

Armslængdeprincippet indflydelse på misbrugsvurderingen

- samspillet mellem LL § 2, LL § 3 og EU-Domstolens misbrugsdoktrin

Kandidatafhandling, den 15. maj 2025

Juridisk Institut, Aalborg Universitet

Cand.merc.(jur.)

Forfatter: Christian Krogh-Hansen

Vejleder: Susi Hjorth Bærentzen

The Influence of the Arm's Length Principle in the Abuse Assessment
– the interplay between section 2 and section 3 of the Danish Tax Assessment Act and the EU
doctrine of abuse

Studienr. 20205833

Antal anslag: 138.761

Abstract

This thesis seeks to explore the relation between the transfer pricing arm's length principle in section 2 of the Danish Tax Assessment Act (LL § 2) and the general anti-avoidance rule in section 3 of the Danish Tax Assessment Act (LL § 3). The influence of the Court of Justice of the European Union on Danish law has been included. To examine the relationship between section 2 and section 3 of the Danish Tax Assessment Act (LL § 2 and LL § 3), it is necessary to analyze and establish the connection between the case law of the Court of Justice of the European Union and its interpretation in Danish law.

The focus of the thesis is an examination, through a legal dogmatic method, of whether a complying arm's length principle will exclude abuse according to the abuse doctrine developed by the Court of Justice of the European Union. Furthermore, there will be an analysis on if a deviation from the arm's length principle will express abuse according to the abuse doctrine developed by the Court of Justice of the European Union.

Through an analysis of the Court of Justice of the European Union case law, and relevant Danish administrative rulings the thesis address the potential overlap and interplay between a general-anti avoidance rule and a specific anti-avoidance rule. Furthermore, it will discuss the legal predictability and certainty challenges when a taxpayer complies with a specific anti-avoidance rule but still can get denied by a general anti-avoidance rule.

The relevant case law from the Court of Justice of the European Union, is including *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) C-311/08*, *Hornbach-Baumarkt AG C-382/16*, *Lexel AB C-484/19* and *X BV C-585/22*. It is further used to illustrate how abuse is determined on both objective and subjective elements.

Based on the analysis, it is concluded that a complying arm's length principle will not necessarily exclude abuse. It must be followed by commercial justification, business reasons and economic reality. A deviation from the arm's length principle doesn't necessarily determine an example of abuse, if it can be reasoned by commercial justification, business reasons and economic reality. The analysis finds that the arm's length principle plays a significant role in the assessment of abuse in intra group transactions. The arm's length principle cannot, by itself be the decisive factor in an assessment of tax abuse. It must be supported by other relevant circumstances.

Indholdsfortegnelse

FORKORTELSER:	1
1. INDLEDENDE	2
1.1. INDLEDNING	2
1.2. PROBLEMFORMULERING	3
1.3. METODE	3
1.4. AFGRÆNSNING	5
2. JURIDISKE RAMMER	7
2.1. GENERELT OM GAAR	7
2.2. ANVENDELSESOMRÅDE	8
2.2.1. <i>Et arrangement eller serier af arrangementer,</i>	9
2.2.2. <i>Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene,</i>	9
2.2.3. <i>At opnå en skattefordel,</i>	10
2.2.4. <i>Som virker mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret, og</i>	10
2.2.5. <i>Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder</i>	10
2.2.6. <i>Hvordan defineres skatteretligt misbrug?</i>	11
2.2.7. <i>Ikke reelle arrangementer – rent kunstige arrangementer</i>	12
2.3. GRUNDPRINCIPPER I TRANSFER PRICING	13
2.3.1. <i>Ligningslovens § 2</i>	14
2.3.2. <i>OECD MDBO ART 9</i>	14
2.3.3. <i>OECD Transfer Pricing Guidelines</i>	15
2.4. TRANSFER PRICING SOM SKATTEPLANLÆGNINGSVÆRKTØJ	16
2.5. AGGRESSIV SKATTEPLANLÆGNING	17
2.5.1. <i>Det rindende vands princip</i>	18
2.6. GAAR OG SAAR	19
3. JURIDISK ANALYSE	21
3.1. LIGNINGSLOVENS § 3 – ADMINISTRATIVE AFGØRELSE	21
3.1.1. <i>SKM2020.39.SR</i>	21
3.1.2. <i>SKM2021.30.SR</i>	22
3.2. DET EU-RETTLIGE MISBRUGSDOKTRIN I HENHOLD TIL ARMSLÆNGDEPRINCIPPET	25
3.2.1. <i>C-311/08 Société de Gestion Industrielle SA (SGI)</i>	25
3.2.2. <i>C-382/16 Hornbach-Baumarkt AG</i>	29
3.2.3. <i>C-484/19 Lexel AB</i>	32
3.2.4. <i>C-585/22 X BV</i>	35
4. SAMMENKOBLING AF EU-DOMSTOLENS PRAKSIS MED LL § 2 OG LL § 3.	42
4.1. ARMSLÆNGDEPRINCIPPETS INDFLYDELSE	42
4.1.1. <i>Overholdelse af armslængdeprincippet</i>	42
4.1.2. <i>Manglende overholdelse af armslængdeprincippet</i>	43
4.1.3. <i>Elementer fra armslængdevurderingen der kan have indflydelse på misbrugsvurderingen</i>	44
4.2. BETYDNING FOR ANVENDELSEN AF LL § 3	45
4.2.1. <i>Retssikkerhed</i>	46
5. KONKLUSION	48
LITTERATURLISTE	50

Forkortelser:

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development

ATAD – Anti-Tax Avoidance Directive (skatteundgåelsesdirektiv, direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016)

GAAR – General Anti-Avoidance rule

SAAR – Specific Anti-Avoidance Rule

TAAR – Targeted Anti-Avoidance Rule

BEPS – Base erosion and profit shifting

LL – Ligningsloven

SEL – Selskabsskatteloven

ABL – Aktieavancebeskatningsloven

PPT – Principal Purpose Test

1. Indledende

1.1. Indledning

Skattelovgivning er et komplekst retsområde, der er under konstant udvikling og i høj grad dynamisk. Dette skyldes national og international skatteudnyttelse, der har medført en række regler, der skal imødegå misbrug og sikre, at skatteydere bliver beskattet retmæssigt.¹ Behovet for en fyldestgørende skattelovgivning er stort, eftersom den internationale og globaliserede verden udvikler sig konstant. Med internationale og globaliserede koncerner, er der risiko for komplekse aggressive skatteplanlægnings strategier, som potentielt kan udhule skattegrundlaget.² Der er således også stor fokus på netop erhvervslivet og multinationale koncerner i forbindelse med misbrug af skatteretten.³ Omvendt må erhvervslivet og multinationale koncerner ikke blive pålagt for store administrative byrder.

Den generelle omgåelsesregel i skatteundgåelsesdirektivet artikel 6 og efterfølgende ligningslovens § 3, udgør en central del af EU's værktøjer mod bekæmpelsen af aggressiv skatteplanlægning. Ligningslovens § 3 er et af Danmarks mest væsentlige tiltag mod skatteundgåelse. Reglen giver skattemyndighederne et bredt redskab til at imødegå misbrug i en verden, hvor grænsedragningen mellem lovlig skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning kan være svær at identificere på grund af komplekse strukturer.⁴ At indføre et redskab der spænder bredt, og fungerer som et sikkerhedsnet, kan have en effekt på forholdet mellem retssikkerheden og hensynet om at imødegå misbrug af skatteretten.⁵ Netop dette er en svær balance, som skal afvejes.

Danmark har flere specifikke skatteretlige værnsregler, der har til formål at imødegå en udhuling af skattegrundlaget og bekæmpe skatteundgåelse. En af de bestemmelser, der fylder en stor del hos både skattemyndighederne og skatteyderne er transfer pricing-reglen i ligningslovens § 2.⁶ Bestemmelsen indeholder armslængdeprincippet, der er indsat for at sikre koncernforbundne selskaber, ikke aftaler priser og vilkår, der ikke var blevet indgået uden et koncernforhold.⁷ På den ene side, er det nødvendigt for koncernforbundne selskaber at styre priser og vilkår, eftersom det kan have stor indflydelse på det samlede overskud. På den anden side, muliggør handel mellem koncernforbundne selskaber at fastsætte priser og vilkår, der kan medføre skattemæssige fordele.

Med både specifikke værnsregler og en generel omgåelsesregel, som potentielt kan finde anvendelse på samme transaktion, disposition og arrangement, opstår der et interessant grænseområde og spændingsfelt.

¹ (CNS/2016/0011, 2016, s. 3)

² (Aggressive tax planning indicators - Final Report, 2017, s. 21)

³ (Ravn, 2015, s. 177)

⁴ (Aggressive tax planning indicators - Final Report, 2017, s. 23)

⁵ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 2)

⁶ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 11)

⁷ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 304)

Formålet med denne afhandling er derfor at undersøge, hvordan samspillet mellem armslængdeprincippet i ligningslovens § 2 og den generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3, skal forstås i henhold til EU-Domstolens misbrugsdoktrin, dansk retspraksis og fortolkningen heraf.

1.2. Problemformulering

Hvilken indflydelse har armslængdeprincippet på misbrugsvurderingen i EU-retten og dansk ret, og hvilken betydning har det for samspillet mellem armslængdeprincippet og den generelle omgåelsesregel i LL § 3, herunder i forhold til LL § 2?

1.3. Metode

Afhandlingen anvender den retsdogmatiske metode med henblik på at beskrive og analysere gældende ret (de lege lata).⁸ Formålet er at beskrive og analysere retstilstanden, for at kunne besvare problemformuleringen. Problemformuleringens hovedfokus er ligningslovens § 3, hertil hvordan armslængdeprincippet, jf. ligningslovens § 2, har indflydelse på misbrugsvurderingen. For at kunne besvare problemformuleringens hovedfokus om retstilstanden, inddrages fortolkningskilder fra EU og OECD.

Udover den klassiske juridiske tilgang, søger afhandlingen at besvare problemformuleringen med en erhvervsjuridisk tilgang. Analysen fokuserer både på løsning af tvister, men forsøger at virke præventivt ved at forebygge tvister gennem anvendelse af retsreglerne.⁹

Ligningsloven er den primære nationale retskilde i afhandlingen, mere specifikt behandles ligningslovens § 2 og ligningslovens § 3. Forarbejderne til ligningslovens § 3, anvendes med henblik på at fastlægge formålet og hensigten med bestemmelsen, i overensstemmelse med en direkte objektiv tilgang til fortolkningen.¹⁰ For at understøtte anvendelsesområdet, indgår administrativ praksis som en del af afhandlingen. Administrativ praksis er ikke bindende for domstolene, men kan tillægges fortolkningsmæssig betydning.¹¹ Af administrativ praksis anvendes SKM2020.39.SR og SKM2021.30.SR, direkte i den juridiske analyse, for at undersøge specifikke fortolkningsbidrag. SKM2020.39.SR og SKM2021.30.SR anvendes for at analysere Skattestyrelsens måde at anvende ligningslovens § 3 og hvordan en værnsregel indgår i dette. Derfor anvendes dette analogt til forholdet mellem ligningslovens § 3 og armslængdeprincippet i ligningslovens § 2.¹² De to afgørelser fra Skatterådet giver ikke et fyldestgørende billede af anvendelsesområdet, men giver derimod en indikation. For at kunne præcisere var det nødvendigt med yderligere dokumentation. Den juridiske vejledning indgår i afhandlingen for at afdække Skattestyrelsens syn på skattereglerne og hvordan myndigheden fortolker disse. Den juridiske vejledning bliver ikke brugt som en retskilde, men indgår

⁸ (Munk-Hansen, 2018, s. 204)

⁹ (Munk-Hansen, 2018, s. 148)

¹⁰ (Munk-Hansen, 2018, s. 304-305)

¹¹ (Munk-Hansen, 2018, s. 332)

¹² (Munk-Hansen, 2018, s. 306)

som fortolkningsbidrag, eftersom Skattestyrelsen syn, erkendes som vigtig i forhold til afhandlingen.¹³

EU-rettens retskilder består af primærretten, som indeholder traktatgrundlag, grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper.¹⁴ Yderligere består den af bindende sekundær regulering, som er forordninger, direktiver og afgørelser. Ydermere består retskilderne af soft law, retspraksis og folkeret.¹⁵ Medlemsstater i EU er forpligtet til at implementere den retstilstand der søges med sekundær regulering som direktiver fra EU, jf. TEUF art. 288, stk. 3.¹⁶ I 2018 blev lovforslaget L 28 A, jf. lov nr. 1726 af 27. december 2018 vedtaget, og skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 blev derfor implementeret i dansk lovgivning. Ligningslovens § 3, skal fortolkes i overensstemmelse med princippet om EU direktivkonform fortolkning.¹⁷ Når der træffes afgørelse om EU-retlige omstændigheder i nationale domstole, har disse pligt til at rette sig efter EU-Domstolens fortolkninger.¹⁸ Af den grund vægtes EU-Domstolens afgørelser Société de Gestion Industrielle SA (SGI) C-311/08, Hornbach-Baumarkt AG C-382/16, Lexel AB C-484/19 og X BV C-585/22 som indgår i den retsdogmatiske analyse, at have høj præjudikatværdi. Formålet med at inddrage dommene fra EU-Domstolen, er ikke at foretage en udtømmende analyse af dommene, men udelukkende at undersøge hvilken betydning armslængdeprincippet har for misbrugsvurderingen. Der vil være behov for at klarlægge faktum i dommene, men hensigten er rettet mod at analysere armslængdeprincippets indflydelse. Dommene vedrører specifikt koncerninterne lån. Det er ikke hensigten at begrænse analysens til udelukkende koncerninterne lån, men at anvende disse domme til bredere overvejelse omkring armslængdeprincippets anvendelsesområde og grænse i forhold til LL § 3.

Der vil i henhold til ovenstående inddrages generaladvokatens forslag til afgørelse. Generaladvokaterne har samme kvalifikationer som EU-Domstolens dommere, men forslaget til afgørelse er ikke bindende for EU-Domstolen.¹⁹ Generaladvokaternes forslag inddrages, fordi det indeholder stærke overvejelser. Særligt er det aktuelt i forhold til X BV C-585/22, som er af nyere dato.

Armslængdeprincippet i ligningslovens § 2 skal fortolkes i overensstemmelse med OECD modeloverenskomstens artikel 9 om forbundne foretagender. Modeloverenskomstens artikel 9, tillægges retskildeværdi som et primært fortolkningsmiddel.²⁰ Det følger, at ligningslovens § 2 og armslængdeprincippet skal fortolkes i overensstemmelse med OECD modeloverenskomsten artikel 9, og OECD Transfer Pricing Guidelines.²¹

¹³ (Hansen & Werlauff, 2016, s. 164)

¹⁴ (Neergaard & Nielsen, 2020, s. 121)

¹⁵ (Neergaard & Nielsen, 2020, s. 122)

¹⁶ (Hansen & Werlauff, 2016, s. 54)

¹⁷ (Munk-Hansen, 2018, s. 278)

¹⁸ (Neergaard & Nielsen, 2020, s. 115)

¹⁹ (Folketinget, 2025)

²⁰ (Wittendorff, 2022, s. 45)

²¹ (Wittendorff, 2022, s. 76) & (Lovforslag nr. L 101. 2. juni 1998)

I den juridiske litteratur fortolkes og karakteriseres armslængdeprincippet både som en skatteretlig værnregel (anti-avoidance rule), men ligeledes som en korrektionsbestemmelse. OECD understreger, at transfer pricing ikke bør forveksles med skattesvig og skatteundgåelse, men derimod som et middel hvor formålet er skatteundgåelse.²² Denne afhandling fortolker armslængdeprincippet, som en skatteretlig værnregel, eftersom funktionen af princippet kan forhindre uberettigede skattemæssige fordele og udhuling af beskatningsgrundlaget. I afhandlingen vil der løbende tage stilling til begge synspunkter samt dets betydning for anvendelsesområdet.

