁹⁸, bestod da f.eks. af *et »postkasse«- eller »skærm«-selskab*²⁹⁹, som netop ikke ville kunne påberåbe sig etableringsfriheden i det formålet hermed er, at³⁰⁰:

”... der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum (...) Begrebet forudsætter derfor, at det pågældende

²⁹⁵ Ibid. præmis 79.

²⁹⁶ Ibid. præmis 97.

²⁹⁷ Jf. sag C-196/04 (Cadbury Schweppes) præmis 51.

²⁹⁸ Ibid. præmis 54.

²⁹⁹ Ibid. præmis 68.

³⁰⁰ Ibid. præmis 54.

selskab faktisk befinder sig i værtsmedlemsstaten og faktisk udøver erhvervsmæssig virksomhed i denne.”

Såfremt arrangementerne (in casu: aktiviteten i det etablerede CFC-selskab i Irland) derfor svarede til *den økonomiske realitet* (i.e. ikke udgjorde f.eks. et ”postkasseselskab”), ville koncernens *subjektive* (skattemæssige) hensigter da være underordnet³⁰¹, idet der i så fald *ikke* ville foreligge misbrug af etableringsfriheden. EUD satte således lighedstegn mellem et ’kunstigt arrangement’ og manglende økonomisk *substans*, i det pågældende CFC-selskab, hvilket dog ikke kan antages at være ”nok” i relation til MDD, idet en koncerns *subjektive hensigt* med at foretage arrangementerne netop *bliver* afgørende³⁰² for, at der *ikke* forligger misbrug af MDD.

Det kan derfor, efter indeværende forfatters opfattelse, ikke antages at ”substansen” i et holdingselskab (personale, lokaler, inventar mv.) er nok til, at der *ikke* foreligger misbrug af MDD eftersom *substansen* alene relaterer sig til arrangementernes *økonomiske realitet* – *ikke* til den subjektive hensigt med at foretage disse (f.eks. stiftelsen af selskabet, mv.)³⁰³. Såfremt dette *var* tilfældet, kunne EUD blot have nøjes med at fastholde tidligere argumentation fra CS om at ”*tax abuse is absent when economic substance is present*”³⁰⁴.

Som rammende beskrevet i litteraturen³⁰⁵:

”The abuse test set forward by the ECJ in the Danish BO cases (...) implies that abuse may be evident even in the presence of economic substance if this substance has been put in place to create the conditions for obtaining a tax benefit following the EU rules.”

Opfattelsen tilstøttes og understøttes ligeledes af at henviser EUD³⁰⁶ til sag C-110/99 (Emsland-Stärke), præmis 52-53, omhandlende eksportrestitutioner, hvor EUD i præmis 53 udtaler:

”At et sådant subjektivt element foreligger, kan bl.a. godtgøres ved bevis for en hemmelig aftale mellem eksportøren i Fællesskabet, der drager fordel af restitutionen, og importøren af varerne i tredjelandet.”

Henvisningen forstås således at hvis en MS – på baggrund af en konkret bevisvurdering – finder at et arrangement fremstod som ”reelt”, men i virkeligheden skyldes et hovedformål om at drage fordel af MDD, vil der således foreligge et *kunstigt* arrangement og hovedformålet vil da være, at opnå denne fordel. EUD, foretager dog som bekendt ingen materiel bevisvurdering³⁰⁷ af hvorvidt et arrangement

³⁰¹ Ibid. præmis 65.

³⁰² Jf. ovenstående præmis 79, i BO-udbyttedommene.

³⁰³ Se om ”de forudgående arrangementer” i ovenstående *Afsnit 4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.*

³⁰⁴ Jf. ligeledes Susi Baerentzen, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 40.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Jf. BO-udbyttedommene, præmis 97.

³⁰⁷ Se *Afsnit 1.4.1.1.1. GRL § 20 (EU-samarbejdet efter Traktaten).*

er ”kunstigt” tilrettelagt, men dog, er det formegentlig pålagt de nationale domstole og myndigheder at inddrage KHAS³⁰⁸, ved anlæggelsen af den EU-konforme fortolkning af LL § 3, stk. 1-2.

I KHAS, pkt. 4.5. fremgår:

”Ved anvendelsen af punkt 4.2 anses **et givet formål for at være hovedformålet, hvis andre formål, som arrangementet eller serien af arrangementer tilskrives eller kunne tilskrives, forekommer ubetydelige, alle omstændigheder i sagen taget i betragtning.**” (Min fremhævning.)

Afgørende for vurderingen af *den subjektive hensigt* bliver da, hvorvidt andre fremførte formål – alle omstændigheder taget i betragtning – forekommer ubetydelige. Hermed ”vender” vi da tilbage til EUD’s præmis 97 i BO-udbyttedommene om, at en subjektiv hensigt foreligger når betingelserne for opnåelsen af skattefordelen, er *kunstigt* skabt. `Realitetskravet` efter LL § 3, stk. 2, synes da at få en selvstændig betydning for den samlede misbrugsvurdering, i det det efter ordlyden af LL § 3, stk. 2 fremgår at arrangementer ikke er *reelle*:

” (...) i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.”

Arrangementer er da – modsætningsvist – reelle, såfremt disse:

1. er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager
2. der afspejler den økonomiske virkelighed.

Hvorvidt arrangementerne da virker *mod* formålet med MDD – og udgør misbrug i dets hele – skal derfor formegentlig vurderes efter LL § 3, stk. 2, og synes ligeledes forudsat i forslaget til ATAD1³⁰⁹ hvor det fremgår at ”*rent kunstige*” [arrangementer] udgør (*ikke reelle*) arrangementer. I den forbindelse, spiller det formegentlig ingen rolle at denne kobling ikke er med i forslaget til GAAR efter MDD, eftersom `realitetskravet` i begge henseender er enslydende³¹⁰.

Koblingen mellem realitetskravet efter LL § 3, stk. 2 og formålet med MDD³¹¹, vil ligeledes kunne forklare EUD’s manglende henvisning til, at *kunstige* arrangementer ikke *alene* bliver et spørgsmål om den økonomiske substans – som i CS – men ligeledes et spørgsmål om koncernens *subjektive hensigter* med f.eks. at stifte et EU-mellemholdingselskab.

Vurderingen af den subjektive hensigt må da bero på hvilke andre økonomiske og forretningsmæssige (ikke-skattemæssige) grunde, som angives til at opnå fordelene efter MDD art. 5, jf. ligeledes i denne retning BO-udbyttedommenes præmis 89. Dette, har ligeledes støtte i formodningsreglen i GAAR efter FUD – der *netop* af EUD er blevet fremhævet som at afspejle det EUMP³¹² – hvorefter en

³⁰⁸ Se Afsnit 3.3.1. Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning (KHAS).

³⁰⁹ Forslag til RÅDETS DIREKTIV om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde, s. 14, øverst.

³¹⁰ Se den danske version af MDD art. 1, stk. 3, hhv. ATAD1 art. 6, stk. 2 i, Afsnit 3.5. LL § 3, stk. 1-2 (LFS 28 A) – Implementering af GAAR efter ATAD1 og MDD.

³¹¹ Jf. ovenstående præmis 78 i BO-udbyttedommene.

³¹² Jf. sag C-321/05 (Kofoed), præmis 38 og sag C-126/10 (Foggia), præmis 50.

formodning om misbrug statueres, såfremt f.eks. en fusion ikke er foretaget ud fra `forsvarlige økonomiske betragtninger'³¹³.

Med henvisningen til *"der afspejler den økonomiske virkelighed"* sikres herved, efter indeværende forfatters opfattelse, at disse – forretningsmæssige grunde – faktisk kan "måles" som "bevis" for, at der ikke foreligger misbrug, og f.eks., ikke "bare" kan påberåbes af en koncern som en begrundelse for at foretage arrangementeter (f.eks. stiftelsen af et EU-mellemholdingselskab), der medfører fordelene efter MDD art. 5.

4.1.4.2. MDBO art. 10, stk. 2

Modsat LL § 3, stk. 1, indeholder stk. 5 en henvisning til:

" ... indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten."

Dette, kan dog ikke umiddelbart antages at have betydning for misbrugsvurderingen, eftersom en DBO i dets hele indeholder et dualistisk formål³¹⁴:

1. at afskaffe dobbeltbeskatning, og
2. at undgå misbrug af DBO'en

Om noget vil det – måske – skulle indgå som en *skærpet* omstændighed i misbrugsvurderingen, at det *netop* er fordelene i MDBO art. 10, stk. 2 der udgør sagens genstand, idet MDBO art. 10-12 historisk set³¹⁵ har været genstand for arbejde i OECD-regi, til imødegåelse af misbrug heraf.

I forarbejderne³¹⁶ til LFS 167 fremgår:

"Efter ordlyden af den af EU vedtagne omgåelsesklausul gælder den ikke, hvis transaktionen eller arrangementet er udtryk for reel økonomisk aktivitet. Dette kan formentlig indfortolkes i den af OECD foreslåede omgåelsesklausul i kraft af henvisningen til hensigten og indholdet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. En sådan hensigt og formål omfatter tilvejebringelse af traktatmæssig beskyttelse for at undgå dobbeltbeskatning i tilfælde af personer, som reelt er engageret i god tro i grænseoverskridende handel og investeringer."

Henvisningen til den *"den gode tro"* synes da at forudsætte, at det netop *ikke* er personens skattemæssige grunde der har været styrende, ved arrangementernes tilrettelæggelse, hvorfor en koncerns *subjektive hensigter* herved ligeledes synes at blive afgørende for misbrugsvurderingen i DBO-sammenhæng. Denne opfattelse, synes også at kunne spores hos Skatteministeren³¹⁷:

"De foreslåede omgåelsesklausuler skal hindre skattepligtige i at foretage dispositioner, der går ud på at undgå at betale skat."

³¹³ Se nærmere herom i Afsnit 5.5. SKM2021.30.SR – Skattefri fusion, i stedet for likvidation.

³¹⁴ Se Afsnit 3.4.1. Formålet med en DBO.

³¹⁵ Se Afsnit 3.4.2. Misbrug af DBO'er – kravet om retmæssig ejer.

³¹⁶ Jf. Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A s. 19, venstre spalte, nederst.

³¹⁷ Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 23, Skatteministerens svar til henvendelse fra FSR.

Herved synes ”*substanskravet*” ej heller i sig selv at kunne blive afgørende for at der ikke foreligger misbrug af MDBO art. 10, stk. 2, og umiddelbart, synes LL § 3, stk. 5 derfor *ikke* at indeholde en mindre skærpet misbrugsvurderingen end LL § 3 stk. 1-2, i relation til misbrug af MDD.

LSR udfordrer dog med SKM2020.355.LSR denne opfattelse³¹⁸.

4.1.5. Ikke reelt

Realitetskravet i LL § 3, stk. 2, bliver formegentlig af afgørende betydning for, *hvornår* der foreligger misbrug af MDD, jf. ovenstående *Afsnit 4.1.4.1. MDD*. De danske versioner af GAAR efter MDD og ATAD1³¹⁹ angiver dog at de *kommercielle årsager* skal være ’*velbegrundede*’, hvilket evt. kunne tolkes som et (yderligere) skærpet krav til skatteyderes bevisbyrde. De franske versioner nævner dog: ”*pour des motifs commerciaux valables*” (grunde med kommercielle værdier), de svenske: ”*giltiga kommersiella skäl*”, de italienske ”*valide ragioni commerciali*”, samt de engelske³²⁰: ”*valid commercial reasons*”. De kommercielle årsager, må derfor skulle anses som værende ”*valide/gyldige*”, såfremt en fortolkning af ”*velbegrundede*”, eventuelt måtte føre til en ”*yderlige*” skærpet bevisbyrde for skatteyder.

Afgørende bliver da hvad valide, hhv. ikke-valide kommercielle grunde udgør, og hvornår disse – rent faktisk – afspejles i den økonomiske virkelighed, hvilket der dog intet endeligt svar på, eftersom ingen lov, traktat, mv., positivt afgrænser hvad der kan siges at udgøre ’*reel økonomisk aktivitet*’³²¹. Begrebet omfatter dog *ikke* minimering af skattebetalingen³²².