I tilfælde hvor der kan anvendes flere bestemmelser, fortolkes de med principperne *lex superior*, *lex specialis* og *lex posterior*.²³ Principperne sikrer en korrekt anvendelse af lovreguleringen på et givent område, hvor retsregler er i konflikt. I relation til afhandlingens analyse af samspillet mellem flere bestemmelser og den generelle omgørelsesregel, bliver disse prioriteringsprincipper særligt relevante. For så vidt, ovenstående principper ikke kan anvendes til udvælgelse, må det løses ud fra almindelige overvejelser om lovgivers formål og de hensyn som gør sig gældende.²⁴

Afhandlingen vil i et begrænset omfang forholde sig retspolitisk (*de lege ferenda*) i analysen af gældende ret. Dette kommer til udtryk ved at inddrage juridisk litteratur som forholder sig til retssikkerheden på skatteområdet og dertil hvordan gældende ret skal udformes.²⁵ Juridisk litteratur anses ikke for en retskilde, og behandles i denne afhandling med en kritisk tilgang.²⁶ Juridisk litteratur er derudover anvendt, ved at inddrage forskellige analyse og fortolkningsvinkler, til diskussion af gældende ret.

1.4. Afgrænsning

Hovedformålet i denne afhandling er samspillet mellem armslængdeprincippet og misbrugsvurderingen. Denne afhandling behandler derfor ikke alle aspekter af transfer pricing, men afgrænses til den del af armslængdeprincippet, som er relevant i vurderingen af misbrug i dansk og EU-retlig skatteret. Der vil ligeledes inddrages elementer fra OECD i forbindelse med både transfer pricing og BEPS-projektet, som led i forståelsen af skatteplanlægning, skatteundgåelse og udhuling af beskatningsgrundlaget. Der foretages ikke yderligere behandling eller analyse af tiltagende. *OECD Transfer Pricing Guidelines* vil blive inddraget i forbindelse med fastlæggelse af armslængdeprincippet.

Afhandlingen afgrænses fra LL § 3, stk. 5, om bekæmpelse af misbrug i dobbeltbeskatningsoverenskomst, ligesom OECD's Principal Purpose Test (PPT) heller ikke indgår som en del af afhandlingens besvarelse. Når der i denne afhandling refereres til GAAR, omhandler det skatteundgåelsesdirektivets GAAR i artikel 6 og LL § 3, stk. 1-4.

Selvom anvendelsesområdet i LL § 3, stk. 4. omfatter fysiske personer, vil dette ikke indgå som en direkte del af afhandlingen. Fokusområdet i afhandlingen vil være på selskaber omfattet af SEL §§ 1

²² (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 29)

²³ (Munk-Hansen, 2018, s. 311-312)

²⁴ (Munk-Hansen, 2018, s. 312)

²⁵ (Munk-Hansen, 2018, s. 214 & 236)

²⁶ (Hansen & Werlauff, 2016, s. 166)

og 2, men fysiske personer kan blive inddraget i forbindelse med fortolkningen af LL § 3. Der vil dog hverken blive analyseret eller fokuseret på fysiske personer. Yderligere indgår fysiske personer ikke som en del af denne afhandling i henhold til LL § 2, om armslængdeprincippet. LL § 3 finder tillige anvendelse på fonde og foreninger, der omfattes af FBL § 1. Dette vil der ikke tages stilling til i denne afhandling.

EU-Domstolens praksis om beneficial owner-sager, bliver inddraget i det omfang at det er relevant for fortolkningen af LL § 3 og EU-Domstolens misbrugsdoktrin. Men der bliver ikke selvstændigt foretaget en analyse af hverken begrebet beneficial owner eller EU-Domstolens domme om dette.

Denne afhandling gør nogle overvejelser i forhold til retssikkerheden angående LL § 3, men der foretages ikke yderligere analyse om bestemmelsen er i strid med grundloven. De overvejelser angående retssikkerheden, angår nærmere bestemt hvilken indflydelse LL § 3 har på skatteyderen og bekæmpelse af misbrug.

Der bliver i EU-ret, nationalret og i litteraturen brugt en lang række begreber om aggressiv skatteplanlægning og misbrug. Afhandlingen indeholder derfor ikke en analyse af alle begreber som f.eks. skatteunddragelse, skatteundgåelse, skatteomgåelse, skatteflugt mv. De centrale begreber i denne afhandling omhandler rent kunstige arrangementer, som kan statuere misbrug, udhuling af beskatningsgrundlaget og aggressiv skatteplanlægning. I afhandlingen vil der som udgangspunkt blive brugt misbrug, skatteundgåelse og aggressiv skatteplanlægning, som en fælles betegnelse, men der kan i flere tilfælde blive brugt specielle begreber i henhold til netop hvad der bliver brugt i EU-ret, nationalret og litteraturen.

Under udarbejdelsen af denne afhandling er der offentliggjort en ny afgørelse fra Skatterådet og Skattestyrelsen ved et bindende svar, SKM2025.232.SR. Det bindende svar udkom den 2. maj 2025, og er først fundet den 7. maj 2025. Afgørelsen behandler samspillet mellem transfer pricing-reglerne i LL § 2 og den generelle omgåelsesklausul i LL § 3. Afgørelsen er relevant i forhold til afhandlingens problemformulering, for at udlede og afdække Skatterådet og Skattestyrelsens fortolkning af armslængdeprincippet's indflydelse på vurderingen i LL § 3. På grund af det sene tidspunkt for offentliggørelsen af afgørelsen og af hensyn til tidsrammen for aflevering af afhandlingen har det ikke været muligt at inddrage afgørelsen i analysen. Det skal bemærkes, at der i forbindelse med udarbejdelsen af afhandlingen er opmærksom på afgørelsen, og denne er særligt interessant i henhold til afhandlingen.

2. Juridiske rammer

2.1. Generelt om GAAR

Den generelle omgåelsesklausul i LL § 3 blev oprindeligt indført ved lov nr. 540 af 29. april 2015 om ændring af ligningsloven, som en generel omgåelsesklausul og et generelt nationalt værn mod skatteundgåelse.²⁷

EU vedtog i 2016 skatteundgåelsesdirektivs (Anti-Tax Avoidance Directive), hvor det blev pålagt medlemsstaterne en minimumsimplementering.²⁸ Artikel 6 i skatteundgåelsesdirektivet, inkluderer derfor en minimumsharmoniseringsstandard for den såkaldte ”general anti-avoidance rule” (GAAR) inden for skatteretten²⁹. Skatteundgåelsesdirektivets GAAR-bestemmelse blev indført og trådte i kraft som følge af Folketingets vedtagelse af lovforslaget L 28 A, jf. lov nr. 1726 af 27. december 2018.³⁰ Dermed blev der foretaget en dansk internretlig implementering af skatteundgåelsesdirektivs artikel 6, som blev indført i den eksisterende LL § 3, og den generelle omgåelsesklausul³¹. Lovændringen markerede endnu et skridt mod en EU konform fortolkning af misbrug, hvor både formål og realitet i et arrangement indgår i vurderingen.³²

Skatteundgåelsesdirektivets artikel 6, bygger på en 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.*

Indførslen af den generelle omgåelsesklausul har til formål at bekæmpe misbrug i forbindelse med nationale og grænseoverskridende internationale transaktioner. Skatteundgåelsesdirektivs formål er derfor overordnet set at imødegå aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse, hvilket er inden for samme ramme som anbefalingerne i OECD’s BEPS-projekt.³³ LL § 3 indeholder derfor to forskellige elementer, og udformes som den generelle omgåelsesklausul og omgåelsesklausulen for

²⁷ (C.I.1 Lovens formål, 2025)

²⁸ (Neergaard & Nielsen, 2020, s. 144) & (Rådet for den Europæiske Union, 2016) (Council Directive (EU) 2016/1164)

²⁹ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 262 & 272) & (Neergaard & Nielsen, 2020, s. 145)

³⁰ (Skatteministeriet, 2018)

³¹ (2016/1164 af 12. juli 2016, 2016)

³² (Neergaard & Nielsen, 2020, s. 202)

³³ (CNS/2016/0011, 2016) & (OECD, Explanatory Statement, 2015, s. 4)

dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dermed skal det sikres at selskaber betaler skat der hvor indkomsten oppebæres.

Udover at bestemmelsen skal sikre bekæmpelse af skatteretligt misbrug, har formålet med GAAR-bestemmelsen i LL § 3 været at supplere forskellige SAAR-bestemmelser, som armslængdeprincippet i transfer pricing, hvorfor LL § 3 skulle betinges et bredt anvendelsesområde³⁴. Dette et centralt spørgsmål om anvendelse og grænseflade.

2.2. Anvendelsesområde

LL § 3 finder anvendelse på selskaber omfattet af SEL §§ 1 og 2 samt på fonde og foreninger, der omfattes af FBL § 1. Bestemmelsen er dermed gældende for både selskaber, fonde og foreninger, der er fuldt skattepligtige til Danmark, samt for udenlandske selskaber, fonde og foreninger, der er begrænset skattepligtige hertil i form af fast driftssted i Danmark, eller modtagere af udbytte-, rente- eller royaltybetalinger fra danske kilder.³⁵ Derudover omfatter bestemmelsen udenlandske selskaber, som deltager i international sambeskatning i Danmark, samt selskaber der er underlagt de danske CFC-regler vedrørende kontrollerede datterselskaber.³⁶

For at LL § 3 finder anvendelse er der fem kumulative betingelser, udledt af LL § 3, stk. 1., som skal opfyldes.³⁷

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

Der er i praksis og litteraturen, forskellige opdelinger og anvendelsesmetoder af betingelserne i LL § 3, stk. 1.³⁸ Afhandlingen tager udgangspunkt i følgende opdeling af de kumulative betingelser, jf. LL § 3, stk. 1:³⁹

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

Det følger af forarbejderne til lovforslaget L 28 A, at skatteforvaltningen skal analysere om et arrangement eller en serie af arrangementer virker mod formålet og hensigten af skatteretten

³⁴ (CNS/2016/0011, 2016) & (Navarro, 2024, s. 24)

³⁵ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018, s. 158)

³⁶ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018, s. 158)

³⁷ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 108)

³⁸ (SKM2020.293.SR, 2020)

³⁹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 108)

objektivt, ud fra alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.⁴⁰ Hvis det virker mod formålet og hensigten mod skatteretten, kan det karakteriseres som misbrug. Dertil indeholder LL § 3 et subjektivt element om arrangementets formål, hvor det skal analyseres om det er tilrettelagt med det hovedformål eller et af hovedformålene, at opnå en skattefordel. Både det subjektive og objektive element skal forholde sig til om *det er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed*, jf. LL § 3, stk. 2.

LL § 3, stk. 1, 1. pkt. kan dermed inddeles i to led, et subjektivt og objektivt element som indeholder fem kumulative betingelser.⁴¹

2.2.1. Et arrangement eller serier af arrangementer,

Det fremgår af bemærkningen til lovforslaget at *”Arrangementer skal fortolkes bredt og vil omfatte enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serier heraf, uanset om der kan støttes ret herpå.”*. Den juridiske vejledning definerer yderligere i hvilke situationer et arrangement kan fortolkes bredt *”Dette omfatter enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstskabelsen. Arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation er også omfattet.”*⁴² Det anses ikke for værende svært at opfylde betingelsen om et arrangement eller serier af arrangementer.⁴³ Reelt set angår bestemmelsen alle arrangementer som indeholder en skattedisposition. Derfor indgår koncerninterne transaktioner også som et arrangement eller serier af arrangementer eller som et led i disse. Det er både muligt at tilsidesætte et arrangement som helhed, hvis det opfylder betingelserne. Det er ligeledes muligt at tilsidesætte specifikke dele eller trin i et arrangement hvis det mangler økonomisk realitet, uden det vedrører eller tilsidesætter det resterende af arrangementet.⁴⁴

2.2.2. Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene,

Af bemærkningen til lovforslaget er det fastslået, at *”Ved hovedformål forstås, at det blot skal være et af formålene med arrangementet. Der kan med andre ord godt være andre formål med arrangementet”*.⁴⁵ Det er tilstrækkeligt, at opnåelsen af en skattefordel udgør et af arrangementets hovedformål, for at betingelsen i LL § 3 kan anses for opfyldt. Arrangementet eller serier af arrangementer, behøves altså ikke nødvendigvis kun at være udført, for at opnå en fordel. Det er derfor muligt at have tilrettelagt en del af arrangementet med et hovedformål om økonomisk realitet, mens der underliggende er et andet hovedformål om skatteundgåelse. Kriteriet om, at arrangementet skal være tilrettelagt med et væsentligt formål om at opnå en skattefordel, indgår reelt både som en del af den subjektive og objektive del, idet det afhænger af en fortolkning af skatteyderens hensigt med arrangementet.

⁴⁰ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018)

⁴¹ (C.I.4.1.6.1 Introduktion til betingelserne, 2025)

⁴² (C.I.4.1.3 Arrangementer eller serier af arrangementer, 2025)

⁴³ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 113)

⁴⁴ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018, s. 156)

⁴⁵ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018, s. 157)

2.2.3. At opnå en skattefordel,

Et grundlæggende element i vurderingen af, om et arrangement kan tilsidesættes efter LL § 3, stk. 1, er spørgsmålet om, hvorvidt der er opnået en skattemæssig fordel, og om denne fordel strider mod hensigten og formålet med skatteretten.⁴⁶ Dette er i sig selv en del af det objektive element i henhold til betingelserne. Det overordnede princip kan tage inspiration i EU-kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU), hvis et arrangement resulterer i en skattebesparelse, som ikke ville være opnået uden arrangementet, vil det være inden for anvendelsesområdet af LL § 3.⁴⁷ Som led i vurderingen kan det overvejes, hvilke skattemæssige konsekvenser skatteyderen ville have været underlagt ved alternative, tilsvarende dispositioner. Dermed sættes denne betingelse potentielt i perspektiv med det reelle alternativ. Vurderingen skal foretages ud fra om et arrangement reelt har et forretningsmæssigt formål og ikke udelukkende søger at opnå en skattefordel. Hvis skattebetalingen er reduceret på en måde som ikke kan begrundes forretningsmæssigt, indikerer dette at LL § 3 kan finde anvendelse.

2.2.4. Som virker mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret, og

Denne betingelse beror på det objektive element i vurderingen. Spørgsmålet omhandler hvorvidt den potentielle skattemæssige fordel, som arrangementet har medført, modvirker indholdet eller formålet med den gældende skatteret. I lovforslagets bemærkning, er det fastslået at det påhviler skatteforvaltningen at bevise virkningen af om skattefordelen modvirker indholdet af eller formålet med gældende skatteret ved, *"Det vil påhvile Skatteforvaltningen at fastslå, at der er tale om et arrangement med det hovedformål eller et af hovedformålene at opnå en skattefordel, der virker mod formålet og hensigten med skatteretten."*⁴⁸ Det objektive anvendelsesområde indskrænkes dermed ikke med denne betingelse, der giver skattemyndighederne mulighed for at anvende hele skatterettens formål og tillige hensigten til vurderingen. Denne betingelse er særligt vigtig, i henhold til samspillet mellem GAAR-bestemmelsen og SAAR-bestemmelserne, og åbner yderligere for en bred anvendelse af LL § 3.

2.2.5. Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder.

Den afgørende betingelse for, om et arrangement kan tilsidesættes efter LL § 3, er vurderingen af dets realitet. Det følger af SKM2020.293.SR, at *"Uanset ovenstående, kan fordelene ikke nægtes, hvis arrangementet anses for reelt."*⁴⁹ Efter ordlyden, skal der foretages en samlet vurdering af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, altså realiteten bag arrangementet eller dispositionen. Af LL § 3, stk. 2 følger det hvordan arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke-reelle skal fortolkes.

"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."

⁴⁶ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 118)

⁴⁷ (Europa-Kommissionen, 2012, betragning 4.7) & (C.I.4.1.6.2 Skattefordel, 2025)

⁴⁸ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018, s. 157)

⁴⁹ (SKM2020.293.SR, 2020)

I henhold til dette, skal skattemyndighederne vurdere det subjektive element, om skatteyderen kan begrunde arrangementer eller serier af arrangementerne kommercielt, så det kan afspejle en økonomisk virkelighed i realitetsvurderingen. Dermed kan det enten af- eller bekræfte, om hensigten har været at opnå en skattefordel.⁵⁰ Det følger af høringsskemaet til L 28 (2018/19), at en minimering af skattebetalingen ikke er en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand, i forhold til selskabers valg om at opnå den skattemæssigt mest fordelagtige struktur.⁵¹ Dog bemærkes det på den anden side, at opnåelsen af skattefordele ved at opfylde de objektive kriterier heller ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne.⁵² Det skal ledsages af et ikke reelt arrangement.

På den ene side ønskes misbrug af skattesystemet forhindret, mens der på den anden side fortsat skal være plads til at virksomheder kan strukturere deres aktiviteter på en skatteeffektiv måde inden for lovens rammer.

2.2.6. Hvordan defineres skatteretligt misbrug?

Det EU-retlige misbrugsbegreb har en central rolle i vurderingen af skattearrangementer, særligt i relation til GAAR. EU-Domstolen definerede første gang i Emsland-Stärke C-110/99 de subjektive elementer og de objektive omstændigheder i misbrugsvurderingen.⁵³ Domstolen definerede en analyse for konstatering af misbrug. Den objektive del af testen består i om en transaktion, fører til en skattemæssig fordel som strider mod formålet med EU-lovgivningen, på trods af at den opfylder betingelserne ved denne. Den subjektive del af testen, består i om skatteyderen har haft til hensigt at opnå en skattefordel ved transaktionen. Derfor kan der være tale om en kunstig situation, som er skabt for at omgå reglerne. Dette danner et grundlag for at skatteyderen, skal begrunde det forretningsmæssigt og kommercielt.⁵⁴ EU-Domstolen ser på, hvad der er gjort, og hvorfor det er gjort. GAAR-bestemmelsen og skatteundgåelsesdirektiv er i sig selv inspireret af dette, hvortil LL § 3 indeholder lignende objektive omstændigheder og subjektive elementer. Emsland-Stärke C-110/99, er en vigtig del af det EU-skatteretlige misbrugsbegreb, eftersom den er brugt i misbrugsdomme, som Halifax C-255/02 der danner rammerne for misbrugsvurderingen ved indirekte skatter og Cadbury Schweppes C-196/04. Cadbury Schweppes C-196/04 indeholder det direkte selskabsskatteretlige felt og om etableringsfriheden udsættes for en prøve. Dommen er dermed den direkte definition til hvordan skatteretligt misbrug defineres i EU, og synes stadig at være et stærkt præjudikat for direkte skatter.⁵⁵ Dommen fastlægger, hvordan man i EU-retten vurderer grænsen mellem udnyttelse af traktatfriheder og misbrug, hvortil sondringen mellem skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning. Den understøtter det synspunkt, at selve det at opnå en lav skat eller skattemotivation ikke udgør misbrug, medmindre det mangler realitet, økonomiske og forretningsmæssige begrundelser, som det fremgår i afsnit 2.2 med de kumulative betingelser om LL

⁵⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 135)

⁵¹ (L 28 Bilag 1, L 28 A Bilag 1, L 28 B Bilag 1 - Høringsskema, 2018, s. 2)

⁵² (L 28 Bilag 1, L 28 A Bilag 1, L 28 B Bilag 1 - Høringsskema, 2018, s. 2)

⁵³ (Baerentzen, 2020, s. 20-21)

⁵⁴ (De Broe & Beckers, 2017, s. 133) & (Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas., 2000, præmis 52-53)

⁵⁵ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 165)

§ 3.⁵⁶ Dette er princippet om *Wholly artificial arrangements*.⁵⁷ Dommen præciserede, det forhold, at en koncern f.eks. vælger at placere et datterselskab i en medlemsstat med lav selskabsbeskatning, ikke i sig selv udgør misbrug. Placeringen af et datterselskab i en stat med lav skat er et reelt lovligt forretningsvalg, og skattehensynet kan i sig selv ikke udgøre misbrug. Det skal dog følges af en forretningsmæssig begrundelse.⁵⁸ Sammen med Lankhorst-Hohorst C-324/00 danner dommen rammer for en speciel og vigtig sontring i EU-retten, nemlig at det er tilladt at strukturere sig ud fra skattemæssige hensyn, altså at skatteplanlægning i sig selv er ikke misbrug. Men når strukturen ikke har en reel økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, og formålet alene er at opnå skattemæssige fordele, kan den tilsidesættes som misbrug.⁵⁹

Jakob Bundgaard, Louise Kjærsgaard & Michael Tell argumenterer, at fortolkningen og anvendelsen af LL § 3 skal foretages med baggrund i EU-Domstolens misbrugsdoktrin. De anerkender følgende ”Ovenstående betyder også, at danske retsanvendende instanser ikke kan bortse fra EU-domstolens tidligere eller senere praksis vedrørende den generelle misbrugsdoktrin ved fortolkningen og anvendelsen af LL § 3 – tværtimod”.⁶⁰ Praksis fra EU-Domstolen udgør et fortolkningselement i anvendelsen af skatteregler, som er relevant. Hvordan EU-Domstolens retspraksis, benyttes for anvendelsesområdet i den generelle omgængesklausul i LL § 3 ønskes undersøgt i denne afhandling.⁶¹ Yderligere fremgår det tilsvarende af Jan Guldmand Hansens kapitel i bogen ”Skat med omtanke”, at ”Den nye GAAR-regel i ligningslovens § 3, stk. 1-4, er en EU-retlig regel, og rammerne for dens anvendelse fastlægges ikke af danske domstole, men af EU-Domstolen. Dermed er det fremover EU-Domstolen, der skal fortolke, hvad der udgør misbrug i forhold til hver eneste danske skatteregel af betydning for selskaber, og dermed fastlægger EU-Domstolen den ydre grænse for korrektionsmulighederne efter ligningslovens § 3, stk. 1-4.”.⁶² Ydermere fremgår det af Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv, at GAAR-bestemmelsen skal afspejle gældende ret om den *kunstighedsprøvning* som EU-Domstolen foretager.⁶³

På baggrund af dette, er det afhandlingens opfattelse, at LL § 3 skal betragtes og inddrages i overensstemmelse med det praksis der er skabt af EU-Domstolen.⁶⁴ Dette er særligt relevant i forhold til samspillet mellem armslængdeprincippet og LL § 3.

2.2.7. Ikke reelle arrangementer – rent kunstige arrangementer

Som anført i afsnit 2.2.6 anvender EU-Domstolens misbrugsdoktrin begrebet rent kunstige arrangementer som dækker over situationer hvor der ikke foreligger økonomisk realitet og med det

⁵⁶ (Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue., 2006, præmis 75)

⁵⁷ (Baerentzen, 2022, s. 22)

⁵⁸ (Werlauff & Vinther, 2006, s. 3)

⁵⁹ (Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt, 2002, s. Præmis 36-38) & (Werlauff & Vinther, 2006, s. 3, afsnit 7)

⁶⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 174)

⁶¹ (Jensen, 2019, s. 318) & (Hansen J. G., 2019, s. 219)

⁶² (Hansen J. G., 2019, s. 235)

⁶³ (CNS/2016/0011, 2016, s. 9)

⁶⁴ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 324)

formål *at undgå den normalt skyldige skat af overskud*.⁶⁵ Det blev formuleret i Cadbury Schweppes C-196/04, og er efterfølgende videreudviklet gennem EU-retspraksis.

Realitetsvurderingen i LL § 3 omhandler hvorvidt arrangementer ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder. Selve formuleringen af begreberne er forskellige i EU-Domstolens misbrugsdoktrin og dansk ret. Men i begge tilfælde kræver det en samlet vurdering af, en økonomisk realitet og skattemæssig fordel. Dertil kræver det en forretningsmæssig og kommerciel begrundelse. I forslaget til skatteundgåelsesdirektiv af Europa-Kommissionen fremgik det, at netop skatteundgåelsesdirektivets GAAR-bestemmelse og LL § 3, skulle fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens misbrugsdoktrin.

*”I overensstemmelse med gældende ret afspejler den foreslåede generelle anti-misbrugsregel den kunstighedsprøvnin, som EU-Domstolen foretager inden for Unionen.”*⁶⁶

LL § 3 afspejler dermed EU-Domstolens misbrugsdoktrin om rent kunstige arrangementer. Det understøttes af *Jakob Bundgaard, Louise Kjærsgaard og Michael Tell* som vurderer, at EU-Domstolens misbrugsdoktrin, har en væsentlig betydning for skatteundgåelsesdirektivets GAAR-bestemmelse og dermed LL § 3.⁶⁷

2.3. Grundprincipper i Transfer Pricing

Transfer pricing udgør et centralt element i international skatteret. Transfer pricing vedrører den koncerninterne fastsættelse af priser og vilkår for transaktioner, herunder varer, tjenesteydelser, finansiering eller immaterielle rettigheder i selskaber inden for samme koncern.⁶⁸

Priser og vilkår i transaktioner mellem uafhængige parter bliver som udgangspunkt naturligt reguleret af markedet.⁶⁹ Uafhængige parter har incitament til at søge den aftale der skaber højest overskud, hvilket danner rammerne for markedsprisen- og vilkårene. Reglerne for transfer pricing har et formål om at forbundne koncernselskaber handler i overensstemmelse med de vilkår, som ellers var opstået med naturlige markedsmekanismerne⁷⁰. Dette skaber et juridisk vurderingsgrundlag for, om uafhængige parter havde gjort det samme. Transfer pricing fungerer derfor som en sammenlignelighedsanalyse der skal danne rammerne for beskattningen. Dette indebærer i praksis at skattemyndighederne kan korrigere en transaktion og dermed den skattepligtige indkomst, hvis det ikke er udført på armslængdevilkår.⁷¹

⁶⁵ (Baerentzen, 2020, s. 22) & (Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue., 2006, præmis 55)

⁶⁶ (CNS/2016/0011, 2016, s. 9)

⁶⁷ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 137)

⁶⁸ (Wittendorff, 2022, s. 28) & ikke udtømmende

⁶⁹ (Wittendorff, 2022, s. 29) & (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 29)

⁷⁰ (C.D.11.2.1.2 Hvorfor bruges armslængdeprincippet, 2025)

⁷¹ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 30)

2.3.1. Ligningslovens § 2

Transfer pricing bygger grundlæggende på armslængdeprincippet, som i dansk ret er hjemlet i LL § 2. Armslængdeprincippet bygger på en *separate entity* tilgang, hvor kontrollerede transaktioner skal prisfastsættes som var de foretaget mellem uafhængige parter.⁷² Armslængdeprincippet finder derfor anvendelse i situationer, hvor transaktioner foregår mellem forbundne parter, også kaldet kontrollerede transaktioner. Disse situationer er defineret i bestemmelsen gennem en række specifikke kriterier. Kontrollerede transaktioner, defineres derfor gennem følgende kriterier:

- 1) *hvorover fysiske eller juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse,*
- 2) *der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer,*
- 3) *der er koncernforbundet med en juridisk person,*
- 4) *der har et fast driftssted beliggende i udlandet,*
- 5) *der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark, eller*
- 6) *der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med kulbrintetilknyttet virksomhed omfattet af kulbrinteskattelovens § 21, stk. 1 eller 4*

Formålet med LL § 2, stk. 1 er at sikre alle ovenstående kontrollerede transaktioner mellem forbundne parter opgøres på en måde, som afspejler reelle markedspriser- og vilkår. Som det er beskrevet i LL § 2, skal parter som opfylder bestemmelsens anvendelsesområde ” (...) *anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med ovennævnte parter i nr. 1-6 (kontrollerede transaktioner) i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter.*”. Det vil sige, at armslængdeprincippet grundlæggende er en korrekt værdiansættelse af kontrollerede transaktioner.

2.3.2. OECD MDBO ART 9.

Armslængdeprincippet i LL § 2 fortolkes i overensstemmelse med princippet i artikel 9 i OECD's modeloverenskomst.⁷³ Artikel 9 i OECD's modeloverenskomst omhandler forbundne foretagender, hvortil armslængdeprincippet er udformet som følger:

Stk. 1. Når:

a) et foretagende i en kontraherende stat direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af et foretagende i den anden kontraherende stat eller

b) samme personer direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af såvel et foretagende i den ene af de kontraherende stater som et foretagende i den anden kontraherende stat,

og der i nogle af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle samhandel, som afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, kan enhver fortjeneste, som, hvis disse

⁷² (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 12) & (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 292)

⁷³ (C.D.11.2.1.1 Armslængdeprincippet og Transfer Pricing Guidelines, 2025)

*vilkår ikke var anvendt, ville være tilfaldet et af disse foretagender, medregnes til dette foretagendes fortjeneste og beskattes som sådan.*⁷⁴

I henhold til artikel 9 i OECD's modeloverenskomst, får skattemyndighederne adgang til at foretage korrektioner og dermed adgang til at beskatte fortjeneste, af hvad der er opnået ved forbundne foretagender som ikke kunne være opnået af uafhængige parter. Bestemmelsen danner rammerne for armslængdeprincippet, ved at tillade justeringer af grundlaget, når transaktioner mellem forbundne foretagender ikke er fastlagt på markedsvilkår. Bestemmelsen søger derfor, at sikre skattepligtige indtægter og fradrag fordeles korrekt mellem forbundne foretagender i forskellige stater. Dette sker ved både at forhindre dobbeltbeskatning, og samtidig ved at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningsretten.⁷⁵

LL § 2 er således en implementering af de internationale principper, og skal følge de retningslinjer der er fastsat i OECD's modeloverenskomsts artikel 9, og uddybes gennem OECD Transfer Pricing Guidelines.⁷⁶ Mens artikel 9 i OECD's modeloverenskomst etablerer princippet og dets generelle anvendelsesområde, fastlægger LL § 2 de specifikke juridiske rammer for, hvordan armslængdeprincippet anvendes i dansk skatteret⁷⁷

2.3.3. OECD Transfer Pricing Guidelines

OECD Transfer Pricing Guidelines, fastsætter rammerne for hvordan armslængdeprincippet fortolkes og overholdes, hvordan skattemyndighederne kan kontrollere, analysere og justere transaktioner.⁷⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines er et afgørende redskab i fortolkningen af armslængdeprincippet anvendelse i international skatteret⁷⁹. Det udgør den primære retningslinje for, hvordan skattemyndigheder og virksomheder skal håndtere transfer pricing transaktioner. OECD Transfer Pricing Guidelines er udarbejdet for at skabe ensartethed i anvendelsen af armslængdeprincippet på tværs af stater og for at reducere risikoen for dobbeltbeskatning samt skatteundgåelse.⁸⁰

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, afspejler BEPS-projektet (Base Erosion and Profit Shifting), som er en global indsats fra OECD og G20-landene for at bekæmpe udhuling af skattegrundlaget og flytning af overskud.⁸¹ BEPS-projektet har defineret 15 handle punkter, som skal bekæmpe skatteundgåelse i et internationalt niveau.⁸² Af de 15 punkter, gennemgik OECD Transfer Pricing Guidelines en revision i 2016 som skulle indføre punkterne 8-10 om "*Transfer pricing for immaterielle rettigheder, kapital, risikostyring*" og punkt 13 om "*Transfer pricing-dokumentation*".⁸³

⁷⁴ (OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017, 2017, s. 62)

⁷⁵ (Wittendorff, 2022, s. 45)

⁷⁶ (Lovforslag nr. L 101. 2. juni 1998)

⁷⁷ (C.D.11.2.1.1 Armslængdeprincippet og Transfer Pricing Guidelines, 2025) & (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 343)

⁷⁸ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 343)

⁷⁹ (Wittendorff, 2022, s. 74)

⁸⁰ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 29)

⁸¹ (OECD, Explanatory Statement, 2015, s. 7)

⁸² (OECD, Explanatory Statement, 2015, s. 4)

⁸³ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 16)

OECD Transfer Pricing Guidelines indeholder ti kapitler, som skal sikre hjælp til anvendelsen af armslængdeprincippet. Særligt danner det grundlag for ensartethed i både overholdelse og kontrol af armslængdeprincippet. Kapitel I indeholder armslængdeprincippets sammenlignelighedsfaktorerne, som er de faktorer der måles og sammenlignes med i en armslængdeanalyse. De fem sammenlignelighedsfaktorer er:⁸⁴

- De kontraktuelle vilkår for transaktionen.
- Funktionsanalyse – hvilke funktioner, aktiver og risici, påtager parterne sig.
- Produkternes eller ydelsernes karakteristika.
- De økonomiske forhold for parterne og markedet.
- Parternes forretningsstrategier.