I praksis ses SKT og SR at anerkende f.eks. risikominimeringsformål³²³ og besparelse af omkostninger ved strømlining af koncernen³²⁴ som kommercielle formål, men stiller dog samtidig krav om at der på *koncernplan* kan måles en effekt af de påberåbte grunde for, at disse kan anses for økonomisk reelle. En sådan tilgang, synes i overensstemmelse med EUD’s misbrugsvurdering på *koncernplan*³²⁵ og synes ligeledes at kunne spores hos Højesteret i TD-dommene³²⁶ i det at tabene – isoleret set – var økonomisk reelle for søsterselskaberne³²⁷, men derimod i realiteten økonomisk neutrale, for den *samlede* TD-koncern. Omvendt, kan der dog samtidig tages hensyn til *den samlede koncern* i vurderingen af, om de anførte årsager *er* kommercielt valide³²⁸.

³¹⁸ Jf. herom i *Afsnit 5.4. SKM2020.355.SR (tidligere SKM2018.466.SR) – DBO-holdingselskab stiftes*.

³¹⁹ Se ordlyden heraf i *Afsnit 3.5. LL § 3, stk. 1-2 (LFS 28 A) – Implementering af GAAR efter ATAD1 og MDD*.

³²⁰ Direktiverne er medtaget, til trods for at Storbritannien nu ikke er medlem, af EU længere.

³²¹ Susi Baerentzen, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 35 ff.

³²² Jf. Skatteministerens høringssvar til FSR, i Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 28.

³²³ SKM2018.466.SR

³²⁴ SKM2017.333.SR og SKM2019.413.SR

³²⁵ Jf. BO-udbyttedommens præmis 100.

³²⁶ Se herom i *Afsnit 3.2. Misbrug af intern skatteret*.

³²⁷ Hvilket blev afgørende for Vestre Landsret, som tidligere instans for at give skatteyder medhold. Se *Afsnit 7. Bidrager LL § 3 med noget nyt?*

³²⁸ Jf. Skatteministerens høringssvar til FSR, i Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1, s. 27.

De kommercielle årsager skal dog samtidig opvejes mod den skattemæssige fordel (være proportionelle³²⁹), idet *hovedformålet* om at opnå fordele efter MDD, ligeledes udgør misbrug af direktivet.

Retstilstanden må derfor, som angivet i litteraturen³³⁰, beskrives således:

”... *the arrangements may not be wholly artificial, but even some amount of valid business reasons is not necessarily enough to refute abuse.*”

4.2. Stk. 1-2 har forrang for stk. 5, jf. stk. 6

Da GAAR efter MDD er obligatorisk, indeholder denne en *pligt* for MS til at nægte at indrømme fordele efter direktivet i tilfælde af misbrug. Dette, blev ligeledes cementeret af EUD, i BO-udbyttedomme³³¹ og i de tilfælde, hvor et EU- og DBO-domicileret selskab opfylder de formelle betingelser efter MDD, såvel som efter en konkret DBO for at modtage skattefri udbytter, skal misbrug da vurderes efter LL § 3, stk. 1-4, jf. stk. 6.

LL § 3, stk. 6 har derfor – i et dansk perspektiv – sikret forrang for den EU-konforme vurdering i det tilfælde, hvor PPT måtte indeholde en *mildere* misbrugsvurdering end GAAR efter MDD. Hvis udbytter derfor ikke kan udloddes skattefrit med henvisning til MDD, vil disse ej heller kunne udloddes skattefrit, med henvisning til MDBO art. 10, stk. 2.

LL § 3, stk. 6 udgør dog *ikke* en bestemmelse der implementerer indhold efter hverken MDD, eller ATAD1 og bl.a. den hollandske finansminister er af den opfattelse, at MS'ers forpligtelse til at nægte at indrømme fordelene efter MDD, *ikke* kan udstrækkes til at omhandle en pligt til at nægte indrømmelsen af fordelene, efter en DBO³³². Denne pligt, består dog formegentlig med henvisning til den generelle EU-retlige loyalitetsforpligtelse, jf. EU-traktatens art. 4, stk. 3³³³.

Diskussionen forfølges dog ikke nærmere, idet spørgsmålet om hvorvidt LL § 3, stk. 5 indeholder en *mildere* misbrugsvurdering, end stk. 1-2 – i et dansk perspektiv – *kun* bliver relevant, såfremt det direkte udbyttmodtagende selskab og BO, er hjemmehørende i en DBO-stat, der *ikke* udgør en EU-MS, jf. LL § 3, stk. 6.

³²⁹ Jf. ligeledes i den retning sag C-126/10 (Foggia), præmis 47, hvor de anførte besparelser som koncernen opnåede var helt marginale, sammenholdt med den forventede skattemæssige fordel.

³³⁰ Susi Baerentzen, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity s. 19.

³³¹ Jf. præmis 95, med henvisning til ”... skal nægte en skattepligtig person ...”.

³³² Susi Baerentzen, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity, s. 37.

³³³ Ibid., s. 38.

5. En analyse af LL § 3 – under inddragelse af administrativ praksis

Følgende sager belyser alle forskellige aspekter i relation til misbrugsvurderingen efter LL § 3, herunder SKM2021.30.SR hvor udbytteskatten blev søgt omgået ved en fusion³³⁴ i stedet for en likvidation. Disse aspekter, vil i indeværende afsnit blive nærmere beskrevet og diskuteret, ligesom det undervejs vil blive vurderet hvorvidt den pågældende praksis, er i overensstemmelse med ovenstående analyse af indholdet af LL § 3³³⁵.

Indledningsvist redegøres kort for sagernes væsentligste faktum, samt SKT/SR/LSR begrundelse, hvor det i alle sagerne lagt til grund at den direkte modtager udgjorde BO, på nær i SKM2020.355.SR, hvor der forelå en delvis BO-problematik, jf. nærmere i det følgende.

5.1. SKM2017.333.SR – EU-holdingselskab stiftes

En spørger ønskede at få bekræftet at ledelsens sæde i **H1 ApS**, kunne flyttes fra Danmark til Luxembourg, uden at H1's direkte moderselskab – **H3 Luxembourg** – blev udbyttebeskattet af de, af H1 direkte og indirekte ejede datterselskaber. Forinden den påtænkte likvidationsudlodning, havde aktionæren med bestemmende indflydelse i H1 – H3 – flyttet ledelsens sæde fra Bahamas til Luxembourg, og blev derved hjemmehørende i Luxembourg. H3 ville da opfylde de formelle betingelser for at kunne modtage skattefri udbytter fra H1.

SKT fandt at opnåelsen af *denne* skattefordel, udgjorde hovedformålet med flytningen af H3, og at indrømmelsen heraf ville virke mod formålet og hensigten med MDD, såvel som den dansk-luxembourgiske DBO.

Likvidationsprovenuet fra H1, ville da udgøre en skattepligtig udbytteudlodning.

5.1.1. Misbrug af MDD

Spørgers hovedargumenter for flytningen af H3 og H1 til Luxembourg var, at dette ville medføre en *forenkling af koncernstrukturen*, samt *udgiftsbesparelser*.

Hertil bemærkede SKT at:

”Selskabsstrukturen, selskabernes aktiviteter osv. ses således være den samme som før flytningerne.”

Samt:

”SKAT bemærker hertil, at spørger ikke har redegjort for eller dokumenteret om flytning af de to selskaber til samme land reelt giver en udgiftsbesparelse samlet set.”

SKT henså således til at selskabsaktiviteterne, mv. ville være *de samme*, som før flytningerne og foretog samtidig en *nettoopgørelse* af de forfægtede besparelser. På den baggrund fandt SKT således at de kommercielle grunde skulle vurderes ud fra koncernstrukturen *før* og *efter* arrangementerne. Når denne tilgang forudsættes, ville dette da bevirke at de af spørger anførte kommercielle grunde,

³³⁴ Se Afsnit 2.2.2. En skattefri fusion, udgør ikke en likvidation efter SEL § 5.

³³⁵ Se ovenstående Afsnit 4. Indholdet af LL § 3 – En analyse af misbrugsbetingelserne efter LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5.

ikke var afspejlet i *den økonomiske virkelighed* på koncernplan og på den baggrund, forekommer SKT begrundelse og resultatet derfor i overensstemmelse med indholdet af LL § 3, stk. 1-2.

5.2. SKM2019.349.SR – EU-holdingselskab opretholdes

En spørger ønskede at få bekræftet at selskabet – H1 Tyskland – ikke ville blive begrænset skattepligtig af en udbytteudlodning fra H1's danske datterselskab – H2 ApS – bestående af en fordring mod H1, der ville ophøre ved konfusion.

Før den påtænkte udlodning, blev **H1** i 2005 stiftet, primært med det formål at fungere som holdingselskab med ansvar for styring og kontrol, af udenlandske datterselskaber og at bidrage med koncernfinansiering.

I 2009, erhvervede **G2** alle aktierne i **H2** ApS. G2 var 100 % ejet af H1 og H2 ejede en række udenlandske datterselskaber (**G1**-koncernen: G1).

Ultimo 2017, solgte H2 alle aktierne i G1 til H1 på markedsvilkår. Betalingen, blev berigtiget i form af et gældsbrief, mellem H1 (køber) og H2 (sælger). I 2018, ophørte G2 ved fusion med H2.

Hidtil, var styring på øverste ledelsesplan af investeringer i datterselskaber, samt controlling af bl.a. H2 ApS, varetaget af de *transparente enheder* i koncernen – **H3 og H4**, men i løbet af 2017, overtog H1 dog disse *koncernfunktioner*, og havde på daværende tidspunkt *ikke* egne ansatte. Arbejdet, blev da udført af medarbejdere ansat i H3, på vegne af H1 og afregnet internt.

H3 og H4, var ligeledes placeret i Tyskland og ejede i forening H1. H3 og H4 var ejet af **6 personer** – alle ligeledes hjemmehørende i Tyskland.

Med virkning fra 1. juni 2019, blev en række funktioner og 13 medarbejdere flyttet over i H1, der fra denne dato indgik i et *ansættelsesforhold* med H1. Alle ansatte i koncernen, havde hidtil været placeret i H3 og H4. H1 lejede i samme ombæring et kontorlokale på 120 m² af H3, idet H1 ikke hidtil havde haft egne lokaler til rådighed. H1, var ligeledes registreret på samme adresse som H3.

SKT fandt at ovenstående arrangementer skulle vurderes samlet, og at disse da bevirkede to skattefordele, i det udbyttet kunne udloddes skattefrit til H1, men også at:

”... fremtidige udbytter fra [G1-koncernen] kan udloddes direkte til Tyskland, uden at de passerer Danmark og dermed uden nogen risiko for dansk kildeskat.” (Min fremhævning.)

SKT fandt dog *ikke* at der var tale om misbrug, jf. LL § 3 hvorfor fordringen kunne udloddes skattefrit.

5.2.1. Ej misbrug af MDD

SKT fandt at selve *opretholdelsen* af H1 udgjorde et arrangement, hvilket efter indeværende forfatters opfattelse ikke er rigtigt, med mindre SKT godtgør en ”*ordning*” etc.³³⁶ om opretholdelsen af dette (hvilket dog burde være overkommeligt). Selve *stiftelsen* af H1 i 2005, vil dog unægteligt udgøre et arrangement, ligesom *flytningen* af *substansen* (medarbejdere, lokaler, mv.), også udgør arrangementer. Om flytningen af substansen, fremførte spørger et ønske om:

³³⁶ Se Afsnit 4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.

”... at understøtte den strategi, der oprindeligt var begrundelsen for etableringen af H1 – nemlig at fungere som holdingselskab med ansvar for styring og kontrol af udenlandske datterselskaber og bidrage med koncernfinansiering.”

Om dette begrundede SKT, at:

”Rådgiver har ovenfor beskrevet hvorfor koncernen har etableret [H1], herunder redegjort for selskabets aktivitet, selskabets personale, lokaler, løbende opkøb m.v.”

Og at H1:

”... har ansvar for kontrol og styring af udenlandske datterselskaber og således råder over kapitalen og at det er selskabets egne ansatte, der udøver denne råden. Holdingselskabet har løbende geninvesteret udloddet overskud fra datterselskaberne, hvilke understøtter de kommercielle årsager til at opretholde selskabet.”