Herunder vejleder rapporten også i forskellige transfer pricing metoder, en sammenlignelighedsanalyse af de kontrollerede transaktioner, samt overvejelser for specielle transaktioner, som for immaterielle aktiver og interne serviceydelser.

Hovedformålet med transfer pricing er ikke skatteundgåelse og skattesvig, men transfer pricing kan alligevel blive brugt til formål om skatteundgåelse.⁸⁵ På trods af dette, konkluderes det i lovforslaget som indfører armslængdeprincippet i danskret, at det vil ”*modvirke en udhuling af det danske skattegrundlag og dermed forhindre et utilsigtet provenutab.*”⁸⁶

2.4. Transfer Pricing som skatteplanlægningsværktøj

Transfer pricing udgør som nævnt et centralt element i den internationale selskabsskatteret, og spiller samtidig en stor rolle for multinationale koncerner som et strategisk værktøj.⁸⁷ Multinationale selskaber kan påvirke den skattemæssige fordeling af koncernens overskud og fradrag ved at fastsætte priser og vilkår på koncerninterne transaktioner og dermed optimere skattebetalingen. Multinationale koncerner har derfor et incitament til at planlægge og fastsætte koncerninterne transaktioner, som minimerer den samlede skattebetaling.⁸⁸ Minimering af skatteudgiften inden for lovens rammer, anses ikke i sig selv som en ulovlig handling.⁸⁹ I denne sammenhæng bliver transfer pricing et redskab, der både kan anvendes til lovlig skatteoptimering og i visse tilfælde til udhuling af beskatningsgrundlaget, skatteundgåelse og aggressiv planlægning.⁹⁰ Grænsedragningen mellem disse to kategorier er flydende og vanskeligt at afgrænse, eftersom transfer pricing er et praktisk anlæggende der bygger på sammenlignelighed. Transfer pricing kan bruges til at udnytte forskelle i staters skattesats og fradragsrettigheder. I multinationale koncerner kan der med transfer pricing allokeres overskud og omkostninger til de lande hvor det vil være mest fordelagtigt.

⁸⁴ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 40)

⁸⁵ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 29)

⁸⁶ (Lovforslag nr. L 101. 2. juni 1998)

⁸⁷ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 333-334)

⁸⁸ (Wittendorff, 2022, s. 32)

⁸⁹ (Wittendorff, 2022, s. 33)

⁹⁰ (Corporate Tax Practices and Aggressive Tax Planning in the EU, 2015, s. 13)

Armslængdevurderingen er typisk baseret på praktiske sammenlignelige vurderinger og skøn. Der kan være en vis usikkerhed ved f.eks. værdiansættelse af immaterielle aktiver eller i fastlæggelsen af en pris på koncerninterne services. Vurderingen skal afspejle armslængdevilkår, og derfor skal den interne transaktion være sammenlignelig med markedsvilkårene. Denne usikkerhed kan udnyttes til fordel for koncernen, uden at transaktionen nødvendigvis bliver anset for at være i strid med armslængdeprincippet.

2.5. Aggressiv skatteplanlægning

Som udgangspunkt sondres der mellem skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning. Selskaber behandler skatte- og afgiftsmæssige forhold på samme vilkår, som andre forhold der har en væsentlig indflydelse på selskabets overskud. Derved er det relevant for selskaber at planlægge og effektivisere, de skatte- og afgiftsmæssige transaktioner og dispositioner som har indflydelse, både for at optimere men også for at undgå potentielle dobbeltbeskatninger.⁹¹ Europa-Kommissionens definition af aggressiv skatteplanlægning er som følger:

*“ (...) består i at udnytte alle teknikaliteter i et skattesystem eller uforeneligheder mellem eller flere skattesystemer for at slippe med lavere skat. Aggressiv skatteplanlægning kan antage mange forskellige former.”*⁹²

Ligeledes anerkender Europa-Kommissionen, at grænsedragningen mellem skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning kan være sløret, *“While it is theoretically possible to draw a line between acceptable tax planning and aggressive tax planning, the boundaries will in reality be somewhat blurred.”*⁹³

Den afgørende forskel mellem almindelig skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning ligger i hensigten, formål og de anvendte metoder. Lovlig skatteplanlægning anses som en naturlig og legitim del af selskabers drift og hensigt med at minimere deres skattebyrde inden for rammerne af gældende lovgivning.⁹⁴ Aggressiv skatteplanlægning derimod karakteriseres ved at anvende strukturer eller arrangementer, der teknisk overholder lovens ordlyd, men strider imod formålet med denne uden realitet. Dette indebærer, at dispositioner, der er uden reelle kommercielle og forretningsmæssige formål, men som alene har til hensigt at opnå en skattefordel, skal tilsidesættes i henhold til GAAR-bestemmelsen.

Med det brede anvendelsesområde som LL § 3 har, søges det at udfylde de eventuelle huller som findes i skattelovgivningen⁹⁵. Bestemmelsen opnår derfor at være en værnsregel, der skal indramme, at den skattepligtige nægtes skattefordele som har været hovedformålet med et kunstigt arrangement.⁹⁶ Et af formålene med at indføre skatteundgåelsesdirektivs og GAAR LL § 3 skulle

⁹¹ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 296)

⁹² (Europa-Kommissionen, 2012, betragning 2)

⁹³ (Europa-Kommissionen, 2017, s. 23)

⁹⁴ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 294-295)

⁹⁵ (Rådet for den Europæiske Union, 2017) & (Bjare & Sønderholm, 2019, s. 1-2)

⁹⁶ (C.I.4.1.7 Fordele, som kan nægtes efter omgåelsesklausulen, 2025)

være at dække huller, som kunne udnyttes i aggressiv skatteplanlægning.⁹⁷ Bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning er derfor en del af den omfattende strategi fra EU og OECD's side der har til formål at imødegå skatteundgåelse.⁹⁸ Selskaber som forsøger at udnytte de muligheder der findes til at anvende kunstige forhold til at flytte deres skattegrundlag mellem stater, og hermed på den måde udnytte de forskelle der kan være mellem skatter og fradrag, betegnes som aggressiv skatteplanlægning.⁹⁹ Dette kan resultere i indtægter som ikke beskattes eller beskattes med en lavere skattesats. Udfordringen ligger i, at strategisk skatteplanlægning kan føre til at der flyttes skattepligtige overskud til lande med mere gunstige skatteregler, eller strukturer som udnytter en bestemt national skattefordel. Dette mindsker skattegrundlaget gennem konstruktioner, der teknisk set overholder lovgivningen, men som strider mod dens formål, ved at udnytte juridiske smuthuller, som GAAR-bestemmelsen i LL § 3 skal være et sikkerhedsnet for.¹⁰⁰

I henhold til transfer pricing kan aggressiv skatteplanlægning opstå, når selskaber etablerer arrangementer, hvor der forekommer kunstige prifsættelser eller kunstige transaktioner med det formål at flytte profitter eller omkostninger mellem stater.¹⁰¹ Dermed bliver der udnyttet forskelle mellem to staters skattetryk og lovgivning, med udhuling af beskatningsgrundlaget. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor selskaber overfakturerer eller underfakturerer for varer, ydelser eller immaterielle rettigheder for at reducere deres skattemæssige indkomst i stater med høj beskatning. Eller på en anden måde ændrer prisen eller vilkårene så der kunstigt opstår en skattefordel. Substanskravet blev centralt i OECD's Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)-projekt, især i punkt 8-10. Her blev det fastslået, at overskud skal placeres, hvor den reelle værdiskabelse finder sted, og ikke blot hvor der er et juridisk ejerskab til f.eks. immaterielle aktiver. Tomme selskaber uden egentlig aktivitet, som ejer IP skulle ikke længere have ret til store dele af koncernens overskud. Der foretages en DEMPE-analyse ved transaktioner med immaterielle aktiver, som er en analyse af funktionerne udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse.¹⁰² Man identificerer hvem der faktisk udfører funktionerne og ikke bare hvem der juridisk ejer det immaterielle aktiv. Hvis et selskab kun ejer IP på papiret uden at bidrage med nogen DEMPE-funktioner, skal det afspejle afregningen af det immaterielle aktiv. Dette minder om realitetskravbetingelsen i LL § 3, om *"ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder"*, men er forskellig i afregningshensynet og formålsfortolkningen. I tidligere versioner af OECD Transfer Pricing Guidelines, var der ikke på samme måde fokus på substanskravet, i vurderingen armslængdeprincippet er overholdt.¹⁰³ Det er dog stadig i henhold til afregningens korrekthed i armslængdeprincippets analyse.

2.5.1 Det rindende vands princip

Indførelsen af GAAR-bestemmelsen og flere forskellige SAAR-bestemmelser søger at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning ved omgåelse og misbrug af skatteretten.¹⁰⁴ Aggressiv

⁹⁷ (Rådet for den Europæiske Union, 2016, betragtning 11)

⁹⁸ (Aggressive tax planning indicators - Final Report, 2017, s. 21)

⁹⁹ (Aggressive tax planning indicators - Final Report, 2017, s. 21)

¹⁰⁰ (Europa-Kommissionen, 2012, betragtning 8)

¹⁰¹ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 334)

¹⁰² (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 255)

¹⁰³ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, s. 196)

¹⁰⁴ (Pedersen, 2015, s. 115 & 118)

skatteplanlægning og omgåelse dækker over at skatteydere og skatterådgivere, altid vil søge at finde smuthuller, på trods af at skatteretten er omfattende reguleret. *Jan Pedersen* beskriver *det rindende vands princip*, som følgende: ”Omgåelse og misbrug vil derfor uvægerligt altid finde nye former og udtryk.”¹⁰⁵ Dette viser behovet for en formåls- og hensigtsbaseret generel omgængelsesregel, som GAAR søger at udfylde.

Udfordringen ved at der oprettes flere forskellige internationale tiltag, og en omfattende national værnslvgivning, er at de skaber kompleksitet i skatteretten. *Jan Pedersen* påpeger, at transfer pricing problematikken med aggressiv skatteplanlægning kan være kompliceret at afdække jf. afsnit 2.4.¹⁰⁶ Dette danner grundlag for en stor administrativ byrde, for en lang række koncerner og selskaber, hvor hensigten ikke er at omgå og misbruge skatteretten.

Det grundlæggende princip om en beskatningsmæssig forudsigelighed og retssikkerhed, skal følges på trods af en generel regel om bekæmpelse af skatteundgåelse. Imidlertid medfører indførelsen af GAAR-bestemmelsen i LL § 3, at selv transaktioner og arrangementer, som egentligt overholder en SAAR-bestemmelse eller har indrettet sig efter skatteretten, alligevel kan tilsidesættes. Dette skaber et spørgsmål om sondringen mellem ønsket om en effektiv bekæmpelse af skatteundgåelse og hensynet til skatteyderens retssikkerhed. Dertil om hvor langt lovgiver og myndigheder skal gå for at imødegå *det rindende vands princip*.¹⁰⁷

2.6. GAAR og SAAR

I dansk og international skatteret sondres mellem flere typer af værneregler.¹⁰⁸ To former for værneregler er den generelle omgængelsesregel (GAAR) og specifikke skatteværneregler (SAAR). Sondringen mellem disse er relevant for forståelsen af, skatteundgåelse og aggressiv skatteplanlægning i praksis.

LL § 2 anses for at være en specifik skatteretlig værnregel.¹⁰⁹ Generelt anvendes armslængdeprincippet til at sikre beskatningsgrundlaget mod udhuling, ved at priser eller vilkår i en koncernintern transaktion skal afspejle markedet.¹¹⁰ Omvendt er den generelle misbrugsregel i LL § 3 ikke en konkret regel for fradrag, værdiansættelse eller andet, men en overordnet formål- og hensigtsbestemt regel, som myndighederne kan bruge til at tilsidesætte skattefordelen ved ikke reelle arrangementer.¹¹¹ Armslængdeprincippets regler fokuserer på økonomiske justeringer, hvor prisen eller vilkårene kan korrigeres så de afspejler markedsvilkårene. GAAR-bestemmelsen derimod tilsidesætter selve transaktionerne som anses for værende ikke reelle. Armslængdeprincippet kan derfor potentielt anvendes i situationer hvor arrangementet er reelt, men prisen eller vilkårene ikke er på markedsvilkår. Formålet mellem GAAR-bestemmelsen i LL § 3 og SAAR-bestemmelsen i LL § 2

¹⁰⁵ (Pedersen, 2015, s. 124-125)

¹⁰⁶ (Pedersen, 2015, s. 127)

¹⁰⁷ (Pedersen, 2020)

¹⁰⁸ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 304)

¹⁰⁹ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 304 & 334), (Wittendorff, 2015, s. 303) & (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 188)

¹¹⁰ (Tell, Schmidt, & Weber, 2024, s. 334) & (Wittendorff, 2022, s. 74)

¹¹¹ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018)

er dog ens. I skatteundgåelsesdirektivets betragtning 5 fremgår det, at ”*Det er nødvendigt at fastsætte regler til bekæmpelse af udhuling af skattegrundlaget i det indre marked og af overførsel af overskud ud af det indre marked. For at bidrage til at nå dette mål er der behov for regler på følgende områder: (... , en generel regel om bekæmpelse af misbrug (...).*”¹¹²

GAAR-bestemmelsen og SAAR-bestemmelserne skal som udgangspunkt ikke ses som modarbejdende, men derimod skal de supplere hinanden.¹¹³ I skatteundgåelsesdirektivets betragtning 11 tillægges GAAR-bestemmelsen at skulle omfatte misbrug som ikke er omfattet af specifikke bestemmelser.¹¹⁴ I tilfælde hvor en skatteyder forsøger at omgå en SAAR-bestemmelse, kan GAAR-bestemmelsen aktiveres til at gennemskue og tilsidesætte det bagvedliggende arrangement.¹¹⁵ Et interessant spørgsmål opstår derfor i henhold til samspillet mellem SAAR-bestemmelser og GAAR-bestemmelsen, som behandles i *Den skatteretlige omgåelsesklausul*.¹¹⁶ Forholdet vedrører tilfælde hvor en skatteyder, lovligt har indrettet og forholdt sig til en SAAR-bestemmelse i henhold til en disposition, men efterfølgende kan tilsidesættes efter LL § 3¹¹⁷, ”*En sådan retstilstand skaber imidlertid også nogle grænsedragningsspørgsmål i samspillet mellem LL § 2 og LL § 3, da det kan synes besynderligt, hvis samme forhold kan korrigeres efter både en GAAR og en SAAR.*”¹¹⁸ Dette spørgsmål leder til en vurdering af myndighedernes anvendelse af GAAR-bestemmelsen på dispositioner, som er tilladte under en SAAR-bestemmelse. Hvis der bevidst er blevet fastsat en grænse, og denne overholdes, så bør skatteyderen kunne stole på retstilstanden. En tilgang med en formålsfortolkning synes omvendt at være logisk, hvis den reelle hensigt bag transaktionen har været at omgå skattereglerne. Skatteministeriet giver i høringsskemaet til L 28 (2018/19), et svar på hvordan LL § 3, kan anvendes i henhold til øvrige omgåelsesklausuler og værnsregler, ”*Den foreslåede bestemmelse hverken udvider eller begrænser anvendelsesområdet af de øvrige omgåelsesklausuler og værnsregler i dansk ret (...). Såfremt et arrangement, der kan tilsidesættes efter den generelle omgåelsesklausul, ikke ville kunne tilsidesættes efter de eksisterende omgåelsesklausuler og værnsregler i dansk ret, vil den generelle omgåelsesklausul kunne indebære en udvidelse af, hvornår skattemæssigt begrundede arrangementer kan tilsidesættes.*”¹¹⁹ Det betyder, at en situation hvor en SAAR-bestemmelse ikke finder anvendelse, skal GAAR-bestemmelsen anvendes på ikke reelle arrangementer. LL § 3 er derfor med til at lukke potentielle huller i skattelovgivningen.¹²⁰ Hvordan samspillet mellem GAAR og armslængdeprincippet, samt ovenstående udformer sig i praksis, ønskes undersøgt i nedenstående afsnit.

¹¹² (2016/1164 af 12. juli 2016, 2016, betragtning 5)

¹¹³ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018) & (CNS/2016/0011, 2016)

¹¹⁴ (2016/1164 af 12. juli 2016, 2016, betragtning 11)

¹¹⁵ (Lang, et al., 2016, s. 13-14)

¹¹⁶ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 188)

¹¹⁷ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 90-92)

¹¹⁸ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 188)

¹¹⁹ (L 28 Bilag 1, L 28 A Bilag 1, L 28 B Bilag 1 - Høringsskema, 2018, s. 3-4)

¹²⁰ (Navarro, 2024, s. 24) & (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018)

3. Juridisk analyse

For at kunne vurdere og klarlægge anvendelsen af omgåelsesklausulen i praksis, og hvordan den kan anvendes i dansk skatteret, starter analysen med en gennemgang af relevante danske administrative afgørelser, hvor LL § 3 har været anvendt. Den nationale vinkel skal illustrere, hvordan begrebet om skatteretlig omgåelse udøves i praksis, og i hvilket omfang danske myndigheder anvender EU-principper og hvor stor en grad af LL § 3 er inspireret af EU-Domstolen.¹²¹

Herefter fokuserer analysen på EU-Domstolen, for netop at fastlægge hvilke principper der lægger til grund i vurderingen om misbrug af skatteretten, og hermed hvor grænsen mellem lovlig skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning går.

Kombinationen af national og EU-retlig praksis giver et komparativt grundlag for at afdække, hvor grænsen mellem lovlig og aggressiv skatteplanlægning går, og hvor GAAR-bestemmelsen i LL § 3 og armslængdeprincippet i LL § 2 og transfer pricing-reglerne, eventuelt overlapper, supplerer eller modstrider hinanden.

3.1. Ligningslovens § 3 – administrative afgørelser

3.1.1. SKM2020.39.SR

Afgørelsen omhandler et spørgsmål om mellemholdingreglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3, og dermed om arrangementet er omfattet af LL § 3, som medfører at mellemholdingreglen ikke længere finder anvendelse. Det centrale skatteretlige spørgsmål i afgørelsen er, om den påtænkte omstrukturering med planlagte fusioner, medfører omgåelse af mellemholdingregel i ABL § 4 A, stk. 3. Eftersom ingen af de tilbageværende holdingselskaber efter fusionen omfattes af mellemholdingreglen.¹²²

Afgørelsen har særlig relevans for afhandlingen ved at vurdere samspillet mellem en SAAR, i ABL § 4 A og GAAR i LL § 3. Den viser, hvordan skatteydere potentielt kan indrette sig efter ordlyden af en SAAR, men stadig risikerer, at arrangementet tilsidesættes hvis betingelserne for LL § 3 er opfyldt. Yderligere sammenlignes Skattestyrelsens argumentation med EU-Domstolens argumentation.¹²³

Fusionerne ville udgøre et arrangement eller en serie af arrangementer, hvorfor denne betingelse er overholdt. Til dette fastslår Skattestyrelsen at anvendelsesområdet, i henhold til lovforslag nr. 28 af 3. oktober 2018, skal forstås bredt. Omstruktureringen vil medføre en ændring af strukturen, som gør at udbytter vil kunne modtages skattefrit, og dermed opnår selskaberne en skattefordel, eftersom omstruktureringen omgår værnsreglen.¹²⁴

Til vurderingen af, om et af hovedformålene med arrangementet strider mod hensigten og formålet af skatteretten, begrundes spørger, med at ” (...) formålet med dispositionen alene er at stille aktionærerne frit i forhold til, om de vil disponere eventuelle udbytteindtægter til investering eller

¹²¹ (Hansen J. G., 2019, s. 219)

¹²² (SKM2020.39.SR, 2020)

¹²³ (SKM2020.39.SR, 2020)

¹²⁴ (SKM2020.39.SR, 2020)

forbrug.”. Skattestyrelsen vurderer, dog at selve arrangementet har et yderligere hovedformål ved at ” (...) undgå skattepligten på fremtidige udbytter fra selskabet Holding DK A/S for alle fem holdingselskaber, når fusionerne medfører, at mellemholding-reglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 3 ikke finder anvendelse efterfølgende.”.¹²⁵ Dertil indgår det objektive element, om hvorvidt skattefordelen strider mod hensigten og formålet med skatteretten, eftersom Skattestyrelsen har vurderet at et af hovedformålene er en skattemæssig fordel. Den objektive vurdering er særligt interessant, eftersom Skattestyrelsen inddrager høringsskemaet til L 28 (2018/19). Der bliver taget udgangspunkt i formålet og hensigten med mellemholdingenreglen. Dette er vurderingsgrundlaget for det objektive moment. Denne fortolkning, synes at kunne benyttes analogt situationer hvor LL § 2 og LL § 3 grænser. Ligesom det i denne afgørelse grænser mellem GAAR og SAAR. Denne fortolkning bekræfter, at det objektive krav i LL § 3 forudsætter, at arrangementet ikke blot opnår en fordel, men også strider mod formålet og hensigten med den anvendte værnsskatteregel.

Skattestyrelsen fastslår efterfølgende uden yderligere argumentation, at ” (...) en skatteyder har ret til at anvende de skattemæssige regler, der medfører en skattefordel for skatteyderen, uden at fordelene i sig selv medfører, at der foreligger et misbrug.”¹²⁶. Dette fortolkes som et princip, udledt af EU-Domstolens misbrugsdoktrin, særligt i Lankhorst-Hohorst-sagen C-324/00 som fastslår at det er tilladt at strukturere sig ud fra skattemæssige hensyn. Skatteplanlægning i sig selv udgør ikke misbrug.¹²⁷

Afslutningsvist vurderer Skattestyrelsen, at de skattefordele som selskaberne ville kunne opnå, ikke strider mod formålet og hensigten med skatteretten og mellemholdingenreglen, derfor finder LL § 3 ikke anvendelse. Det kan derfor udledes, at Skattestyrelsen og Skatterådet, kommer frem til denne konklusion fordi arrangementet dermed ikke udgør et rent kunstigt arrangement.

3.1.2. SKM2021.30.SR

Afgørelsen omhandler en aktieombytning og grænseoverskridende fusion mellem et dansk selskab (H1) og et norsk selskab (H2), hvor H1 ønskes fusioneret ind i H2 som led i at udskifte det danske holdingselskab med et norsk holding selskab. Det danske holdingselskab var oprettet på baggrund af fordelagtige danske/EU-gunstige skatteregler på tidspunktet for oprettelse. Omstrukturering som det bindende svar omhandler, begrundes som udgangspunkt i at simplificere koncernstrukturen. Det argumenteres for, at der i princippet ikke er behov for det danske holdingselskab mere. På tidspunktet for etableringen, var formålet at anvende EU-godkendte skatteregler, som var mere gunstige end de daværende norske regler, ”Et ønske om at få mulighed for at anvende de EU-godkendte skatteregler anser repræsentanten for at være et legitimt ønske. Derudover har der altså ikke været noget selvstændigt skattemotiv ved at etablere H1. Dette er udelukkende sket som et første skridt i overvejelserne om at få flyttet hele virksomheden til Danmark for at kunne benytte den EU-baserede gunstige x-beskatning af virksomheden.”¹²⁸ Der stilles en række spørgsmål til Skatterådet, herunder

¹²⁵ (SKM2020.39.SR, 2020)

¹²⁶ (SKM2020.39.SR, 2020)

¹²⁷ (Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt., 2002, præmis 36-38)

¹²⁸ (SKM2021.30.SR, 2021, s. 5)

om fusionen kan ske skattefrit, og særligt om omgåelsesklausulen i LL § 3 finder anvendelse på den samlede omstrukturering.

Selskabet anmoder Skatterådet om bindende svar ved en række spørgsmål som primært indeholder et ønske om at få bekræftet hvorvidt hele omstruktureringen, herunder momenterne, kan ske skattefrit. Spørgsmål 1-6, med undtagelse af spørgsmål 3, besvares med ja, hvilket som udgangspunkt betyder at hele omstruktureringen kan ske skattefrit i Danmark, fordi den opfylder de objektive betingelser. Dog besvares spørgsmål 7 ”*Kan skatterådet bekræfte, at omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 ikke finder anvendelse på de enkelte transaktioner eller på den samlede transaktion som nærmere beskrevet i denne anmodning?*”, med nej.¹²⁹

I Skattestyrelsens vurdering og begrundelse indgår der tre kumulative elementer:¹³⁰

- 1) *Der skal være en skattefordel,*
- 2) *ét af de væsentligste formål med arrangementet skal være at opnå skattefordelen, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten*
- 3) *Arrangementet anses ikke for at være reelt under hensyntagen til alle de relevante faktiske forhold og omstændigheder, herunder om arrangementet*

Det antages dermed, at den samlede omstruktureringen anses for arrangementer eller serier af arrangementer, jf. LL § 3, stk. 1. 1 pkt. I afgørelsen sammenfletter Skattestyrelsen to af de vurderede fem kumulative betingelse, i formålsfortolkningen og at dette skal virke mod hensigten med skatteretten.

I vurderingen af om selskabet opnår en skattefordel, undersøger Skattestyrelsen konkret om der udløses beskatning, ved et sammenligneligt alternativ hvor H2 ikke eksisterede, og der sker likvidation af H1. Situationen sammenlignes derfor med en, efter Skattestyrelsens opfattelse, alternativ tilsvarende situation.

Den grænseoverskridende fusion mellem H1 som ønskes ophørt, og det overtagende norske selskab H2, medfører efter Skattestyrelsens mening, en række skattemæssige fordele sammenlignet med den tilsvarende alternative likvidation.¹³¹ Herunder undgår flere kapitalejere, navnlig det norske selskab H5 og den fysiske hovedaktionær A, beskatning af udbytter og aktieavance i likvidationsprovenuet, som ellers ville være pålagt dansk kildeskat. Dog konstateres det at H5 ikke er underlagt udbyttebeskatning, jf. LL § 16 A, stk. 3 nr. 1, litra b om at udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat, hvis der er tale om datterselskabsaktier. Vurderingen angår dermed fra Skattestyrelsen om, hvorvidt der er opnået en skattefordel hos hovedaktionæren A. Det fremgår af Skattestyrelsens begrundelse at ”*Hvis H1 blev likvideret, skulle A udbyttebeskattes. Ved en fusion med det nye norske selskab undgår A en sådan udbyttebeskatning. A opnår derfor en fordel ved arrangementet.*”, dermed vurderes det på baggrund af LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra c. at A opnår en

¹²⁹ (SKM2021.30.SR, 2021, s. 1)

¹³⁰ (SKM2021.30.SR, 2021, s. 38-39)

¹³¹ (SKM2021.30.SR, 2021, s. 40)

fordel.¹³² På trods af at H5 ikke vurderes til at opnå en skattefordel, argumenteres det at H1 og H2 opnår en skattefordel eftersom selskaberne kan fusionere skattefrit efter reglerne i fusionsskattelovens regler.¹³³ Dermed er det ikke udelukkende en fysisk person i tilfældet som, vurderes at opnå en skattefordel. Skattestyrelsen og Skatterådet anvender en national værnsregel om udbytte til at sammenligne alternative udfald, i en misbrugsvurdering af LL § 3. Dermed anvendes SAAR-bestemmelsen ikke selvstændigt til korrektion, men som en ramme i vurderingen under LL § 3.

Vurderingsgrundlaget for om der er opnået en skattefordel, bliver foretaget i en sammenlignelighedsanalyse, af en alternativ tilsvarende situation ifølge Skattestyrelsen. I Europa-Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning, fremgår det at *"Når de nationale myndigheder skal afgøre, om et arrangement eller en serie arrangementer har medført en skattefordel som omhandlet i punkt 4.2, bør de sammenligne det beløb, en skatteyder skal betale i skat med reference til de pågældende arrangementer, med det beløb, som den samme skatteyder skulle betale i skat under de samme omstændigheder uden disse arrangementer."*¹³⁴. Dertil har Europa-Kommissionen fremsat en række situationer, som bør undersøges ved vurderingen om der er forekommer en skattefordel: Et beløb indgår ikke i beskatningsgrundlaget b) Skatteyderen får fordel af et fradrag c) Der opstår et skattemæssigt tab d) Der skal ikke betales kildekat e) Udenlandsk skat udlignes.¹³⁵ I denne situation, vurderes skattefordelen til både at være et beløb som ikke indgår i beskatningsgrundlaget, ved den skattefrie omstrukturering, samt ved at undgå en kildebeskatning.

Skattestyrelsens argumentation for, hvorvidt arrangementet modvirker indholdet af eller formålet med skatteretten, vises ikke klart i afgørelsen. Baggrunden for at vurdere om indholdet eller formålet med skatteretten, synes udelukkende begrundet i et substanskrav og realitetskrav til H2. Selskabets repræsentant, argumenterer for at der er forretningsmæssig logik i at omstrukturere og en direkte simplificering af koncernstrukturen. Dette mener Skattestyrelsen, at der ikke er grundlag for, eftersom der ikke forekommer oplysninger med nogen forretningsmæssige årsager til at udskifte det danske holdingselskab med et norsk holdingselskab. Dermed følger der ingen konklusion på om arrangementer virker mod indholdet eller formålet med skatteretten. Det fremgår dog tydeligt at en simplificering af koncernstruktur, ikke er en forretningsmæssig, god nok begrundelse.

I vurderingen af om et arrangement anses for værende reelt under hensyn til alle de relevante forhold og omstændigheder, herunder om arrangementet er velbegrundet med forretningsmæssige og kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, inddrages EU-Domstolens afgørelser C-116/16 og C-117/16 om retmæssig ejer (beneficial ownership). Dommene viser, hvornår der er tale om et kunstigt arrangement. Dette moment indgår i den samlede vurdering af, om der foreligger misbrug, hvorfor vigtigheden i fortolkningen af EU-Domstolens misbrugsbegreb- og doktrin er essentiel. Særligt substansen i det norske holdingselskab tillægges værdi fordi det specifikt omhandler et ønske om fusion og efterfølgende udbytte. Derfor blev der inddraget elementer som *" (...) driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det råder over."*,

¹³² (SKM2021.30.SR, 2021, s. 40)

¹³³ (SKM2021.30.SR, 2021, s. 42)

¹³⁴ (Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU), 2012, s. 3)

¹³⁵ (Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU), 2012, s. 3)

tydeligt er relevant i forbindelse det specifikke arrangement og om der foreligger økonomisk realitet efter omstændighederne.¹³⁶ Efter denne opfattelse, kan der i arrangementer som indeholder koncerninterne transaktioner inddrages armslængdeprincippet som en del af vurderingsgrundlaget for realiteten af arrangementet. Denne betragtning følges, eftersom de omstændigheder som inddrages i denne afgørelse synes vigtige i forhold til retmæssig ejer. Armslængdeprincippet og omstændighederne omkring dette princip må synes at have en vigtig indikation for arrangementer med koncerninterne transaktioners realitet.