Om flytningen af ”substansen” udtale SKT:

”Det forhold, at koncernen har ... (transparente kommanditselskaber), hvor en stor del af driftsaktiviteten ligger og hvor alle ansatte tidligere (forud for juni 2019) har været placeret - inklusiv det personale, som udførte arbejdet for H1 – kan ikke føre til et andet resultat”

Sidstnævnte begrundelse er interessant, eftersom spørgsmålet er hvorvidt H1 kunne modtage skattefri udbytter, uden tilførslen af substansen. Dette, valgte SKT ikke at forholde sig til og heller ikke at H1 først reelt i 2017, overtog funktionerne i relation til de udenlandske datterselskaber.

Hvis det forudsættes at udbytte, *ikke* vil kunne udloddes skattefrit *før* substansflytningen, vil netop disse *forudgående arrangementer*³³⁷ medfører fordelene efter MDD art. 5 og en *kunstig* flytning af substansen udgør formegentlig misbrug af MDD³³⁸. SKT synes da ikke at inddrage tidligere argumentation³³⁹ om, hvorvidt de angivne formål i forvejen kunne varetages, ved den eksisterende koncernstruktur.

M.a.o. – hvad er den økonomiske realitet bag, at det nu er H1 der skal fungere som styrende enhed for de udenlandske datterselskaber, fremfor de transparente enheder (H3-H4)?

I den forbindelse, bliver det *oprindelige formål* med H1 – der allerede var fastlagt i 2005 – formegentlig afgørende, ligesom det var H1 der i 2009 opkøbte G1. H1, havde ved opkøbet af datterselskaberne i 2017, ligeledes geninvesteret det udloddede overskud, hvorfor det oprindelige formål derved afspejledes i den økonomiske virkelighed.

Når henses hertil, forekommer SKT begrundelse og resultatet, derfor i overensstemmelse med indholdet af LL § 3, stk. 1-2.

5.3. SKM2019.413.SR – Andre ”forudgående arrangementer”

³³⁷ Se Afsnit 4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.

³³⁸ Se Afsnit 4.1.4.1. MDD.

³³⁹ Se Afsnit 5.4. (SKM2018.466.SR) hvor SR (og SKT) ikke fandt, hvordan det anførte argument om risikobegrænsning, ikke i forvejen kunne varetages, via den eksisterende koncernstruktur.

I sagen, ønskede spørger at få bekræftet at selskabet H2 (EU/DBO-land 2³⁴⁰), ikke ville blive udbyttebeskattet af likvidationsprovenuet fra H3 ApS – bestående af datterselskaberne H11-H14 (hjemmehørende udenfor, hhv. indenfor EU – dog *ikke* i EU-land 2).

Før den påtænkte udlodning, var **H3** direkte ejet af **H7** (hjemmehørende i Malaysia) og H7 direkte ejet af **H4** (ej kvalificeret af SKT). Personen **A** (ikke hjemmehørende i et EU/DBO-land), var begunstiget i trusten – **G1** – igennem hvilken H4 var 100% styret.

H4, stiftede i 2016 selskaberne **H5** (*ikke* hjemmehørende i et EU/DBO-land) og **H2** (EU-land 2). H4 fortog herefter en kapitaludvidelse i H5, ved at indskyde aktierne i H2 og H7. H5 foretog derefter en kapitaludvidelse i H2, ved at indskyde aktierne i H7.

H2, udgjorde da nu H7's direkte moderselskab og H5, H2's direkte moderselskab.

H7 havde igennem ca. 13,5 år – indtil ca. medio 2018 – ejet aktierne i H3, idet disse blev erhvervet i december 2004. På dette tidspunkt besluttede H2 at likvidere H7, og H2 ville da efter likvidationen, udgøre H3 ApS' direkte moderselskab.

Om **H2** fremgik:

"H2 (EU-land, som Danmark har en DBO med) blev stiftet i 2016 med det formål at samle holding- og koncernfunktionerne i landet, samt muliggøre sambeskatning."

Samt:

"H2 (EU-land, som Danmark har en DBO med) ("Selskab") har en bestyrelse (Board of Directors), x ansatte medarbejdere og eget kontor og kontorfaciliteter."

H2 erhvervede i 2016 x% af kapitalen i H8 (EU-land 2). Herudover ejer H2 100% af selskabet H9, etableret i 2003 – og ligeledes hjemmehørende i EU-land 2.

SKT, havde på baggrund af en fortolkning af den dansk-malaysiske DBO fundet at DBO's art. 10³⁴¹, ikke fandt anvendelse³⁴². Dette, blev afgørende for *skattefordelen*, jf. MDD art. 5, i det arrangementerne – etableringen af H2 før likvidation af H3, kombineret med likvidationen af H7 – udløste denne ved at H3 nu kunne udlodde skattefri udbytter, til dettes direkte moderselskab, H2.

Selve *etableringen* af H2, fandt SKT var forretningsmæssigt begrundet i fht. datterselskaberne i EU-land 2, men derimod ikke i fht. H11-H14. De samlede arrangementer, fandt SKT derfor udgjorde misbrug, jf. LL § 3, stk. 1-2, hvorfor H3 ApS ikke ville kunne likvideres skattefrit.

5.3.1. Misbrug af MDD

Om *selve* H2 begrundede SKT:

³⁴⁰ Fremover; EU-land 2.

³⁴¹ Jf. Bekendtgørelse nr. 53 af 4. august 1972 af overenskomst af 4. december 1970 med Malaysia til undgåelse af dobbeltbeskatning, artikel X, stk. 1-5.

³⁴² Spørger, var derimod af den opfattelse af DBO'en fandt anvendelse. Uenigheden bestod i fortolkningen af udtrykket "*pligtig til at erlægge skat*" i Malaysia (på engelsk: *subject to tax*). Diskussionen vil ikke blive nærmere forfulgt, hvorfor SKT opfattelse lægges til grund.

”Det er Skattestyrelsens opfattelse, at spørger med de 10 fremlagte grunde har redegjort for, at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for at etablere [H2], for datterselskaberne (i EU-land 2).”

SKT fandt dog ikke, at:

”Der ses (...) at være redegjort for, at [H2] har substans i forhold til datterselskaberne i de andre lande (H11-H14).”

Uagtet H2’ ”betydelige” substans for netop datterselskaberne i EU-land 2, fandt SKT således ikke at dette var tilfældet, i fht. H11-H14:

”Spørger har intet oplyst om [H2’], funktion overfor [H11-H14] udenfor landet. Spørger anfører, at [H2] er sprogligt og geografisk tættere på [H12-H14] end [H3] er. Der er dog ikke redegjort for, hvilke sproglige forhindringer det danske holdingselskab medfører, eller hvordan den kortere afstand i de andre lande medfører fordele, der kan begrunde strukturændringen i forhold til [H3].”

SKT fandt da ikke at spørger havde godtgjort nogen reel økonomisk effekt – som ikke i forvejen kunne varetages i H3 – til at H2 nu skulle fungere som holdingselskab for H11-H14. Samlet, fandt SKT derfor:

”... at der ikke ses at være velbegrundede forretningsmæssige årsager til arrangementet, hvor den mangeårige [H4]–[H7]–Danmark (H3) struktur udskiftes med en [H5]–[H2] struktur. Tilrettelæggelsen af arrangementet og dets enkelte transaktioner ses derfor at have haft skatteundgåelse som ét af hovedformålene.”

Når det forudsættes at der igen reel økonomisk effekt er godtgjort til, at H2 nu skal fungere som holdingselskab for H11-H14 – i stedet for H3 – forekommer det da samlet i overensstemmelse med indholdet af LL § 3, at der foreligger misbrug af MDD, da det må være uagtet hvilke arrangementer der kunstigt medfører skattefordelen (i sagen, isoleret set likvidationen af H7) og uagtet, om den bagvedliggende ejer (H2), ville kunne modtage skattefri udbytter³⁴³.

SKT argumentation, bærer således præg af en ”hertil og ikke længere-tilgang”, hvilket forekommer i overensstemmelse med LL § 3, stk. 1, 2. pkt.³⁴⁴, hvor den omstændighed at H2 har ”betydelig substans” som nævnt ikke isoleret set kan godtgøre, at der ikke foreligger misbrug af MDD, såfremt denne er ”kunstigt” placeret, i fht. den konkrete transaktion.

5.4. SKM2020.355.SR (tidligere SKM2018.466.SR) – DBO-holdingselskab stiftes

I det bindende svar – SKM2018.466.SR – havde SR tiltrådt SKT *indstilling*, men fremkommet med egen *begrundelse* og på den baggrund, besvaret det af spørgeren stillede spørgsmål benægtende. Spørger påklagede afgørelsen til LSR, der gav skatteyderen delvist medhold i SKM2020.355.LSR.

Personen **A**, var ca. 1,5 år før nedstående udbytteudlodninger fraflyttet Danmark, og blev derved hjemmehørende i Singapore sammen med sin hustru. Hidtil, havde **H1 ApS** udgjort A’s direkte

³⁴³ Jf. ligeledes i den retning BO-udbyttedomme, præmis 108 (dog omhandlede den ultimative ejer som BO), hvor en DBO, med den ultimative ejers domicilstat, ikke i sig selv kunne udelukke at der forelå retsmisbrug.

³⁴⁴ Se Afsnit 4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.

personligt ejede holdingselskab, men ca. 1 år før udlodningerne stiftede A **H2 Ltd.** (Singapore), og overdrog da H1 til det nystiftede selskab.

H2 udgjorde nu H1's direkte moderselskab, og H2 var omfattet af den dansk-singaporeanske DBO.

LSR udtalte:

”Spørgsmålet om udlodning fra H1 ApS vedrører alene kontantudlodningen på 13,5 mio. kr. samt udlodningen af aktierne i de to datterselskaber i Singapore, H4 Ltd. og H5 Ltd.”

Det var i sagen oplyst at de 13 mio. kr. af kontantudlodningen på sigt skulle videreudlodes til A, mens 0,5 mio. kr. og datterselskabsaktierne (H4-H5) ikke skulle videreudlodes.

SR

SR begrundede i SKM2018.466.SR at H2 *ikke* kunne anses for BO af kontantudlodningen på 13 mio. kr., som det var oplyst på sigt skulle videreudlodes til A. Derimod, fandt SR dog at H2 udgjorde BO af de resterende 0,5 mio. kr. og datterselskabsaktierne (H4-H5). Stiftelsen af H2 bevirkede en skattefordel ved at *uden* denne ville H1 ikke kunne udlodde skattefri udbytter, og da H2, ifølge SR, ikke havde reel virksomhed med forvaltning af H4 og H5, samt at ingen forretningsmæssige grunde havde godtgjort til at oprette endnu et holdingselskab i koncernstrukturen – i det bl.a. risikominimeringsformål i forvejen kunne varetages i H1 ApS – forelå der således misbrug, jf. LL § 3, stk. 3 (nu stk. 5).

Samtidig fandt SR at begrundelsen om at A havde indgået en ægtepagt, ikke udgjorde en forretningsmæssig begrundelse da denne ikke relaterede sig til driften af H2, men til A's private forhold.

LSR

LSR's BO-vurdering, er tilsvarende SR' og H2 kunne således *kun* anses for BO af kontantudlodningen på 0,5 mio. kr. og datterselskabsaktierne (H4-H5). Om *øvrigt misbrug* efter LL § 3, stk. 5 (daværende stk. 3) fremførte LSR, at:

”Ifølge selskabet er det ikke hensigten at udlodde yderligere til [A]. Det kan derfor ikke konstateres, at [A] opnår en fordel af [DBO'en] ved oprettelsen af H2 Ltd. ved udlodningen af det resterende kontantbeløb og datterselskabsaktierne, som derfor vil kunne udloddes uden indeholdelse af kildeskat (...)

Landsskatteretten giver herefter selskabet medhold i sin subsidiaire påstand.”

5.4.1. Misbrug af den dansk-singaporeanske DBO?

LSR misbrugsvurdering er – efter min opfattelse – umiddelbart svær at forene med indholdet af LL § 3, stk. 5, idet LSR begrundede at A ikke opnår en DBO-fordel, grundet H2's oplysninger om ikke at udlodde yderligere til A.

En DBO-fordel udgør *all limitations on taxation imposed on the state of source*³⁴⁵, og det burde derfor være uagtet hvorvidt A opnår en direkte fordel eller ej. Såfremt LSR fandt at der *ikke* forelå misbrug,

³⁴⁵ Se Afsnit 4.1.2. Skattefordel / fordel efter bestemmelserne i en DBO.

jf. LL § 3, stk. 5, burde LSR da have begrundet dette med at et af de væsentligste formål ikke var at opnå denne DBO-fordel, eller, at opnåelsen heraf, ville være i overensstemmelse med DBO's formål.

Om LSR herved vurderer at A *havde* godtgjort kommercielle grunde til at stifte H2 er uvist, men kan dog – efter indeværende forfatters opfattelse – *ikke* antages at være tilfældet, idet LSR netop vælger at afgøre sagen med, at der *ingen* DBO-fordel blev opnået for A, på baggrund af H2's oplysninger om, ikke at ville udlodde yderligere til A. Det åbenlyse spørgsmål er da, at hvis *ikke* det væsentligste formål med at stifte H2 var at opnå DBO-fordelen, hvad var formålet da?

I DBO-sammenhæng, eksisterer der (heller) intet overstatsligt organ, der foretager en materiel vurdering af de konkrete sager³⁴⁶. Det følger dog i kommentarerne til PPT³⁴⁷ at:

”A person cannot avoid the application of this paragraph by merely asserting that the arrangement or transaction was not undertaken or arranged to obtain benefits of the Convention.”

Såfremt en fortolkning af LL § 3, stk. 5 skal følge indholdet af kommentarerne til PPT, vil H2's forklaring om, ikke at udlodde udbyttet videre til A, derfor ikke kunne tillægges betydning ”face-value”, idet misbrugsvurderingen netop udgør *en realitetsvurdering*, hvor al dokumentation må afvejes³⁴⁸ for at afgøre det væsentligste formål med arrangementerne, jf. ligeledes ordlyden af LL § 3, stk. 5.

Ligeledes følger det i kommentarerne, at³⁴⁹:

”Where, however, an arrangement can only reasonably be explained by a benefit that arises under a treaty, it may be concluded that one of the principal purposes of that arrangement was to obtain the benefit.”

Efter min opfattelse, ses der ikke at være andre ”fornuftige forklaringer” til at stifte H2, end ønsket om at opnå fordelene ved, at udbytter kan udloddes skattefrit fra H1. LSR's begrundelse af misbrug efter LL § 3, stk. 5, er derfor næppe i overensstemmelse med kommentarerne til PPT – hvilket ellers synes forudsat af lovgiver³⁵⁰. Betydningen af den oplyste ægteskabspagt er dog uvis, men under alle omstændigheder burde LSR have foretaget en realitetsvurdering af dennes eventuelle betydning, jf. ovenstående.

Om LSR herved accepterer at lignende arrangementer ville kunne foretages, er dog umiddelbart for tidligt at konkludere, eftersom LSR netop *ikke* foretager en realitetsvurdering, men udelukkende synes at afgøre sagen med, at der *ikke* blev opnået en DBO-fordel. Såfremt dette dog *er* tilfældet, vil dette kunne medføre en potentiel ”GAAR-mismatch situation”, idet lignende arrangementer ikke umiddelbart kan antages at blive accepteret, i relation til MDD³⁵¹.

³⁴⁶ Folkedomstolen i Haag, foretager udelukkende en vurdering af, hvad kontraherende stater i en traktat, har aftalt.

³⁴⁷ Jf. OECD's BEPS final, action 6, kommentar 11, s. 58 – gengivet i MBO 2017, kommentar 179 til art. 29, stk. 9.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ OECD's BEPS final, action 6, kommentar 10, s. 58 – gengivet i MBO art. 29, stk. 9, kommentar 178.

³⁵⁰ Se Afsnit 3.6. Formålet med LL § 3, stk. 5 (Principal Purpose Test).

³⁵¹ Se Afsnit 4.1.4.1. MDD.

5.5. SKM2021.30.SR – Skattefri fusion, i stedet for likvidation

I sagen, søges udbytteskatten ikke omgået ved misbrug af SEL § 2, stk. 1, litra c), 6. pkt., men ved misbrug af reglerne i FUL. For indeværende behandles da kort, hvorvidt misbrugsvurderingen ved en grænseoverskridende fusion, er ”mildere”, end ved udbytteudlodninger.

I stedet for – som i SKM2017.333.SR – at stifte et EU/DBO-selskab, for herefter at foretage en *likvidation* af det danske holdingselskab – **H1 ApS** – blev der stiftet et EØS/DBO-selskab (**H2 Norge**), efterfulgt af en aktieombytning med H1 og da, en skattefri grænseoverskridende fusion med H1 som det ophørende selskab. Modsat SKM2020.352.SR³⁵², var den personlige aktionær – **A** – med bestemmende indflydelse i H1, jf. LL § 2, *ikke* hjemmehørende i EU/EØS, og A ville derfor blive begrænset skattepligtigt af en likvidationsudlodning, jf. LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c). Stiftelsen af H2 inden fusionen ville da medføre en skattefordel for A, men en skattefri grænseoverskridende fusion, udgør dog ligeledes en skattefordel i sig selv³⁵³.

SKT begrunde, at:

”Der er heller ikke redegjort for, hvordan det vil simplificere koncernstrukturen, at det danske holdingselskab udskiftes med et norsk holdingselskab. Herudover er der ikke oplyst nogen forretningsmæssige årsager til at udskifte det danske holdingselskab med et norsk holdingselskab.”

På baggrund heraf fandt SKT således at der var tale om misbrug, jf. LL § 3, stk. 1-2, idet fusionen ikke var forretningsmæssigt begrundet.

Reglerne i FUL implementerede indholdet af FUD, ligesom Danmark ved LFS 167 gennemførte en GAAR, i relation til misbrug af fordelene i FUD, med hjemmel i FUD art. 15, stk. 1, litra a)³⁵⁴. Hidtil var misbrug heraf da søgt imødegået ved, at visse skattefrie omstruktureringer krævede forudgående tilladelse fra SKAT³⁵⁵. FUD art. 15, stk. 1, litra. a) indeholder *en formodningsregel*, hvor hovedformålet eller et af hovedformålene med en transaktion er skattesvig eller skatteunddragelse, såfremt denne ikke er foretaget ud fra *”forsvarlige økonomiske betragtninger”* (1990) hhv. *”gyldige forretningsmæssige årsager”* (2009) – (på fransk: *”pour des motifs économiques valables”* (FUD, 1990, hhv. 2009) – (på engelsk: *”valid commercial reasons”* (1990, hhv. 2009).

Formodningen, har således slående lighed med *’velbegrundede kommercielle årsager’* efter GAAR i MDD, ligesom formålet om opnåelsen af en skattefordel, *ikke* udgør *’forsvarlige økonomiske betragtninger’*³⁵⁶. EUD har dog hidtil anført at GAAR i FUD skulle fortolkes indskrænkende³⁵⁷ hvilket dog p.ba. BO-dommene ikke antages at være tilfældet længere – snarere tværtimod – eftersom EUD *specifikt* har udtalt, at den fakultative GAAR i FUD, afspejler det EUMP³⁵⁸.

³⁵² Se herom i Afsnit 5.6.1. SKM2020.352.SR.

³⁵³ Jf. ligeledes Afsnit 4.1.2. Skattefordel / fordel efter bestemmelserne i en DBO .

³⁵⁴ Jf. Rådets direktiv 2009/133/EF, art. 15, stk. 1, litra a) (tidligere; Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 art. 11, stk. 1, litra a).

³⁵⁵ Se nærmere herom i SKAT J.V. afsnit C.D.6 Skattefrie omstruktureringer med tilladelse.

³⁵⁶ Jf. sag C-28/95 (Leur Bloem) præmis 47.

³⁵⁷ Jf. sag C-352/08 (Zwijenburg), præmis 46.

³⁵⁸ Jf. sag C-321/05 (Kofoed), præmis 38 og sag C-126/10 (Foggia), præmis 50.

Hvis der således ikke foreligger ”valide” kommercielle årsager til at foretage skattefri fusionen, etableres derfor en formodning om misbrug af fordelene efter FUD, og på den baggrund, anses misbrugsvurderingen efter FUD derfor ikke for ”mildere”, end efter MDD. En fusion, vil da ej heller kunne benyttes til at omgå udbytteskatten og SKT begrundelse i SKM2021.30.SR, forekommer derfor rigtigt.

5.6. Særligt om likvidations- hhv. udbytteudlodninger bestående af datterselskabsaktier

Med SKM2019.349.SR er der i praksis formegentlig påbegyndt en ”tendens”, hvor SKT lader det indgå i misbrugsvurderingen at:

”... **fremtidige udbytter** fra de underliggende datterselskaber kan udloddes (...) uden at de passerer Danmark og dermed uden nogen risiko for dansk kildeskat.” (Min fremhævning.)

En lignende argumentation, ses SKT at anlægge i SKM2021.30.SR og som en del af SKT procedure for LSR i SKM2020.355.SR, som indledningsvist fastslået ved:

”Sagen belyser et principielt spørgsmål: Skal man kunne undgå at betale dansk kildeskat ved at etablere et nyt holdingselskab i udlandet og uden beskatning til følge samtidig udlodde aktier til dette nye holdingselskab, så fremtidigt udbytte kan udloddes skattefrit?”

Som nævnt, er det *de forudgående arrangementer*³⁵⁹ i en koncern der medfører at koncernen nu positionerer sig således, at fordelene ved at kunne modtage skattefri udbytter opnås. Selve *udlodningen* fik dog en mere selvstændig betydning for misbrugsvurderingen i SKM2020.352.SR, jf. straks nedenfor. Spørgsmålet er da om denne har nogen selvstændig betydning for, hvornår udbytter kan udloddes skattefrit?

5.6.1. SKM2020.352.SR

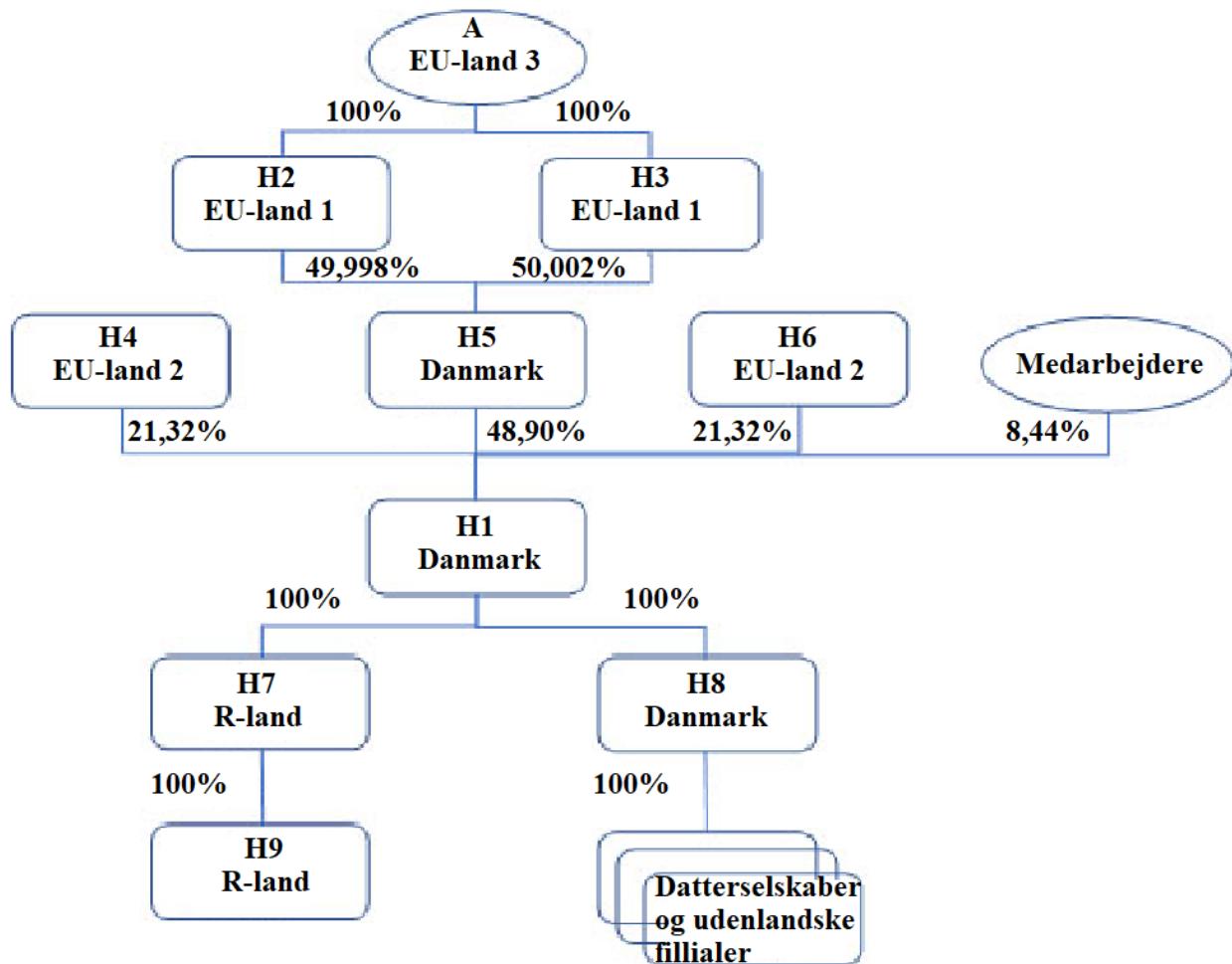
I sagen, ønskede spørger at få bekræftet at ledelsens sæde i H1 ApS, kunne flyttes fra Danmark til EU-land 1, uden at anpartshaverne herved blev avance- eller udbyttebeskattet af de, af H1 ejede danske- og udenlandske datterselskabsaktier.