Afgørelsen viser, at LL § 3 ikke udelukkende vurderer ud fra form og struktur, men også indeholder formål og realitet. Hvis et arrangement overholder den formelle ramme i fusionsskatteloven mv., udelukker dette ikke anvendelsen af GAAR, hvis de underliggende forhold peger på misbrug. Det er centralt, at Skattestyrelsen anvender EU-Domstolens misbrugsdoktrin til fortolkningen af LL § 3, og at vurderingen af om et arrangement afspejler økonomisk realitet, sker med henvisning til praksis fra EU-Domstolen. I et armslængde-perspektiv kan de antyde, at overholdelse af armslængdeprincippet ikke er nok til at afvise misbrug, men formålet og den økonomiske realitet bag den koncerninterne transaktion skal undersøges.

Skatterådet kunne ikke bekræfte at LL § 3 ikke fandt anvendelse. Det bindende svar indikerer at skattemyndighederne skal foretage en konkret vurdering af det specifikke arrangement ud fra de kumulative betingelser. Det vil sige det er situationer i arrangementet som afgør, hvorvidt der foreligger misbrug, jf. LL § 3. Det er ikke afgørende om de enkelte transaktioner er lovlige, men det er en samlet forståelse og bedømmelse af hele konstruktionen, eller hvorvidt enkelte trin fremstår uden økonomisk realitet, og opfylder betegnelserne i LL § 3.

3.2. Det EU-retlige misbrugsdoktrin i henhold til armslængdeprincippet

3.2.1. C-311/08 *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*

Dommen om SGI fra 2010, er afgørende i henhold til udviklingen i EU-Domstolens retspraksis om nationale omgængelsesregler og deres forhold til EU-Domstolens misbrugsbedømmelse i henhold til de grundlæggende interne friheder i EU. Dommen er en af de første i EU-Domstolens praksis, der behandler skæringspunktet mellem transfer pricing-feltet om grænseoverskridende koncerninterne transaktioner og den generelle misbrugsbedømmelse. SGI-sagen underbygger EU-Domstolens afgørelse i Thin Cap Group Litigation C-524/04, og gør det klart hvordan armslængdeprincippet indgår i vurderingen.¹³⁷

Det belgiske selskab SGI lånte et beløb rentefrit til datterselskabet RECYDEM SA, som er et fransk selskab. SGI ejede 65% af kapitalandelene i Recydem.

De belgiske skattemyndigheder mente, at ” (...) der i SGI's overskud for skatteåret 2001 i medfør af artikel 26, stk. 2, nr. 1, i CIR 1992 medregnes et beløb (...) i form af ekstraordinære eller vederlagsfri fordele, som SGI havde indrømmet det nævnte datterselskab. Dette beløb svarede til de fiktive renter;

¹³⁶ (SKM2021.30.SR, 2021, s. 47)

¹³⁷ (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, 2007) & (Anderson & Stricklin-Coutinho, 2011, s. 54-55)

*beregnet med en årlig rentesats på 5%.”*¹³⁸ De belgiske skattemyndigheder foretog derfor en korrektion af SGI's skattepligtige indkomst, ved at forhøje indkomsten med en fiktiv rentesats på 5%. Dette skulle afspejle markedsvilkårene, hvis transaktionen var indgået mellem uafhængige parter. Korrektionen blev foretaget med udgangspunkt i armslængdeprincippet. Af den grund indgik virksomhedens ekstraordinære overskud eller vederlagsfrie fordele til koncernselskaber i den skattepligtige indkomst.

SGI anlagde sag mod de belgiske skattemyndigheder. Den lokale belgiske domstol, begrundede de fiktive renter i præmis 15, som *korrekt* og indrømmelsen *af det nævnte lån har ingen økonomisk begrundelse*.¹³⁹ Den lokale domstol valgte derfor at forlægge et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen. Sagen omhandlede hvorvidt den belgiske regel, som tillod korrektionen, var i strid med etableringsfriheden i artikel 43 og 48 EF. EU-Domstolen vurderede at den belgiske lovgivning, udgjorde en restriktion for etableringsfriheden som omhandlet i artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF.¹⁴⁰

Begrænsningen, som hindrer etableringsfriheden, kunne retfærdiggøres hvis formålet med lovgivningen var forenelig med traktaten og indebar *tvungende almene hensyn*.¹⁴¹ Hensigten var at imødegå aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse. I situationer hvor selskaber kan yde *ekstraordinære eller vederlagsfri fordele*, til koncernselskaber i andre stater, uden der kan foretages justeringer, opstår situationen med flytning af overskud og udhuling af beskatningsgrundlaget.¹⁴² EU-Domstolen henviste til tidligere retspraksis i Marks & Spencer-sagens C-446/03 præmis 35, om retfærdiggørelse, som fastslog at *”(...) hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det”*.¹⁴³ EU-domstolen henviste flere gange til Oy AA C-231/05, som principielt udvidede misbrugsbegrebet. I sager hvor lovgivningens formål ikke direkte er at modvirke rent kunstige arrangementer, skal det stadig fortolkes sammen med beskyttelsen af den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen.¹⁴⁴ Denne betragtning er relevant i forhold til misbrugsbegrebet, eftersom en tilsidesættelse af transfer pricing reguleringen og armslængdeprincippet, kunne medføre at fordelingen af beskatningskompetencen mellem stater ville kunne komme i fare. Dette kunne potentielt åbne en mulighed for misbrug.¹⁴⁵

”Hvis man anerkendte, at et grænseoverskridende koncernbidrag som det, der er tvist om i hovedsagen, kunne fradrages i giverens skattepligtige indkomst, ville det have som følge, at koncerner frit vil kunne vælge den medlemsstat, hvori overskud i datterselskabet skulle beskattes, idet det trækkes fra i datterselskabets beskatningsgrundlag, og idet det medregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst, når bidraget anses for skattepligtig indkomst i det modtagende moderselskabs medlemsstat. Dette ville bringe selve systemet med fordeling af

¹³⁸ (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 12)

¹³⁹ (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 15)

¹⁴⁰ (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 55)

¹⁴¹ (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 56)

¹⁴² (Baker, 2010, s. 195)

¹⁴³ (Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), 2005, præmis 35)

¹⁴⁴ (Oy AA, 2007, præmis 63)

¹⁴⁵ (Glahe, 2013, s. 226)

beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare, fordi alt efter hvilket valg, koncernen foretager, vil datterselskabets medlemsstat være tvunget til at give afkald på som hjemstat for datterselskabet at beskatte dettes indkomst eventuelt til fordel for den medlemsstat, hvor moderselskabet har sit hjemsted”¹⁴⁶

Domstolen accepterede, at selvom der ikke var tale om en generel misbrugsklausul om kunstige arrangementer, kunne der opnås tilsvarende virkning hvis den målrettede sig mod skatteunddragelse, ved at have til formål at beskytte en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen. Dommen viste, at transfer pricing-reglerne kunne indgå i misbrugsvurderingen og opnå betydelig virkning, så længe formålet var at modvirke misbrug og sikre en retfærdig beskatningsfordeling. I dette tilfælde komplementerede armslængdeprincippet GAAR-bestemmelsen. Armslængdeprincippet kunne derfor være med til at modvirke misbrug. Lovgivningens virkning var at korrigere en forkert armslængdepris, men formålet med den nationale regel at sikre en retfærdig fordeling af beskatning, og imødegå mulige kunstige arrangementer.¹⁴⁷ Derfor er lovgivning som i praksis modstrider etableringsfriheden legitimt hvis de modvirker misbrug og overholder proportionalitetsprincippet. Den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og formålet om at forhindre skatteunddragelse, kan ses i sammenhæng af hinanden.¹⁴⁸

En fravigelse af armslængdeprincippet, indgår i en objektiv test, og består i hvorvidt transaktionen fører til en skattemæssig fordel som strider mod formålet. Men armslængdeprincippet er ikke tilstrækkeligt i sig selv. De objektive omstændigheder tester for om lovgivning er opfyldt, men arrangementet strider mod hensigten. Der skal foreligge en forretningsmæssig og kommerciel begrundelse, som der subjektivt testes for. Det kræver derfor en samlet vurdering af, formål, realitet og hensigt, for at konkludere om det kan kategoriseres som et kunstigt arrangement.¹⁴⁹

”En national lovgivning, der ikke har som specifikt formål at udelukke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, oprettet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område, fra den i lovgivningen fastsatte skattefordel, kan imidlertid anses for begrundet i formålet om at hindre skatteunddragelse sammen med formålet om at bevare en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne (jf. i denne retning Oy AA-dommen, præmis 63).”¹⁵⁰

I SGI-sagen bliver der udledt faktorer som skal være overholdt for at en diskriminerende national transfer pricing lovgivning er proportionel og ikke gå videre end nødvendigt, for at nå det forfulgte mål.¹⁵¹ Disse hensyn tillægges en generel værdi for vurderingen af misbrug og forholdet til armslængdeprincippet. Det centrale hensyn, skal ses i forhold til dommen Thin Cap Group Litigation C-201/05, hvor ” (...) hvis den skattepligtige, i hvert tilfælde hvor der er mistanke om, at en transaktion går videre, end hvad de pågældende selskaber ville have aftalt på armslængdevilkår (...),

¹⁴⁶ (Oy AA, 2007, præmis 56)

¹⁴⁷ (Broe & Nyet, 2008, s. 62)

¹⁴⁸ (Laursen, 2015, s. 232)

¹⁴⁹ (Jiménez, 2010, s. 275)

¹⁵⁰ (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 66)

¹⁵¹ (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 71-72)

for det første har adgang til at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået.”.¹⁵² Skatteyderer får tillagt bevisbyrden, og skal begrunde transaktionens fravigelser af armslængdeprincippet.

Ifølge *Anders Nørgaard Laursen* indikerer en fravigelse af armslængdeprincippet i det objektive element at der foreligger misbrug.¹⁵³ Det er derefter op til skatteyderen at bevise en forretningsmæssig begrundelse for dette. Armslængdeprincippet har en betydelig indflydelse på misbrugsvurderingen.¹⁵⁴ *Moritz Glahe* har, med udgangspunkt i litteraturen og nationale domstole, udledt to udfald om at bevise forretningsmæssige grunde.¹⁵⁵ Han anser ikke armslængdeprincippet for at være en *anti-misbrugsregel* i henhold til OECD, som anført i afsnit 2.3.3.¹⁵⁶ *Moritz Glahe* argumenterer for, at en afvigelse fra armslængdeprincippet ikke direkte medfører misbrug. Den ene tilgang, tillægger armslængdeprincippet værdi i de objektive omstændigheder. Ifølge *Moritz Glahe*, vil det betyde at en korrekt anvendelse af armslængdeprincippet, *mere eller mindre* vil medføre nok forretningsmæssig begrundelse.¹⁵⁷ *Adolfo Jiménez* sætter imidlertid spørgsmålstegn ved en situation hvor armslængdeprincippet er nok til at anse en transaktion for forretningsmæssigt begrundet. Den subjektive del af testen, som indeholder forretningsmæssige begrundelse, bliver udvisket i dette perspektiv, eftersom en overholdelse af armslængdeprincippet betyder at uafhængige parter ville have indgået samme transaktion. I tilfælde hvor denne tilgang er nok til at bevise forretningsmæssig begrundelse, smelter en toleddet vurdering af objektive omstændigheder og subjektive elementer sammen.¹⁵⁸

Andet hensyn som *Moritz Glahe* berører, er en fortolkning om at bevise forretningsmæssige grunde som ikke forholder sig til skattemæssige forhold.¹⁵⁹ Dette antyder forretningsmæssige grunde som har mere kommerciel karakter. Denne fortolkning kan ændre på tilgangen til blandt andet LL § 2, om at priser og vilkår skal ske i overensstemmelse med hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter, i et perspektiv om misbrugsvurderingen, og ”*According to Wolfgang Schön, it could lead to an ‘erosion’ of the arm’s length principle.*”.¹⁶⁰ Der er umiddelbart få forretningsmæssige grunde, der kan retfærdiggøre en fravigelse af armslængdeprincippet. En transaktion som har til hensigt at redde et koncernforbundet selskab, med finansielle problemer, anses for den eneste umiddelbare forretningsmæssige begrundelse, til at fravige armslængdeprincippet i henhold til en misbrugsvurdering.¹⁶¹

Diskussionen er væsentlig, i henhold til spørgsmålet om hvorvidt det er tilstrækkeligt, at en transaktion overholder armslængdeprincippet, og dermed den objektive del af en misbrugsvurdering.

¹⁵² (*Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge*, 2010, præmis 71)

¹⁵³ (Laursen, 2015, s. 216-217)

¹⁵⁴ (Laursen, 2015, s. 216-217)

¹⁵⁵ (Glahe, 2013, s. 226)

¹⁵⁶ (Glahe, 2013, s. 227)

¹⁵⁷ (Glahe, 2013, s. 227)

¹⁵⁸ (Jiménez, 2010, s. 277)

¹⁵⁹ (Glahe, 2013, s. 226)

¹⁶⁰ (Glahe, 2013, s. 227)

¹⁶¹ (Glahe, 2013, s. 228)

Eller kræves det stadig, at der skal forekomme forretningsmæssig begrundelse, ved det subjektive element i et transfer pricing perspektiv af misbrug?

Efter forholdene i sagen, vurderes lovgivningen at varetage legitime mål, der er *forenelige med traktaten*. EU-Domstolen tillagde det betydning, at reglerne skulle bero på objektive, efterprøvelige kriterier, og at skatteyderen havde mulighed for at påvise forretningsmæssige grunde for transaktionen, som en del af det subjektive element.¹⁶² Disse kriterier indeholdt en objektiv vurdering af armslængdevilkårene. Yderligere fik skatteyderen mulighed for at dokumentere den forretningsmæssige begrundelse, hvor det skulle foregå proportionelt og ikke urimeligt byrdefuldt.¹⁶³

I lyset heraf konkluderes det, at manglende overholdelse af armslængdeprincippet i sig selv ikke udgør et misbrug, men det kan indgå i en samlet grænsevurdering, af forretningsmæssig og kommerciel begrundelse. Hvis dette element ikke kan bevises, opstår en situationen, hvor det kan anfægtes som et rent kunstigt arrangement. Det er denne vurdering, om arrangementers manglende økonomiske realitet og hovedformål om at opnå en skattemæssig fordel, der udgør kernen i EU-Domstolens misbrugsdoktrin og bedømmelse. Om korrekt anvendelse af armslængdeprincippet, er nok til at der ikke foreligger misbrug, er ikke statueret direkte i dommen om SGI.