Personen **A** var hjemmehørende i EU-land 3, med dennes EU-land 3’ske hustru og havde formelt bestemmende indflydelse i **H1**, qua dennes samlede anpart og warrants i H1. I et ej offentliggjort bindende svar af 26. marts 2019, havde A fået SR’s bekræftelse på, at dennes personligt ejede holdingselskab – **H3 SARL** – kunne flyttes fra Danmark til EU-land 1, uden beskatning af A. H3 og **H2**, ejede selskabet **H5 ApS** med 50,002%, hhv. 49,998% og H5, ejede 48,9% af kapitalen i H1.

Koncernstrukturen illustreres som følger³⁶⁰:

³⁵⁹ Se Afsnit 4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.

³⁶⁰ Kilde: Direkte fra det bindende svar, men redigeret, grundet delvis ulæselighed.



H5 påtænkte ligeledes på et senere tidspunkt at flytte fra Danmark til EU-land 1, og SKT fandt at arrangementerne – inklusive den påtænkte fremtidige flytning af H5 ApS – skulle vurderes samlet. Skattefordelen skulle da vurderes i fht. A og bestod ifølge SKT i, at:

”Efter arrangementets endelige gennemførelse sker der ingen dansk beskatning.

Spørgers repræsentant anfører, at den samlede beskatning af A er identisk, uanset hvor H1 hører hjemme. Det er Skattestyrelsens opfattelse, at der med det planlagte arrangement, som medfører, at der ikke længere vil være danske holdingselskaber, opstår en mulighed for at undgå betaling af dansk kildeskat.”

SKT henså dog til det var oplyst, at der ikke vil blive udloddet udbytte fra H1, idet koncernen i en årrække havde været underskudsgivende. Således fandt SKT:

” ... at der kunne opnås en fordel ved arrangementet, men at det ikke kan antages at ville ske.”

SR tiltrådte SKT indstilling og begrundelse, med bemærkningen:

”Det er en forudsætning for afgørelsen, at der ikke vil blive udloddet udbytte indenfor den nærmeste årrække. Hvis der alligevel udloddes udbytte, og det viser sig, at formålet med arrangementet

alligevel var at undgå betaling af dansk kildeskat, kan selskabet ikke støtte ret på afgørelsen. Ligningslovens § 3 vil da kunne anvendes på arrangementet."

5.6.2. En kunstig transaktion

EUD fremfører at misbrug *navnlig* foreligger, når erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige *transaktioner*, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel³⁶¹. Det er derfor formegentlig i overensstemmelse med indholdet af LL § 3, at SKT vurderer hvorvidt selve *transaktionen* er reel.

Spørgsmålet er da hvornår arrangementerne i SKM2020.352.SR *konkret* vil udgøre misbrug, idet flytningen af **H3**, jo i forvejen ville være skattefri for **A**, jf. LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c) e.c. Flytningen af **H1**, ville ej heller udløse beskatning for den direkte aktionær i **H1** – selskabet **H5** – da **H5** fortsat er hjemmehørende i Danmark og umiddelbart, vil LL § 3 derfor først kunne anvendes, når **H5** i fremtiden flytter ledelsens sæde, til EU-land 1. Dette rejser dog spørgsmålet, om det da egentlig er skattefordelen efter MDD, der er hovedformålet med arrangementerne, eller om dette er – som SKT anfører – at bevæge sig ud af den danske beskatningskompetence? I så fald, vil *dette* aspekt da være omfattet af misbrugsvurderingen efter GAAR i MDD, eller udgør dette et aspekt efter GAAR i ATAD1? Og endelig, har dette overhovedet nogen praktisk betydning for misbrugsvurderingen, efter LL § 3?

I sag C-352/08 (Zwijnenburg)³⁶² fandt EUD at såfremt *hovedformålet* med en fusion var at opnå en afgiftsfordel efter Hollandsk ret, vil dette *ikke* kunne begrunde misbrug af fordelene i FUD, eftersom GAAR heri *kun* fandt anvendelse på skatter, som følge af selve fusionen. Umiddelbart, vil den af SKT forfægtede fordel, da ikke kunne anses for omfattet af MDD. Dog kan FUD³⁶³ – som MDD³⁶⁴ – *ikke* antages at skulle fortolkes indskrænkende længere. Det er da ikke utænkeligt at MDD enten kan fortolkes udvidende, eller at det ingen praktisk betydning har, hvilken skattefordel der søges opnået.

Grundet sagens unikke karakter, er præjudikatværdien heraf dog formegentlig yderst begrænset, ligesom SKT vurdering af det subjektive element, næppe udgør en EU-konform fortolkning af LL § 3. Diskussionen forfølges derfor ikke nærmere, idet det dog samtidig ikke kan udelukkes, at likvidations- hhv. udbytteudlodninger i *fremtiden* vil komme til at spille en større selvstændig rolle, i sager vedr. LL § 3, såfremt koncernen ikke kommercielt kan begrunde selve flytningen/udlodningen af datterselskabsaktierne der medfører, at selskaber bevæger sig ud af dansk beskatningskompetence.

5.6.3. Er SKT begrundelse EU-konform?

SKT må klart anse ovenstående for at udgøre en skattefordel, omfattet af LL § 3, og når dette da forudsættes, er problemet at SKT begrunder:

" ... at der kunne opnås en fordel ved arrangementet, men at det ikke kan antages at ville ske."

Om samtidig, at:

³⁶¹ Jf. BO-udbyttedommenes præmis 98.

³⁶² Præmis 50.

³⁶³ Se Afsnit 5.5.SKM2021.30.SR – Skattefri fusion, i stedet for likvidation.

³⁶⁴ Se Afsnit 3.3.Misbrug af MDD – Retten ophører når misbruget begynder.

” ... Spørger ikke (havde) konkretiseret og underbygget, hvorfor de anførte formål er de reelle formål med hjemstedsflytningen.”

Og at:

”Som sagen foreligger oplyst (...) er [der] ikke redegjort for, hvilke forretningsmæssige årsager, der kan være til, at det tomme danske holdingselskab skal flyttes til EU-land 1.”

Ligesom SKT fandt at:

”Ingen af de ovennævnte begrundelser, som spørger har oplyst, udgør en reel forretningsmæssig begrundelse. Spørger har således ikke konkretiseret og underbygget, hvorfor de anførte forretningsmæssige grunde til arrangementet kan begrunde hjemstedsflytningen.”

SKT fandt da, at der *ikke* var kommercielle formål til at tilrettelægge arrangementerne, der medførte den forudsatte skattefordel, og vurderede samtidig:

”... at det ikke er hovedformålet eller et af de væsentligste formål med arrangementet at opnå denne fordel.”

Med henvisning til KHAS, pkt. 4.5.³⁶⁵ anlægger SKT derfor næppe en EU-konform fortolkning, af *den subjektive hensigt*, jf. LL § 3, stk. 1-2, idet de øvrige angivne formål må forekomme – i bedste fald – ubetydelige.

Når det derfor begrundes, at der *ingen* kommercielle årsager er til at foretage arrangementerne, der medfører den forudsatte skattefordel, er det derfor formentlig ikke en EU-konform fortolkning af LL § 3, stk. 1-2, at en skattefordel opnås, men at hovedformålet med arrangementerne ikke er at opnå denne. Umiddelbart, kan visse paralleller da drages til LSR begrundelse i SKM2020.355.LSR, men dog, kan SKM2020.352.SR ikke anses for at have udpræget præjudikatværdi, i relation til misbrug af skattefriheden, ved grænseoverskridende udbytteudlodninger generelt.

5.7. Gælder der et ”minimumskrav” til substansen i holdingselskaber?

I SKM2020.355.SR, gengiver skatteyder artiklen; SR.2018.354³⁶⁶ af Jane Bolander, som en del af dennes procedure for LSR. Jane Bolander fremhæver – hvilket LSR lægger til grund for *ikke* at anse H2 som BO – dét betænkelige i at anvende BO-betragtninger:

”... ved en udlodning til et holdingselskab ud fra betragtninger om, at der på sigt er tænkt en videreudlodning til aktionæren. Det må være tilfældet for rigtig mange holdingselskaber.”

Dette, rejser dog i sig selv det principielle spørgsmål om, hvorvidt et holdingselskab uden substans – udover de civilretlige krav hertil³⁶⁷ – der alene ejer datterselskabsaktier og modtager udbytter herfra, overhovedet kan begrundes kommercielt?

³⁶⁵ Se Afsnit 4.1.4.1. MDD.

³⁶⁶ SR.2018.354 af 21. november 2018: Begrænset skattepligt af udbytteudlodning til holdingselskab i Singapore - beneficial owner og ligningslovens § 3. Af professor Jane Bolander.

³⁶⁷ Jf. sag C-212/97 (Centros).

De norske skattemyndigheder anså i en `Bindende forhåndsuttalelse³⁶⁸ et holdingselskab i Luxembourg for at udgøre dét, som EUD beskriver som et "postkasse" selskab³⁶⁹. I sagen, havde en række investorer (100%), investeret i et norsk joint venture, gennem et fællesejet holdingselskab i Luxembourg (**H1**). De norske skattemyndigheder fandt ikke at H1 Luxembourg var "reelt etableret", og skattefordelen (skattefrihed ved grænseoverskridende udbytteudlodninger efter norsk ret) blev derfor tilsidesat for ca. 23% af investorerne, mens denne blev opretholdt for de resterende ca. 67%, eftersom disse ville være berettiget til skattefordelen, uagtet H1's eksistens.

Det blev i sagen begrundet:

"Den eneste inntekten i Lux Holding vil være utdelinger fra Norge AS. Regnskap, skatteoppgaver ol. vil derfor også være svært oversiktlige. For et selskap med én aksjepost, samt utbytte fra denne, antar direktoratet at heller ikke de øvrige oppgavene gir grunnlag for utøvelse av virksomhet i Luxembourg med deltagelse i det lokale næringsliv.

Dette gjenspeiles også av det faktum at Service som kun har én ansatt, betjener 18 andre tilsvarende selskaper i tillegg til Lux Holding."

På den baggrund blev det vurderet at H1 derfor var "tomt", ligesom dettes etablering ikke blev anset for at være kommercielt begrundet. I sagen havde spørger ikke fremført *risikominimeringsformål*, som baggrund for H1's etablering, og det er derfor uvist hvilken betydning som dette – hvis nogen – ville have haft for udfaldet. Det er dog klart at uden formål om *risikominimering*, forekommer det da også anstrengt i det hele taget at argumenterer for holdingselskaber – uden substans's – kommercielle berettigelse. I sag C-504/16³⁷⁰, fremfører EUD at den omstændighed at et selskabs økonomiske virksomhed, alene består i forvaltning af- og indtægter fra datterselskabsaktier, ikke i sig selv kan begrunde at der foreligger misbrug af MDD, eftersom direktivet *ikke* indeholder noget krav til arten af den økonomiske virksomhed³⁷¹. En lignende opfattelse, synes at kunne spores hos Generaladvokat Kokott i forslag til afgørelse af den ene af BO-udbyttedommene³⁷².

I BO-udbyttedommene fremfører EUD³⁷³, at spørgsmålet om hvorvidt et selskab udgør en *gennemstrømningsenhed* kan godtgøres ved en undersøgelse af selskabets *økonomiske aktivitet*, hvilket især skulle udledes p.ba. bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen, omkostninger, de reelt afholdte udgifter, det beskæftigede personale og, om selskabet havde egne lokaler og udstyr.

Erik Banner-Voigt³⁷⁴ mener at EUD da antageligvis har umuliggjort etablering af EU-holdingselskaber, alene med det formål, at eje datterselskabsaktier. Indeværende forfatter er dog af den opfattelse at det fortsat må gælde, at der *ikke* opstilles minimumskrav til substansen i

³⁶⁸ Jf. Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet, BFU 4/15. Avgitt 16.04.2015.

³⁶⁹ Jf. sag C-196/04 (Cadbury Schweppes), præmis 67. Se nærmere herom i *Afsnit 4.1.4.1. MDD*.

³⁷⁰ Jf. sag C-504/16 (Deister Holding), præmis 73.

³⁷¹ Ibid. præmis 72.

³⁷² Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, fremsat den 1. marts 2018, Sag C-116/16 præmis 55.

³⁷³ Jf. præmis 104.

³⁷⁴ Jf. RR.7.2019.58, EU-Domstolens afgørelser i sagerne om retmæssig ejer. Af advokat Erik Banner-Voigt, partner Bruun & Hjejle.

holdingselskaber som betingelse for, at dette kan støtte ret på MDD, ligesom ”betydelig” substans ej heller i sig selv kan udelukke, at der *ikke* foreligger misbrug af MDD.

Omvendt er det dog klart at *flytningen* af et (tomt) holdingselskab – uden ansatte eller egne lokaler – forekommer svært at begrunde kommercielt, hvorfor *brugen* af holdingselskaber – uden større substans end de civilretlige krav hertil – formegentlig *kun* accepteres, såfremt der er tale om en etablering heraf, i en *helt* nystartet koncern, eller et i forvejen etableret (tomt) holdingselskab, under forudsætning af, at disse udgør BO.

5.8. Kan misbrugsvurderingen ”gradbøjes”?

Eftersom formålet med MDD er at virkeliggøre det indre marked, jf. TEUF art. 115, ved at indføre konkurrenceneutrale beskatningsregler, ved udlodning af overskud mellem selskaber i EU, bliver et afgørende spørgsmål for indeværende forfatter, hvorvidt misbrugsvurderingen, jf. LL § 3, stk. 1-2, er ”lempeligere” såfremt udbyttet forbliver indenfor det indre marked.

BO-udbyttedommene omhandler f.eks. ultimative – og formegentlig også retmæssige – ejere, hjemmehørende udenfor EU, hvor de samlede udbytter udgjorde hele 1,8 mia. kr.³⁷⁵, ligesom mellemholdingselskabet på Cypern var tilnærmelsesvist ”tomt”. Ud fra en umiddelbar betragtning, vil dette da kunne karakteriseres som en noget mere *’aggressiv’* form for skatteplanlægning, end tilfælde, hvor f.eks. en EU-domicileret person, stifter et personligt ejet mellemholdingselskab på Cypern, der da, modtager udbytter fra et dansk holdingselskab, på f.eks. 1,8 mio. kr.

I begge tilfælde er holdingselskaberne på Cypern dog – forudsætningsvist – stiftet med det hovedformål at opnå skattefordelen i MDD art. 5.

EUD anfører at der er et hensyn at tage til *den effektive beskatningen indenfor EU*³⁷⁶, og at dette ikke vil varetages, såfremt BO var hjemmehørende udenfor EU. Spørgsmålet er dog om det har nogen betydning, at *den ultimative ejer* er EU-domicileret og at mellemholdingselskabet – forudsætningsvist – udgør BO.

EUD fremfører³⁷⁷ bl.a., at skattepligtige har ret til at drage fordel af *den indbyrdes skattekonkurrence* der er mellem MS, men at formålet med MDD er at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler og at indførslen af MDD, ikke tilsigtede at afskære MS fra at træffe passende foranstaltninger til at imødegå misbrug af direktivet. Såfremt det da var tilladt at skabe finansielle konstruktioner, med det hovedformål at opnå fordele efter MDD³⁷⁸:

”... ville dette ikke være i overensstemmelse med sådanne formål, men ville derimod være til skade for det indre markeds funktion, idet det ville fordreje konkurrencevilkårene.”

Denne præmis er i litteraturen³⁷⁹ rammede blevet beskrevet som:

³⁷⁵ Jf. BO-udbyttedommenes præmis 41.

³⁷⁶ Ibid. præmis 113.

³⁷⁷ Jf. BO-udbyttedommene, præmis 80.

³⁷⁸ Ibid. præmis 79.

³⁷⁹ Susi Baerentzen, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 50

“... if an interposition of a holding company is solely conducted to maintain a tax advantage that would otherwise disappear as a consequence of a change in the rules, this arrangement is definitely not the result of intervening market forces.”

Opfattelsen tilstøttes og vil da umiddelbart resultere i, at *uagtet* den indbyrdes skattekonkurrence der mellem MS eksisterer – muliggjort grundet den manglende harmonisering på området for de direkte skatter – vil det dog fordreje konkurrencevilkårene (i.e. virke mod formålet med MDD), såfremt det eneste³⁸⁰ formål med at oprette mellemholdingselskabet var, at kunne opnå fordele efter MDD.

Graden af misbrug, beløbets størrelse, oplysninger om de bagvedliggende ejere mv., må da være uagtet, idet *retten ophører, når misbruget begynder*³⁸¹.

5.9. Hvordan skal de kommercielle årsager (den økonomiske realitet) vurderes?

Selvom resultat af SKM2019.413.SR forekommer i overensstemmelse med indholdet af LL § 3, er der dog alligevel aspekter der bør fremhæves. SKT anførte, at:

”Der ses heller ikke at være redegjort for forretningsmæssige årsager til, at holdingselskabet i [EU-land 2], indskydes inden likvidationen af det danske selskab (H3).”

I et dansk perspektiv kan det, som fremhævet at Aage Michelsen³⁸², have spillet en rolle for udfaldet i SKM2006.749.HR³⁸³ at *det overordnede formål* med arrangementerne var at overdrage kapitalandelene til erhverver, hvilket overdrager da (forståeligt³⁸⁴), valgte at gøre på den for overdrager skattemæssigt mest fordelagtige måde. Det overordnede formål var dog klart – at overdrage den pågældende kapitalpost – hvilket alt andet lige, må anses for en *valid* kommerciel årsag.

I SKM2019.413.SR, havde H2 ikke substans i fht. de underliggende datterselskaber i H3, som ikke allerede var at finde i H3, hvorfor der således ingen kommercielle årsager var afspejlet i den økonomiske virkelighed til, at det *nu* var H2 der skulle agere holdingselskab for disse, i stedet for H3. Såfremt dette dog forudsætningsvist *var* tilfældet, burde dét forhold at koncernen lige så vel kunne have *indledt* med at likvidere det danske holdingselskab og da, etableret H2 i EU-land 2, være underordnet for misbrugsvurderingen efter LL § 3. Selvom enkelte trin i arrangementet kan tilsidesættes³⁸⁵, må det dog fortsat gælde at såfremt en skatteyder har flere alternativer, er det ikke pålagt denne at vælge den mest skattebebyrdende ”vej til målet”, så længe selve slutresultatet (målet)

³⁸⁰ Eller hovedformålet. Se Afsnit 4.1.4.1. MDD.

³⁸¹ Se Afsnit 3.3. Misbrug af MDD – Retten ophører når misbruget begynder.

³⁸² Lærebog om indkomstskat 2019, s. 142 ff.

³⁸³ Se kort om sagen i Afsnit 3.2. Misbrug af intern skatteret.

³⁸⁴ Parentes – da dette *ikke* ville have været ”forståeligt” såfremt Højesterets dom, havde fulgt Landsretten som tidligere instans, præmisser.

³⁸⁵ Se Afsnit 4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.

er kommercielt begrundet³⁸⁶ – forudsat at arrangementerne opfylder de civilretlige krav hertil og at de anførte grunde, er proportionelle med skattefordelen³⁸⁷.

Afgørende for om misbrug efter LL § 3 da foreligger, må derfor bero på hvorvidt den økonomiske virkelighed *efter* arrangementernes foretagelse faktisk er en anden, end den, der gjorde sig gældende *før* disse. Misbrug efter LL § 3 vil da foreligge, såfremt koncernstrukturen bringes tilbage til hvor den var før, såfremt ingen effekt heraf, kan måles i den økonomiske realitet i fht. situationen *før* arrangementernes foretagelse. Hvordan den økonomiske realitet da nærmere skal vurderes, er der forskellige opfattelser af, men intet endegyldigt svar på. Susi Baerentzen er fortaler for at inddrage den økonomiske teori til at assistere med denne afvejning³⁸⁸, og bl.a. ses resultatet i SKM2017.333.SR at være baseret på en *nettoopgørelse* af besparelserne ved omstruktureringerne. Denne metode, ses SKT ligeledes at inddrage i SKM2019.413.SR:

”Det er Skattestyrelsens opfattelse, at de årlige udgifter til driften af disse to selskaber skal modregnes i besparelsen ved likvidationen af de to eksisterende holdingselskaber, før nettobesparelsen kan opgøres.”

Det må dog anses for uvist, hvorvidt en kommerciel begrundelse *skal* kunne opgøres i en økonomisk ”gevinst” for, at arrangementerne kan anses for reelle.

³⁸⁶ Jf. ligeledes i denne retning, Generaladvokaten J.Kokott’s forslag til afgørelse af sag C-352/08 (Zwijnenburg), præmis 44. Se ligeledes bl.a. Peter Rose Bjare, Søren Sønderholm: Den nye generelle omgængelsesregel i ligningslovens § 3, SR.2019.110, af 5. marts 2019.

³⁸⁷ Se *Afsnit 4.1.5. Ikke reelt*.

³⁸⁸ Susi Baerentzen, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 38.

6. Konklusion

Grænseoverskridende udbytteudlodninger er som udgangspunkt skattefrie, når et selskab ejer datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 i det udloddende danske selskab og Danmark da, skal fratage eller nedsætte beskatningen efter MDD art. 5, eller MDBO art. 10, stk. 2³⁸⁹, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c), 6. pkt. Efter ordlyden af MDBO art. 10, stk. 2, udgør det en *formel* betingelse for, at kildestaten skal nedsætte beskatningen at den direkte modtager udgør BO, mens kravet dog *ikke* følger direkte af ordlyden efter MDD art. 5. Til trods herfor ses begrebet dog at få en selvstændig betydning i relation til, hvornår EU-kildestaten skal fratage beskatningen, jf. *Afsnit 3.3.*³⁹⁰

Hvordan BO i relation til MDD da nærmere skal fortolkes, er dog uvist, idet EUD synes at anvende begrebet som en indikation på misbrug. Den internationale skatterets *retskildepolycentri* og samarbejdet mellem EU og OECD bevirker formegentlig også at skillelinjen mellem ”BO” og ”øvrigt misbrug” ikke altid er klar, ligesom EUD med BO-udbyttedomme synes at have overflødiggjort GAAR efter MDD, idet det EUMP *altid* finder anvendelse – på samtlige EU-retsakter – og at det EUMP, netop sætter ”den øvre grænse” for, hvor skærpet et indhold som værnsregler kan gives i relation til hensynet om at bekæmpe misbrug.

Klart er dog at der både i DBO- og EU-sammenhæng sondres mellem BO og øvrigt misbrug til trods for at begrebet – i hvert fald i DBO-sammenhæng – ikke skal forstås i *en snæver teknisk betydning*. Dansk adm. praksis er derfor på linje hermed.

Når det da forudsættes at den direkte modtager af en udbytte- eller likvidationsudlodning udgør BO, bliver spørgsmålet om skattefrihed ved grænseoverskridende udbytteudlodninger da et spørgsmål om, hvorvidt der foreligger misbrug af fordelene i MDD art. 5, hhv. MDBO art. 10, stk. 2 (fremover MDD/MDBO), jf. LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5. I den forbindelse, understøttede en nærmere analyse af indholdet af de to GAAR, i specialets *Afsnit 4.*³⁹¹ at der ikke er væsentlig forskel på indholdet heraf.