3.2.2. C-382/16 *Hornbach-Baumarkt AG*

Sagen C-382/16 omhandlede en tvist, hvor det tyske selskab Hornbach-Baumarkt AG skulle stille garanti- og hensigtserklæringer med henblik på at de hollandske datterselskaber, Hornbach Real Estate Groningen BV og Hornbach Real Estate Wateringen BV, som havde en negativ egenkapital, kunne optage banklån. Dette gjorde Hornbach-Baumarkt AG uden at kræve afregning, og dermed fandt de lokale skattemyndigheder at ” (...) *uafhængige tredjeparter under samme eller lignende omstændigheder ville have aftalt et vederlag som modydelse for de således afgivne garantier (...)*”.¹⁶⁴ Af den grund foretog den lokale skattemyndighed en forhøjelse af selskabets skattepligtige indkomst, i henhold til den tyske regel i AStG's § 1, stk. 1 og 4, som indebærer armslængdeprincippet. Den forelæggende ret, bekræftede anvendelsen af denne bestemmelse, men indbragte anvendelsen af reglen til EU-Domstolen med det præjudicielle spørgsmål om hvorvidt den tyske regel var i strid med etableringsfriheden i artikel 49 TEUF sammenholdt med artikel 54 TEUF.¹⁶⁵

EU-Domstolen fandt, med udgangspunkt i tidligere retspraksis, at forholdet kunne udgøre en restriktion mod etableringsfriheden.¹⁶⁶ Dette kunne, som udledt af SGI-sagen C-311/08, begrundes i ”(...) *at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede er begrundet i det tvingende almene hensyn, der er knyttet til opretholdelsen af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne (...)*”.¹⁶⁷ Sagen vedrørte forholdet, hvor et selskab stillede garanti- og hensigtserklæringer, som efter normale markedsvilkår ville have krævet afregning for disse garantier. EU-Domstolen fastslog at:

¹⁶² (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 71)

¹⁶³ (Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, 2010, præmis 71-74)

¹⁶⁴ (Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, 2018, præmis 11)

¹⁶⁵ (Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, 2018, præmis 26)

¹⁶⁶ (Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, 2018, præmis 32-34)

¹⁶⁷ (Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, 2018, præmis 41 & 43)

”Det samme gælder for så vidt angår den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, for så vidt som den omstændighed, at et hjemmehørende selskab indrømmer et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, og som det står i et afhængighedsforhold til, fordele på vilkår, der ikke er markedsvilkår, kan gøre det muligt for det hjemmehørende selskab at overføre sit overskud til sit ikke-hjemmehørende datterselskab i form af fordele og risikere at bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare.”¹⁶⁸

EU-Domstolen skulle derfor overholde proportionalitetsprincippet ved at efterprøve, om den nationale lovgivning gik videre end nødvendigt for at opfylde de legitime hensyn, der kunne begrunde en restriktion af etableringsfriheden. Dette gør EU-Domstolen i overensstemmelse med følgende:

”I denne henseende har Domstolen fastslået, at en national lovgivning, der baserer sig på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves for at afgøre, om en transaktion er et rent kunstigt arrangement, der blot har skattemæssige formål, ikke skal anses for at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre målene om at bevare en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og at hindre skatteunddragelse, hvis den skattepligtige, i hvert tilfælde, hvor der er mistanke om, at en transaktion går videre, end hvad de pågældende selskaber ville have aftalt på markedsvilkår, uden at være underlagt unødige administrative byrder, for det første har adgang til at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået. For det andet skal den skattemæssige korrektionsmekanisme i givet fald begrænses til den del, som overstiger det, som ville være blevet aftalt på markedsvilkår mellem de pågældende selskaber (dom af 21.1.2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 71 og 72).”¹⁶⁹

EU-Domstolen videreførte tidligere retspraksis fra SGI-sagen C-311/08, om at de objektive omstændigheder fra EU-Domstolens misbrugsdoktrin. De objektive og subjektive omstændigheder forholdt sig til realiteten i transaktionen, og dermed om transaktionen er et kunstigt arrangement som er udført på baggrund af en skattemæssig fordel. Dette er et proportionalitetsprincip, som skal retfærdiggøre restriktionen. Denne situation ville sætte en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen i fare, og dermed være et forsøg på skatteunddragelse, hvis transaktionen ikke afspejler hvad uafhængige selskaber havde aftalt. Dertil fik skatteyderen mulighed for at bevise forretningsmæssige grunde for transaktionen, ved at godtgøre at det ikke var med henblik på at opnå en skattemæssig fordel. Bevisførelsen måtte ikke pålægge skatteyderen unødige administrative byrder.

Hornbach-Baumarkt AG-sagen fraveg fra SGI C-311/08, efter det var uklart om en restriktion mod etableringsfriheden kunne begrundes ved risikoen om at bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare, eller om skatteundgåelse stadig skal ses i sammenhæng.¹⁷⁰ Formålet med den nationale regel var som udgangspunkt ikke direkte at bekæmpe

¹⁶⁸ (Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, 2018, præmis 45)

¹⁶⁹ (Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, 2018, præmis 49)

¹⁷⁰ (Buriak & Petrucci, 2018, s. 351-353) & (Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, 2018, præmis 47)

skatteundgåelse, men at sikre fordelingen af beskatningsretten. Dog vurderede *CFE ECJ Task Force's opinion statement* dette til ikke at have nogen indflydelse på udfaldet, eftersom det ville have givet samme resultat.¹⁷¹ Yderligere måtte det kunne fortolkes at hensigten med en national regel, om korrekt fordeling af beskatningsret, implicit vil være at bekæmpe skatteundgåelse hvis det kan tilsidesættes efter en misbrugsvurdering. EU-Domstolen accepterede, at hensynet til en balanceret fordeling af beskatningskompetencen kunne begrunde restriktionen, hvis denne ikke går videre end nødvendigt for at nå det forfulgte mål. Denne begrundelse blev dog ikke direkte koblet til misbrug, men alene til princippet om territorial beskatning og korrekt fordeling af denne. Denne sammenkobling er, efter denne afhandlings perspektiv, central i henhold til hvordan transfer pricing og armslængdeprincippet benyttes i en misbrugsvurdering. EU-Domstolen opstiller, som ovenfor vist, samme proportionalitets test op, til at vurdere om *den nationale lovgivning går videre end nødvendigt for at nå det forfulgte mål*.¹⁷² *Svitlana Buriak & Raffaele Petruzzi* sætter spørgsmålstejn ved dette scenarie om at en national lovgivning der begrænser etableringsfriheden, kan retfærdiggøres udelukkende igennem den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, og ”*Therefore, the issue remains why the Court still applied a proportionality test corresponding to justification of prevention of tax avoidance.*”.¹⁷³ Der henvises her både til *Thin Cap Group Litigation C-524/04* og *SGI C-311/08*, som fastslår, at hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne ikke alene kan begrunde en restriktion af etableringsfriheden. Dette hensyn skal kobles sammen med et formål om at forhindre skatteundgåelse, for netop at målrette sig mod rent kunstige arrangementer. En fordeling af beskatningskompetencen i sig selv modvirker ikke nødvendigvis kunstige arrangementer og kan derfor ikke alene opfylde proportionalitetsprincippet. Det er derfor centralt om formålet med at bekæmpe udhuling af beskatningsgrundlaget anses for at forhindre skatteundgåelse.

Ifølge *Svitlana Buriak & Raffaele Petruzzi* giver *Hornbach-Baumarkt AG*-sagen anledning til tvivl i henhold til fortolkningen af transfer pricing situationer, der ikke er udført på armslængdevilkår.¹⁷⁴ Dette er ligeledes en tvivl om en potentiel udviskning af armslængdeprincippet på baggrund af manglende klarhed fra EU-Domstolen som opstod i *SGI C-311/08*. Efter *Hornbach-Baumarkt AG* vil EU's skatteydere potentielt være i stand til at argumentere mere effektivt mod transfer pricing justeringer, der ikke er handlet efter armslængdeprincippet.¹⁷⁵ EU-Domstolen danner grundlaget for at kunne gennemføre transaktioner der ikke er handlet på armslængdevilkår, hvor uafhængige parter ikke havde indgået aftalen, ved at ”*Når udviklingen af et datterselskabs aktiviteter afhænger af et supplerende kapitalindskud følge af den omstændighed, at datterselskabets egne midler ikke er tilstrækkelige, kan forretningsmæssige grunde begrunde, at moderselskabet mobiliserer midler på vilkår, der ikke er sædvanlige mellem tredjeparter.*”¹⁷⁶ EU-Domstolen åbner med dette for, at et moderselskabs interesse i et datterselskabs økonomi, kan udgøre forretningsmæssig begrundelse for at handle på vilkår, som uafhængige havde krævet vederlag for. I *CFE ECJ Task Force's opinion*

¹⁷¹ (Nogueira, Pistone, & Prats, 2019, s. 7)

¹⁷² (*Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau*, 2018, præmis 48)

¹⁷³ (Buriak & Petruzzi, 2018, s. 353-354)

¹⁷⁴ (Buriak & Petruzzi, 2018, s. 359)

¹⁷⁵ (Scaturro, 2018, s. 2)

¹⁷⁶ (*Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau*, 2018, præmis 54)

statement, kalder de dette for “*a spectacular conclusion*”, og rejser spørgsmålet om hvor langt potentielle forretningsmæssige begrundelser kan række.¹⁷⁷ Med baggrund i dette vil skatteydere i EU potentielt være i stand til at argumentere mere effektivt mod et fraveget armslængdeprincip.¹⁷⁸ Svitlana Buriak & Raffaele Petruzzi, argumenterer at “*These conclusions, might potentially undermine the relevance of the arm’s length principle in the EU transfer pricing rules (...)*”, hvilket kan have konsekvenser for en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen.¹⁷⁹ Denne situation leder til et interessant spørgsmål i misbrugsvurderingen og sammenkoblingen til transfer pricing.

Hornbach-Baumarkt AG-sagen viser, at selv i situationer hvor armslængdeprincippet ikke er overholdt, kan transaktionen potentielt være reelle og ikke udgøre misbrug i EU-retlig forstand, såfremt skatteyderen kan forretningsmæssigt begrunde, jf. SGI C-311/08. Dette har betydning for både vurderingen om misbrug og arrangementets realitet i henhold til LL § 3, samt korrektionsmulighederne efter LL § 2. Dette illustrerer derfor et overlap i den forretningsmæssige begrundelse mellem netop armslængdeprincippet i transfer pricing-reglerne og misbrugsvurderingen.

3.2.3. C-484/19 Lexel AB

C-484/19 omhandlede det svenske selskab Lexel AB, der indgik i Schneider Electric-koncernen, og havde optaget lån fra et fransk koncernselskab til at finansiere køb af aktier i et andet koncernselskab. Lexel betalte renter på lånet og ønskede dermed at fradrage renteudgifterne i Sverige. Skattemyndighederne i Sverige mente, at transaktionerne var gennemført med henblik på at opnå fradrag i Sverige, fremfor Spanien, hvor det koncernselskab Lexel købte aktierne af havde hjemsted. Arrangementet medførte derfor opnå en væsentlig skattefordel.¹⁸⁰ Lexel gjorde gældende, at transaktionen ikke var oprettet for en skattefordel, og at fradrag ville være blevet tilladt, hvis långiver havde været hjemmehørende i Sverige. Skattemyndighederne nægtede, at Lexel kunne fradrage renteudgifterne med lovhjemmel i en rentefradrags-undtagelsesregel, og derfor indbragte Lexel sagen for den forelæggende ret. Med henblik på at få afklaret, ” (...) om anvendelsen af undtagelsesreglen udgør en restriktion for etableringsfriheden i henhold til artikel 49 TEUF, og, i bekræftende fald, om en sådan restriktion eventuelt kan være begrundet (...)”, indbragte den foreliggende ret for EU-Domstolen med det præjudicielle spørgsmål.¹⁸¹ Forinden havde den forelæggende ret fremhævet, ” (...) at det overordnede mål med denne regel er at forhindre aggressiv skatteplanlægning ved hjælp af rentefradrag.”¹⁸²

EU-Domstolen fandt, på baggrund af sagens omstændigheder, at forholdet kunne udgøre en restriktion mod etableringsfriheden, eftersom det foreliggende tilfælde havde en indvirkning der forskelsbehandlede. Med henvisning til fast retspraksis, kan en restriktion mod etableringsfriheden begrundes i *tvungende almene hensyn*, og dertil et hensyn om at gennemførslen ikke gik udover hvad der er nødvendigt, og dermed overholder et proportionalitetsprincip.¹⁸³

¹⁷⁷ (Nogueira, Pistone, & Prats, 2019, s. 10)

¹⁷⁸ (Scaturro, 2018, s. 2)

¹⁷⁹ (Buriak & Petruzzi, 2018, s. 359-360)

¹⁸⁰ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 22)

¹⁸¹ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 26)

¹⁸² (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 27)

¹⁸³ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 46)

Først og fremmest vurderede EU-Domstolen om ” (...) den i hovedsagen omhandlede forskellige behandling kan begrundes i hensyn til bekæmpelsen af skattesvig og skatteunddragelse.”¹⁸⁴ Bekæmpelsen af skattesvig og skatteundgåelse er dermed et legitimt hensyn, dog med kravet om at det skal hindre rent kunstige arrangementer, uden en økonomisk realitet. Dertil skal skatteyderen, som en del af proportionalitetskravet, have muligheden for at fremlægge forretningsmæssige grunde, for at modvirke påstanden om at det er et rent kunstigt arrangement. Ydermere indeholder proportionalitetskravet, et element om ” (...) at det kun er den del af renterne, der overstiger, hvad der ville være aftalt, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem parterne, der nægtes fradrag for.”, for så vidt at transaktionen er vurderet til at være et rent kunstigt arrangement.¹⁸⁵ EU-Domstolen fastslog, at den nationale undtagelsesregel ikke udelukkende havde til formål at bekæmpe rent kunstige arrangementer, og var derfor ikke begrænset til det. Transaktioner og arrangementer, der er handlet på armslængdevilkår, kan også være omfattet af den omhandlede undtagelsesregel. EU-Domstolen vurderede, at i den omhandlede transaktion blev det overvejende grundlag for at nægte fradrag, ikke en realitetsvurdering, eftersom ” (...) det fiktive aspekt af den omhandlede transaktion ikke en afgørende betingelse for at nægte retten til fradrag.”¹⁸⁶ Lexel-sagen afveg fra de ovenfor nævnte domme fra EU-Domstolen, eftersom der bliver taget stilling til om opfyldelse af armslængdeprincippet i et koncerninternt lån kunne udelukke misbrug, i henhold til misbrugsvurderingen:

”Det må fastslås, at undtagelsesreglens anvendelsesområde vil kunne omfatte transaktioner, der er indgået på armslængdevilkår, og som derfor ikke udgør rent kunstige eller fiktive arrangementer, som er udformet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.”¹⁸⁷

EU-Domstolen kom frem til, at transaktioner der er indgået på armslængdevilkår, ikke udgør rent kunstige eller fiktive arrangementer. Dette synes at være en konklusion som ikke afspejler de tidligere domme fra EU-Domstolen, hvor vurderingen af misbrug ikke alene kunne afklares om hvorvidt armslængdeprincippet var overholdt, men skulle følges af transaktionens reelle økonomiske og forretningsmæssige begrundelser, jf. SGI C-311/08 & Hornbach-Baumarkt AG C-382/16. Dette udelukkede en misbrugssituation, hvor et låns rente er ydet på armslængdevilkår, men udelukkende er oprettet af skattemæssige hensyn uden kommerciel begrundelse, der egentligt modstrider EU-Domstolens misbrugsdoktrin og formålet mod bekæmpelsen af aggressiv skatteplanlægning. Dette er en potentiel situation, hvor formålet med lovgivningen ikke overholdes, men formelt set er der økonomisk realitet fordi armslængdeprincippet er opfyldt. Lexel-sagen ændrede EU-Domstolens praksis fra en samlet realitetsvurdering, der indeholder både objektive og subjektive elementer, til en mere snæver tilgang, hvor armslængdeprincippet kan være tilstrækkeligt til at udelukke misbrug, selv med manglende forretningsmæssig begrundelse.¹⁸⁸ I CFE ECJ Task Force’s opinion statement anses armslængdeprincippet i Lexel-sagen for en form for skatteydere *safeguard* eller *safe harbour*.¹⁸⁹ Dette

¹⁸⁴ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 48)

¹⁸⁵ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 51)

¹⁸⁶ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 54)

¹⁸⁷ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 56)

¹⁸⁸ (Wilde & Wisman, Kluwer International Tax Blog, 2022)

¹⁸⁹ (CFE ECJ Task Force, 2021, s. 5)

understøttes af *Ciska Wisman* og *Maarten de Wilde* som ligeledes anså armslængdeprincippet i Lexel-sagen, som værende en *safe harbour*, mod EU-rettens hensigter.¹⁹⁰ Begrebet *safe harbor* betyder, at hvis en transaktion holder sig inden for rammerne eller betingelserne af en bestemmelse, kan skattemyndighederne som udgangspunkt korrigere eller tilsidesætte.¹⁹¹ Selv i situationer hvor der mangler en forretningsmæssig og kommerciel begrundelse, så må kun det beløb, der overstiger armslængdeprisen, nægtes fradrag, hvis prisen er på armslængdevilkår. Dette kan skabe en modstrid i samspillet mellem GAAR og armslængdeprincippet, fremfor en komplementerende tilgang. *Ciska Wisman* og *Maarten de Wilde* anbragte nogle centrale betragtninger i forhold til armslængdeprincippets betydning for misbrugsvurderingen i Lexel-sagen:

*”That is not surprising, and also almost a battle even between the head and the heart, since we very well know and if honest also feel that the arm’s length standard by no means actually is enough to effectively address any tax avoidance activities by multinational firms, and any incentives or nudges created for that purpose by some countries for that matter.”*¹⁹²

De sætter et kritisk spørgsmålstejn ved situationer hvor armslængdeprincippet er overholdt, og af den grund udelukker misbrug. Der henvises til formålet med indsættelsen af BEPS-projektet, der blev iværksat fordi armslængdeprincippet i sig selv ikke er direkte nok til at objektivt udelukke skatteundgåelse. Det kan være med til at modvirke skatteundgåelse, men ikke rent objektivt udelukke misbrug. Dette illustrerer forholdet mellem SAAR-bestemmelserne og GAAR-bestemmelsen. SAAR-bestemmelser kan ikke indramme alle skatteundgåelse former, og er indsat for at modvirke specifikke situationer. GAAR-bestemmelsen har til formål at lukke de huller som SAAR-bestemmelserne ikke kan ramme, ved at have en formåls- og hensigtsbaseret fortolkningsmetode og direkte inddrage realiteten af arrangementet.¹⁹³

Ciska Wisman og *Maarten de Wilde* sætter yderligere spørgsmålstejn ved samspillet mellem EU-Domstolens misbrugsdoktrin og andre områder, dertil skatteundgåelsesdirektivets artikel 6, som LL § 3 er en implementering af. Lexel-sagen fokuserer ikke på det subjektive element om formål, og de objektive omstændigheder om realitet. Derimod tillægges armslængdeprincippet vurderingen om misbrug. Dette modarbejder tidligere EU-praksis og principielt fortolkningen af GAAR-bestemmelsen. *Svitlana Buriak* kritiserer Lexel-sagens anvendelse af armslængdeprincippet, hvis det benyttes som det eneste krav, og får en *safe harbor* effekt: ” (...) if the overall arrangement is deemed artificial but an isolated loan transaction within it is genuine, the ALP should not offer a safe harbor against tax avoidance.”¹⁹⁴ Det er vigtigt i misbrugsvurderingen at det generelle formål og hensigt vurderes, alternativt skaber det en situation hvor rent kunstige arrangementer eller skatteundgåelsesstrukturer kan undgå en misbrugsvurdering, hvis den enkelte transaktion i sig selv er på markedsvilkår.