Misbrug efter LL § 3 beror derfor på en vurdering af hvorvidt *de forudgående arrangementer* i en koncern, jf. *Afsnit 4.1.1.*³⁹² er tilrettelagt med *den subjektive hensigt* at opnå fordelene efter MDD/MDBO og om indrømmelsen heraf da, vil virke *mod formålet* med MDD, hhv. DBO'en. LL § 3 bliver da – som BO-vurderingen – en transaktions(arrangement)-bestemt vurdering, der foretages på koncernplan. Dog er skattesubjekter *uden* skattemæssigt modstridende interesser, formegentlig også underlagt misbrugsvurderingen efter LL § 3, jf. *Afsnit 4.1.3.*³⁹³

Netop en koncerns *subjektive hensigter* bliver af afgørende betydning i relation til den *samlede* misbrugsvurdering efter LL § 3, idet arrangementer, der *alene* eller *hovedsageligt* er tilrettelagt med ønsket om at opnå fordelene efter MDD/MDBO, vil virke mod disses respektive formål, jf. *Afsnit*

³⁸⁹ Se *Afsnit 1.3. Afgræsning og præcisering*, hvor det er forudsat at en konkret DBO, følger indholdet af MDBO 2017, art. 10.

³⁹⁰ *Afsnit 3.3. Misbrug af MDD – Retten ophører når misbruget begynder.*

³⁹¹ *Afsnit 4. Indholdet af LL § 3 – En analyse af misbrugsbetingelserne efter LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5.*

³⁹² *Afsnit 4.1.1. Arrangement, eller serier af arrangementer/ ethvert arrangement eller enhver transaktion.*

³⁹³ *Afsnit 4.1.3. Tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har / et af de væsentligste formål.*

4.1.4.1.³⁹⁴ hhv. Afsnit 4.1.4.2.³⁹⁵. Der må således henses til, hvilke angivne kommercielle (ikke-skattemæssige) formål, som en koncern angiver og såfremt ingen kommercielle formål angives til at foretage arrangementerne der medfører fordelene efter MDD/MDBO, vil misbrug da foreligge, jf. LL § 3. Således, vil holdingselskaber med ”meget” substans, ikke i sig selv kunne afkræfte misbrug og det er derfor i overensstemmelse hermed at SKT i SKM2019.413.SR, ikke afkræfter misbrug, alene grundet det direkte modtagne mellemholdingselskabs ”betydelige” substans. Omvendt, må det dog formegentlig fortsat gælde at et holdingselskab med ”lidt” substans, ikke i sig selv kan begrunde at der foreligger misbrug, jf. Afsnit 5.7.³⁹⁶.

I vurderingen af *hvornår* en subjektiv hensigt efter LL § 3, stk. 1-2, hhv. stk. 5 foreligger, skal KHAS, jf. Afsnit 3.3.1.³⁹⁷, hhv. kommentarerne til PPT, jf. Afsnit 3.6.³⁹⁸ formegentlig inddrages.

SKT anlægger derfor næppe en EU-konform fortolkning i SKM2020.352.SR, jf. Afsnit 5.6.3.³⁹⁹ ved at begrunde at hovedformålet med arrangementerne ikke var, at opnå den forudsatte skattefordel, når det samtidig blev vurderet at der *ingen* kommercielle årsager var godtgjort til at foretage disse. Grundet sagens unikke karakter, kan der dog formegentlig ikke udledes den store præjudikatværdi heraf. Ligeledes, anlægger LSR næppe heller en fortolkning i overensstemmelse med kommentarerne til PPT, i SKM2020.355.SR, jf. Afsnit 5.4.1.⁴⁰⁰, ved ikke at foretage en konkret *realitetsvurdering* af de, af skatteyder anførte grunde. Resultatet af sagen synes derved ikke at besvare det af SKT indledningsvist fremhævede, principielle spørgsmål⁴⁰¹.

Hvis lignende sager kan støtte ret herpå, kan en potentiel ”GAAR-mismatch” situation derfor opstå, i det indeværende analyse af formålet med MDD *netop* har ført til den konklusion, at realitetskravet efter LL § 3, stk. 2 bliver af afgørende betydning for, hvornår misbrug af MDD foreligger, jf. Afsnit 4.1.5.⁴⁰². Kravet synes at indebære at de, af en koncern angivne kommercielle grunde til at foretage arrangementer, der medfører fordelene efter MDD art. 5, netop skal afspejles i den økonomiske virkelighed for at der da – rent faktisk – foreligger et reelt (ikke-kunstigt) arrangement, samt være proportionelle, med den opnåede skattefordel.

Det er således ikke ”nok”, at en koncern angiver kommercielle formål til at foretage de forudgående arrangementer, der medfører fordelene efter MDD art. 5, idet der rent faktisk også skal være en effekt heraf i den økonomiske realitet, der *ikke* gjorde sig gældende før disses foretagelse, jf. Afsnit 4.1.4.1.⁴⁰³. Dog, spillede det formegentlig en betydelig rolle for realitetsvurderingen i SKM2019.349.SR, at det oprindelige formål med et umiddelbart ”tomt” holdingselskab – der opnåede substans ca. 1 år før udbytteudlodningen – allerede var fastlagt 14 år forinden.

³⁹⁴ Afsnit 4.1.4.1. MDD.

³⁹⁵ Afsnit 4.1.4.2. MDBO art. 10, stk. 2.

³⁹⁶ Afsnit 5.7. Gælder der et ”minimumskrav” til substansen i holdingselskaber?

³⁹⁷ Afsnit 3.3.1. Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning (KHAS).

³⁹⁸ Afsnit 3.6. Formålet med LL § 3, stk. 5 (Principal Purpose Test).

³⁹⁹ Afsnit 5.6.3. Er SKT begrundelse EU-konform?

⁴⁰⁰ Afsnit 5.4.1. Misbrug af den dansk-singaporeanske DBO?

⁴⁰¹ Se Afsnit 1.1. Indledning.

⁴⁰² Afsnit 4.1.5. Ikke reelt.

⁴⁰³ Afsnit 4.1.4.1. MDD.

I litteraturen argumenteres der for at den økonomiske teori kan inddrages til at assistere med den skatteretlige realitetsvurdering, jf. *Afsnit 5.9.*⁴⁰⁴ og generelt, synes SKT vurdering heraf da også primært at være baseret på en nettoopgørelse af de, af en koncern anførte besparelser ved f.eks. at omstrukturere sig således at det netop *nu* er et EU-mellemholdingselskab der skal agere direkte moderselskab for det danske datterselskab, jf. hertil således SKM2017.333.SR og SKM2019.413.SR.

I den forbindelse, synes der ej heller at skulle anlægges en mildere misbrugsvurdering, i relation til misbrug af FUD, jf. *Afsnit 5.5.*⁴⁰⁵ og en fusion, vil derfor heller ikke kunne benyttes til at omgå udbytteskatten i stedet for at foretage en likvidationsudlodning. Dog forventes *dét*, af SKT fremhævede aspekt der baseres på at *fremtidig* dansk kildeskat undgås ved en grænseoverskridende likvidations- hhv. udbytteudlodning bestående af datterselskabsaktier, at få en stadig mere fremtrædende rolle i fremtidige sager vedr. LL § 3, eventuelt baseret på, at ingen kommercielle grunde angives til at likvidere det danske holdingselskab, hhv. udloddede datterselskabsaktierne i dette, jf. *Afsnit 5.6.2.*⁴⁰⁶

Dog må det fortsat gælde, at hvis en skatteyder har et overordnet kommercielt formål og denne kan vælge at foretage visse arrangementer, der er skattemæssigt mere fordelagtige end andre, samt civilretligt gyldige, må denne forsat være berettiget til skattefordelen efter MDD/MDBO, forudsat, at de kommercielle grunde er proportionelle med skattefordelen ved at kunne modtage grænseoverskridende udbytter skattefrit, jf. *Afsnit 5.9.*⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ *Afsnit 5.9. Hvordan skal de kommercielle årsager (den økonomiske realitet) vurderes?*

⁴⁰⁵ *Afsnit 5.5. SKM2021.30.SR – Skattefri fusion, i stedet for likvidation.*

⁴⁰⁶ *Afsnit 5.6.2. En kunstig transaktion.*

⁴⁰⁷ *Afsnit 5.9. Hvordan skal de kommercielle årsager (den økonomiske realitet) vurderes?*

7. Bidrager LL § 3 med noget nyt?

Aage Michelsen⁴⁰⁸ fremfører:

”En omgåelsesklausul er i sagens natur rettet mod helt særlige tilfælde, hvor skatteyderen på illoyal måde har ladet skattehensyn være afgørende for sine transaktioner, og som derfor ikke skal accepteres i skattemæssig henseende. Anvendelsesområdet for en sådan klausul lader sig derfor ikke beskrive i andet end i overordnede termer og vage erklæringer (...).”

Opfattelsen tilstøttes og forstås således at GAAR – i sagens natur – er principbaserede (*general in nature*⁴⁰⁹) og de forskellige udtryk man da eventuelt kan give disse, derved ikke synes at spille nogen rolle af retlig betydning, i det principperne er ens – at undgå illoyal skattetænkning. *Hvornår* det da vil virke mod formålet med skatteretten at indrømme fordele, kan derfor rammende beskrives:

*”... ud fra en bredere og mindre eksplicit formuleret antagelse om, hvad der må **antages** at have været lovgivers udtrykkelige hensigt med de pågældende lovregler.”*⁴¹⁰ (Min fremhævning).

Legitimiteten til at anvende en sådan tilgang, kan da beskrives ved at:

*”Skatterne er nødvendige for at finansiere samfundets almindelige fællesopgaver og opnår [dermed] en høj grad af politisk legitimitet ved denne funktion.”*⁴¹¹

Navnlig *manglende forretningsmæssige grunde* til at foretage arrangementer, der medfører skattefordelene, hhv. *manglende økonomisk risiko*, har fået afgørende betydning i hidtidig retspraksis for at statuere misbrug (illoyal skattetænkning) af skattefordele.

De mest markante eksempler herpå er SKM2016.16.HR (Færødommen) og TD-dommene I og II, hvor Højesteret i U 2014.2742.H (TD I) fandt at den økonomiske realitet, skulle vurderes på *koncernplan* – modsat Øste Landsret (SKM2012.534.ØLR), der som tidligere instans, alene vurderede effekten isoleret set, i fht. de enkelte koncernselskaber. Det er derfor m.a.o. afgørende, hvorvidt der indtræder en anden økonomisk virkelighed, for *den samlede* koncern for at skattefordele – som følge af arrangementerne – indrømmes.

Ovenstående, har slående ligheder med *’realitetskravet’* i LL § 3, stk. 2⁴¹² og på den baggrund, forekommer det derfor anstrengt at konkludere andet end at selve misbrugsvurderingen efter LL § 3, stk. 1-2, antageligvis er den samme som før indførelsen heraf, hvilket dog eventuelt ikke har været tilfældet, i samtlige MS.

Selvom *manglende* kommercielle grunde, for det meste har afgørende betydning for, hvorvidt et arrangement virker mod en retsakts formål, kan dette dog ikke uden videre antages at gøre sig gældende i relation til *alle* retsakter, i det, ikke alle retsakter forfølger det samme formål og har den

⁴⁰⁸ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 136 ff.

⁴⁰⁹ Susi Baerentzen: Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? s. 4.

⁴¹⁰ Lærebog om indkomstskat 2019, s. 141.

⁴¹¹ Legalitetskravet ved beskatning – de forfatnings- og forvaltningsretlige rammer, Jacob Graff Nielsen, 2003, s. 111

⁴¹² Se *Afsnit 4.1.5. Ikke reelt*.

samme hensigt, jf. til støtte herfor SKM2020.39.SR. I SKM2017.276.VLR blev det ligeledes tillagt afgørende vægt at der skete *en reel formueforskydning*, der indebar en økonomisk risiko.

Indførslen af LL § 3, kan derfor heller ikke antages at medføre at misbrugsvurderingen, i *alle* tilfælde udgør *den samme*, idet en anden opfattelse vil føre til at f.eks. ATAD1 art. 7 – omhandlede tilnærmelse af MS'ers CFC-regler – udgør en "for mild" SAAR, i det at artiklen udelukkende baseres på at "*abuse is absent where economic substance is present*". Præmiserne i sag C-196/04 (Cadbury Schweppes) må derfor fortsat – i denne henseende – anses for opretholdt, og MS vil derfor formegentlig ikke kunne opstille krav om kommercielle begrundelser til, at en koncern etablerer et CFC-selskab i f.eks. Irland, eller på Cypern.

Dog ses EUD's *case-law* at udvikle sig over tid og f.eks. blev hensynet om at modvirke skatteunddragelse i sag 270/83 afvist som argument for at kunne fravige det grundlæggende princip om etableringsfriheden⁴¹³. Fremtidige sager, må derfor forventes at bidrage yderlige til afgrænsningen mellem *brug*, hhv. *misbrug* af primære- såvel som sekundære EU-retsakter.

8. BBC – Biden, Brexit og Corona. Flere harmoniseringstiltag, i international- og EU-retlig henseende?

Med Bidens tiltrædelse som præsident, forventer indeværende forfatter umiddelbart at USA får en mere international tilgang til globale affærer⁴¹⁴, men hvorvidt- og i hvor stort omfang at denne tilgang dog også følger på den internationale skatterets område, er uvist. USA har fortsat ikke tilsluttet sig MLI⁴¹⁵.

I EU-retlig henseende, må der dog forventes flere på harmoniseringstiltag, på skatterettens område generelt⁴¹⁶ – især i kølvandet på bl.a. Storbritanniens udmelding af EU-samarbejdet, samt de store økonomiske udfordringer, mv., som Corona-krisen forventes at medfører. Derved må der ligeledes, efter indeværende forfatters opfattelse, forventes flere harmoniseringstiltag mod international skatteundgåelse generelt. Det såkaldte "BEPS 2.0."⁴¹⁷ må da efter omstændighederne også kunne forventes at komme til at spille en rolle – på samme vis som ATAD1⁴¹⁸ i dets hele, er baseret på rapportererne i OECD's BEPS projekt.

⁴¹³ Jf. sag 270/83, præmis 25.

⁴¹⁴ hvilket f.eks. USA's nylige genindtræden i WHO og Prisaftalen vidner om. Se: <https://unric.org/da/usa/genindtraeder-i-who-og-parisaftalen/>

⁴¹⁵ SR.2020.34: Løsning af international dobbeltbeskatning ved voldgift - OECD's multilaterale konvention. Af dr. jur. Jens Wittendorff.

⁴¹⁶ Se hertil: MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDET EN HANDLINGSPLAN FOR EN RETFÆRDIG OG ENKEL BESKATNING TIL STØTTE FOR GENOPRETNINGSSTRATEGIEN COM/2020/312 final.

⁴¹⁷ OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS Addressing the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy.

⁴¹⁸ Jf. direktivets betragtning 1,2 og 3 i dettes præambel.

9. Materialeliste

9.1. Lov

Lovbekendtgørelse nr. 806 af 08/08/2019, § 3

Lov nr. 1726 af 27/12/2018

Lovforslag nr. L 167 som fremsat, Folketingets samling 2014/15 af 20. marts 2015, Folketingstidende A

Lovforslag nr. L 28 som fremsat, Folketingets samling 2018/19 af 3. oktober 2018, Folketingstidende tillæg A

Høringsskema til LFS 167: Skatteudvalget 2014-15, L 167 Bilag 1

Høringsskema til LFS 28 A: Skatteudvalget 2018-19 L 28 Bilag 1, L 28 A Bilag 1, L 28 B Bilag 1

BKI nr 34 af 29/04/1980: Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten

9.2. Retspraksis

TfS 1993.60 H

TfS 1998.99.HR

TfS 1999.289 H

TfS 2003.333 H

SKM2006.749.HR

SKM2012.121.ØLR

U 2014.914.H

SKM2016.16.HR

U 2014.2742.H og U 2018.2166.H (TopDanmark I og II)

SKM2017.276.VLR

U 2017.824 H

9.3. Administrativ praksis

SKM2012.26.LSR

SKM2017.333.SR

SKM2019.349.SR

SKM2019.413.SR

SKM2020.205.SR

SKM2020.282.SR

SKM2020.352.SR (tidligere SKM2018.466.SR)

SKM2020.355.SR

SKM2020.559.SR

SKM2021.30.SR

Norsk administrativ praksis

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet, BFU 4/15. Avgitt 16.04.2015

9.4. Direktiver

Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (HISTORISK).

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.

RÅDETS DIREKTIV 2009/133/EF af 19. oktober 2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater.

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

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.

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.

9.5. Kommissionens forslag til direktiver, samt henstilling

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

COM(2016) 26 final 2016/0011: Forslag til RÅDETS DIREKTIV om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde.

2012/772/EU: Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning.

9.6. Praksis fra EU-domstolen

Sag 6/64 (Costa Enel)

Sag 282/81

Sag 270/83

Sag 322/88 (Grimaldi)

Sag C-106/89 (Marleasing)

Sag C-212/97 (Centros)

Sag C-403/01 (Pfeiffer)

Sag C-196/04 (Cadbury Schweppes)

Sag C-212/04 (ELOG)

Sag C-311/06 (Cavallera)

Sag C-352/08 (Zwijnenburg)

Sag C-6/16 (Eqiom Enka)

De forenede sager C-504/16 og C-613/16 (Deister Holding)

De forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 (Renter og royalties)

De forenede sager C-116/16 og C-117/16 (Udbytter)

9.7. Arbejde i OECD-regi

OECD's modelbeskatningsoverenskomst fra 1963, med kommentarer

OECD's modelbeskatningsoverenskomst fra 1977, med kommentarer

OECD's modelbeskatningsoverenskomst fra 2000, med kommentarer

OECD's modelbeskatningsoverenskomst fra 2003, med kommentarer

OECD's modelbeskatningsoverenskomst fra 2014, med kommentarer

OECD's modelbeskatningsoverenskomst fra 2017, med kommentarer

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report.

9.8. Bøger, juridiske afhandlinger, mv.

Baerentzen, Susi: *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?*⁴¹⁹

Bundgaard, Jacob, Ramsdahl Sørensen, Dennis, Winther Sørensen, Niels (red.): *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug af skatteretten, København, december 2015*. ISBN: 978-87-92598-40-0

Bundgaard, Jacob: *Skatteret & civilret, Et bidrag om skatte- og civilrettens interdisciplinære relationer til videreudvikling af skatterettens almindelige del*.

Fenger, Niels, P. Broberg, Morten – *Præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen*, 1. udgave, 2008. ISBN: 9788757412468.

⁴¹⁹ https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/European%20Union_International%20-%20Danish%20Cases%20on%20the%20Use%20of%20Holding%20Companies%20for%20Cross-Border%20Dividends%20and%20Interest%20%E2%80%93%20A%20New%20Test%20to%20Disentangle%20Abuse%20from.pdf

Graff Nielsen, Jacob: *Legalitetskravet ved beskatning – de forfatnings- og forvaltningsretlige rammer*. København 2003. ISBN 87-619-0539-9.

Koerver Schmidt, Peter, Tell, Michael, Dyppel Weber, Katja: *International Skatteret i et dansk perspektiv*, GPS group, 2015. ISBN: 978-87-412-5798-3

Lang, Michael: Introduction to the Law of Double Taxation Conventions, 4.2.1. Autonomy of DTC law.⁴²⁰

Michelsen, Aage, m.fl.: *Lærebog om indkomstskat*, DJØF forlag, København 2019. ISBN: 978-87-574-4356-1

Madsen, Peter Hedegaard, *Grundlæggende EU-forfatningsret*, 1. udgave, København 2007. ISBN: 978-87-7241-271-9.

Madsen, Peter Hedegaard, *Grundlæggende EU-forfatningsret*, 2. udgave, København 2011. ISBN 9788757493382.

Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, Djøf forlag, 2. udgave, 2018. ISBN 9788757442441.

Neergaard, Ulla, Nielsen, Ruth, Neergaard – *EU ret*, 2016, 7. udgave. ISBN: 9788761938473

9.9. Juridiske artikler

SR.1996.183 af 1. januar 1996, Retskildepolycentri i skatteretten. Af professor Aage Michelsen.

TfS 2004, 719 Civilrettens styring af skatteretten - belyst gennem en redegørelse for de skatteretlige virkninger af ugyldighed og misligholdelse af aftaler. Af adjunkt, ph.d. Nikolaj Vinther.

U.2008B.197 af 1. januar 2008: Om den skatteretlige realitetsgrundsætning og grundlovens § 43, de europæiske menneskerettigheder samt EU-rettens retsgarantier for borgerne. Af professor, dr.jur. Jan Pedersen.

U.2009B.220 af 1. januar 2009: Duplik om den skatteretlige realitetsgrundsætning. Af professor, dr.jur. Jan Pedersen.

TfS 2014, 732 af 10. oktober 2014. Exitskat og henstandssaldoen - er der fradrag for renter? Om ministersvar og lovfortolkning. Af lektor, ph.d. Anders Nørgaard Laursen.

U.2014B.293 Forarbejders retskildeværdi i EU-retten. Af professor, dr.jur. Niels Fenger.

RR.SM.2016.8 Kommentarer til udvalgte afgørelser - SKM2016.281.HR - rette indkomstmodtager og udbytte. Af lektor, ph.d., Anders Nørgaard Laursen.

U.2017B.413 EU-charteret og grundlovens § 20. Af professor, dr. jur. Jens Kristiansen.

SU 2017, 197 af 24. august 2017: OECD/G20's multilaterale instrument (MLI) - et dansk perspektiv. Af dr. Jur. Jens Wittendorff.

⁴²⁰https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5059796/mod_resource/content/0/Lang_Introduction_4_interpretation.pdf

SR.2017.315 af 23. november 2017. Mellem brug og misbrug: Hvor GAAR grænsen? - nogle kritiske bemærkninger til SKM2017.333.SR. Af professor, ph.d. Anders Nørgaard Laursen.

RR.6.2017.22 af 2. juni 2017 - International skatteflugt Del I Skatteflugtsproblemet - Juridisk, Økonomisk og Politisk, Af professor, dr. jur. Jan Pedersen.

RR.7.2017.46 af 30. juni 2017 - International skatteflugt Del II Imødegåelse af skatteflugt, Af professor, dr. jur. Jan Pedersen.

RR.8.2019.24: Jens Wittendorff, OECD's multilaterale konvention.

RR.12.2018.71 af 4. december 2018 Kommentarer til udvalgte afgørelser - Skattemæssig kvalifikation af en udenlandsk fond og forholdet mellem intern ret og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne (SKM2018.376.HR). Af lektor, ph.d., Anders Nørgaard Laursen.

SU 2018, 172 Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 Ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR. Af Jakob Bundgaard, Louise Fjord Kjærsgaard og Michael Tell.

SR.2018.293 af 1. oktober 2018: Hjemmelsgrundlaget for Skats instruks om sagstilsikring. Af dr.jur. Niels Winther-Sørensen.

SR.2018.354 af 21. november 2018: Begrænset skattepligt af udbytteudlodning til holdingselskab i Singapore - beneficial owner og ligningslovens § 3. Af professor Jane Bolander.

RR.7.2019.58 af 3. juli 2019. EU-Domstolens afgørelser i sagerne om retmæssig ejer. Af advokat Erik Banner-Voigt, partner Bruun & Hjejle.

SR.2019.324 International skatteret 2018-2019. Af lektor, ph.d., Anders Nørgaard Laursen.

RR.SM.2020.6 af 3. juni 2020: Kommentarer til udvalgte afgørelser Aktieombytning: udbytte eller aktieavance? – nogle bemærkninger om omgåelse mv. (SKM2020.98.SR og SKM2019.232.SR). Af professor, ph.d. Anders Nørgaard Laursen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet.

9.10. Hjemmesider, mv.

• [Worldwide export trade volume 1950-2019 | Statista](#)

https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/daily_update_e/merch_latest.pdf

<https://www.oecd.org/tax/beps/>

<https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>

<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>

nde, ma der dog forventes flere pa harmoniseringstiltag, pa skat
i kølvandet af EU-samarbejde
dringer, mv. af EU-samarbejde
forfatters medfører. Derved r
enerelt. Det oniseringstiltag m
ne til at spille efter omstændigheder
D's BEPS p TAD1⁴¹⁸ i dets he

Ordoptælling ? X

Statistik:

Sider	65
Ord	21.718
Tegn (uden mellemrum)	122.734
Tegn (med mellemrum)	143.934
Afsnit	549
Linjer	1.752

Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter

Luk