¹⁹⁰ (Wilde & Wisman, Kluwer International Tax Blog, 2022)

¹⁹¹ (Wittendorff & Bundgaard, 2001, s. 89)

¹⁹² (Wilde & Wisman, Kluwer International Tax Blog, 2022)

¹⁹³ (Bemærkninger til lovforslaget L 28 A, 2018)

¹⁹⁴ (Buriak, Kluwer International Tax Blog, 2024)

Sekundært vurderede EU-Domstolen om ” (...) den i hovedsagen omhandlede forskellige behandling kan begrundes i behovet for at opretholde fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.”¹⁹⁵ EU-Domstolen kom frem til at, den nationale regel ikke havde til hensigt at opretholde en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen. Det fremgår af forarbejderne til den nationale regel, at den ” (...) skal forhindre den udhuling af det svenske beskatningsgrundlag.”.¹⁹⁶ Disse to mål måtte ikke forveksles, ifølge EU-Domstolen, og formålet med den nationale regel, kunne ikke anses for et tvingende alment hensyn. Dertil kommer EU-Domstolen frem til, at ” (...) et lavere skatteprovenu ikke kan anses for et tvingende alment hensyn, der kan påberåbes som begrundelse for en foranstaltning, som i princippet er i strid med en grundlæggende frihed.”, som er særligt centralt i perspektivet til tidligere belyst sondring i misbrugsbedømmelse om retssikkerhed. Skattesystemet ønsker at forhindre misbrug, men der skal fortsat være plads til at virksomheder kan strukturere deres aktiviteter på en skatteeffektiv måde inden for lovens rammer.¹⁹⁷ Netop dette er et argument som modvirker, at armslængdeprincippet har en karakter af at være en skatteretlig værnregel. Yderligere vurderede EU-Domstolen, at så længe armslængdeprincippet er overholdt og interne transaktioner sammenlignet med eksterne transaktioner er ens, så kan den nationale regel ikke prøves i henhold til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen.¹⁹⁸ Dermed blev armslængdeprincippet tillagt, central betydning i proportionalitetsprincippet.

Afslutningsvis undersøgte EU-Domstolen, om det samlede hensyn mellem ” (...) bekæmpelse af skattesvig og skatteunddragelse og opretholdelse af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.”, kunne retfærdiggøre den nationale regel.¹⁹⁹ I tidligere praksis, navnlig Oy AA C-231/05 og SGI C-311/08, blev det konkluderet, at i situationer hvor nationale regler ikke specifikt tager sigte på rent kunstige arrangementer, kunne en national regel begrundes i et samlet hensyn mellem netop skatteunddragelse og fordelingen af beskatningskompetencen. Ingen af hensynene anerkendes i dommen, hvorfor den samlede vurdering ikke kunne retfærdiggøres.²⁰⁰

Lexel-sagen risikerede at ændre misbrugsvurderingen af økonomisk realitet og formål, som er centralt i EU-Domstolens misbrugsdoktrin. Det kan have en væsentlig betydning for samspillet mellem nationale GAAR-regler og SAAR-bestemmelser, hvor netop samspillet bygger på en vurdering af både transaktionens formål og hensigt.

3.2.4. C-585/22 X BV

C-585/22 omhandlede det hollandske selskab X BV, der indgik i en multinational koncern. X BV købte 72% af aktierne i et uafhængigt tredjeparts selskab, hvortil X BV optog et lån fra et koncernforbundet belgisk selskab til at finansiere aktiekøbet. Kapitalen som blev lånt, var egenkapital opnået ved et kapitalindskud af et tredje belgisk koncernforbundet selskab.²⁰¹

¹⁹⁵ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 58)

¹⁹⁶ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 67)

¹⁹⁷ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 68)

¹⁹⁸ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 69)

¹⁹⁹ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 71)

²⁰⁰ (Lexel AB v Skatteverket, 2021, præmis 76-77)

²⁰¹ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 6)

Skattemyndighederne afslog fradragsretten for renterne til lånet, og begrundede dette i national lovgivning om begrænsning af fradrag for specifikt, gæld der vedrører erhvervelse af en andel i et selskab, der som følge heraf bliver koncernforbundet og efterfølgende ikke kan begrunde dette forretningsmæssigt.²⁰² Sagen blev prøvet ved den øverste domstol i Holland, hvor det blev vurderet hvorvidt nægtelsen af fradrag, var en restriktion eftersom grænseoverskridende transaktioner blev stillet ringere.²⁰³ Den forelæggende ret begrundede restriktionen mod at bekæmpe skattesvig og skatteunddragelse, ved i dette tilfælde at modvirke rent kunstige arrangementer som ingen økonomisk realitet har. Den forelæggende ret mente, at formålet med bekæmpelse af skatteunddragelse, kunne retfærdiggøres mod lån som anses for vilkårligt og uden driftsøkonomisk begrundelse. Dertil skal lovgivningen bekæmpe lån som inden for en koncern er dikteret af skattemæssige hensyn. Lånet måtte ikke være kunstigt og indeholde skattemæssige hensyn, selv hvis renteudgifterne er identiske med hvad der ville være blevet aftalt mellem uafhængige parter.²⁰⁴

Den forelæggende ret henviste til Lexel AB C-484/19 med et tvivlsspørgsmål om armslængdeprincippet væsentlighed i henhold til realitetsvurderingen. Det fremgår som følger: *”For det første er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt det af denne dom kan udledes, at transaktioner gennemført på armslængdevilkår alene af denne grund ikke udgør rent kunstige arrangementer.”*²⁰⁵ Den forelæggende ret sætter spørgsmålstegn armslængdeprincippet evne til at udelukke realitetsvurderingen om kunstighed, og dermed om en overholdelse af dette kan skabe en *safe harbor* mod misbrug. Kan man udlede af Lexel-sagen, at transaktioner på armslængdevilkår aldrig skal anses for rent kunstige? I dette perspektiv er transaktioner handlet på armslængdevilkår aldrig skatteundgåelse. I en tilsvarende situation skal armslængdeprincippet tillægges betydelig værdi i misbrugsvurderingen, hvis det afviges.

Den forelæggende ret forelagde EU-Domstolen for 3 præjudicielle spørgsmål, som EU-Domstolen behandlede samlet. Behandling af de 3 præjudicielle spørgsmål omhandlede hvorvidt, en national lovgivning som den i sagen, om rentefradrag udgør en restriktion mod artikel 49 TEUF, 56 TEUF og 63 TEUF. Det centrale i spørgsmålet var om en national lovgivning kunne nægte fradrag for et lån mellem koncernforbundne selskaber, hvis lånet anses som en del af et kunstigt arrangement, på trods af at lånet er indgået på armslængdevilkår.²⁰⁶

I forslaget til afgørelsen fra *Generaladvokaten Emiliou*, diskuteres to centrale momenter fra tidligere EU-Domstolens praksis i form af SGI C-311/08 og Thin Cap Group Litigation C-524/04.²⁰⁷ Generaladvokaten sondrede mellem to scenarier som har betydning for armslængdeprincippet indflydelse på misbrugsvurderingen. Det ene scenarie vedrørte indholdet af en transaktion. Det angik om specifikke vilkår og priser afspejler, hvad der ville være blevet aftalt mellem uafhængige parter. Dette scenarie afspejler en transfer pricing vurdering.

²⁰² (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 4 & 8)

²⁰³ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 8)

²⁰⁴ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 9-11)

²⁰⁵ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 12)

²⁰⁶ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 13 & 21)

²⁰⁷ (Emiliou, 2024, præmis 77)

”På den ene side kan et koncerninternt lån, der optages af reelle økonomiske og/eller forretningsmæssige grunde, indeholde specifikke vilkår, der ikke »bygger på nogen økonomisk realitet«. Der kan aftales en alt for høj rentesats (kunstigt, da koncernen i sidste ende betaler renten til sig selv) i en ellers legitim transaktion for at opnå et tilsvarende højt skattefradrag i den medlemsstat, hvor det låntagende selskab er etableret. Armslængdeprincippet (dvs. om uafhængige virksomheder ville have aftalt de samme vilkår under sammenlignelige omstændigheder) tjener som et objektive benchmark til at afgøre, om det rent faktisk er tilfældet.”²⁰⁸

Situationer hvor transaktionen i sig selv havde økonomisk substans, men hvor de aftalte priser og vilkår ikke kunne begrundes forretningsmæssigt, var afgørende i det ene scenarie. Situationen afspejlede primært en transfer pricing vurdering, men kan kobles til en misbrugsvurdering. I dette scenarie er *safe harbor*-betragtningen central.

Det andet scenarie vedrørte mere tydeligt en misbrugsvurdering, hvor armslængdeprincippet er overholdt, men transaktionen alligevel kan anses som et rent kunstigt arrangement, hvis helhedsvurdering viser at økonomiske og forretningsmæssige begrundelser mangler. Modsat første scenarie er vilkårene og priserne indgået på armslængdevilkår, men transaktionen i sig selv ville ikke være indgået uden en koncernforbindelse og en skattemæssig fordel.

”På den anden side kan forbundne selskaber også optage et lån, som overordnet set savner økonomisk og/eller forretningsmæssig begrundelse, med det ene (eller primære) formål at generere rentebetalinger på det låntagende selskabs hjemsted. Hvorvidt de vilkår, der gælder for dette lån, svarer til dem, der ville være blevet aftalt af ikke-forbundne enheder under lignende omstændigheder, er derimod uden relevans. Som den nederlandske regering har gjort gældende, kan et sådant lån ikke anses for at »bygge på nogen økonomisk realitet«, ganske enkelt fordi den gældende rentesats er fastsat til markedsværdien. Rent faktisk bygger dette lån ikke »på nogen økonomisk realitet«, for havde det ikke været for forbindelsen mellem selskaberne og den begærede skattefordel, ville det aldrig være blevet optaget.”²⁰⁹

I OECD Transfer Pricing Guidelines fremhæves dette scenarie også. OECD pointerer at fordi uafhængige parter ikke havde indgået en transaktion, medfører ikke nødvendigvis at et arrangement skal tilsidesættes.²¹⁰ I henhold til ovenstående fremlagde *Generaladvokaten Emiliou*, en bekymring om armslængdeprincippet som en *safe harbor*, ved at det kan hindre nationale skattemyndigheders muligheder for at bekæmpe misbrug og skatteunddragelse.²¹¹ Bekymringen indebar, betragtninger om at skatterådgivere frit ville kunne overføre overskud mellem medlemsstater, ved at udføre indviklede arrangementer, så en lavere skattesats kunne udnyttes. Det kræver principielt, at der fastsættes vilkår som opfylder armslængdeprincippet og dermed overholder markedsvilkårene, som derfor gør arrangementet reelt hvis armslængdeprincippet udelukker at der er tale om rent kunstige arrangementer. Det kunne det potentielt sætte restriktioner på EU-Domstolens misbrugsdoktrin og

²⁰⁸ (Emiliou, 2024, præmis 78)

²⁰⁹ (Emiliou, 2024, præmis 79)

²¹⁰ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 75)

²¹¹ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 210-211)

GAAR.²¹² Dette kunne medføre gunstige vilkår for *det rindende vands princip*, som EU-Domstolens misbrugsdoktrin og GAAR-bestemmelsen havde været et værnstiltag i mod. Hvis praksis tillægger armslængdeprincippet en *safe harbor* status, modvirker det udjævningen af skattesystemets strukturforskelle, netop ved at kunne oprette arrangementer, som udnytter en lavere skattesats uden at det anses for misbrug.²¹³ *Generaladvokaten Emiliou* var derfor af den opfattelse, at Lexel-sagen tilgang til armslængdeprincippet skulle ses i overensstemmelse med velbegrundede kommercielle årsager og økonomiske begrundelser, for at teste om det udgør et rent kunstigt arrangement.²¹⁴

Generaladvokaten Emiliou fremsatte et forslag til kunstighedsvurderingen i et koncerninternt lån i henhold til proportionalitetsprincippet. En situation hvor kunstigheden vedrørte høje rentesatser, men lånet i sig selv kan anses for værende reelt, skal medføre at der foretages korrektioner af den del som overstiger den forhøjede del af rentesatsen.²¹⁵ Dette afspejler en transfer pricing korrektion, som korrigerer renten til at afspejle markedsvilkårene og dermed overholde armslængdeprincippet. Derimod ved et koncerninternt lån som mangler økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, kan skattemyndighederne tilsidesætte hele det kunstige arrangement, og dermed nægte fradrag for hele lånet. Dette begrundes med udgangspunkt i hvorvidt lånet ikke ville være blevet optaget, hvis der ikke forelå en koncernforbindelse mellem selskaberne.²¹⁶ I en sådan situation spiller armslængdeprincippet og misbrugsvurderingen sammen.

EU-Domstolen fandt, at de præjudicielle spørgsmål i X BV-sagen skulle besvares i forhold til artikel 49 TEUF om etableringsfrihed. EU-Domstolen vurderede at den nationale lovgivning indebar en forskelsbehandling, som derfor påvirkede udøvelsen af EU's etableringsfrihed. Den nationale lovgivning udgjorde derfor en restriktion som efter EU-Domstolens retspraksis, kan begrundes i et tvingende alment hensyn, hvis den står i et rimeligt forhold til sit formål.²¹⁷

EU-Domstolen fremlagde flere grunde til, at national lovgivning kunne retfærdiggøres med henvisning til tvingende alment hensyn, selvom den udgjorde en restriktion af etableringsfriheden. Dette bygger på tidligere praksis fra EU-Domstolen. Den nationale lovgivning har ifølge forelæggende ret, til formål at bekæmpe skatteunddragelse og skattesvig, hvilket i præmis 54 udgør et tvingende alment hensyn, som kan retfærdiggøre en begrænsning af etableringsfriheden.²¹⁸ Præmis 54 og 55 fastslår, at hvis en national lovgivning forhindrer udhuling af beskatningsgrundlaget, anses dette for at bekæmpe skatteunddragelse og skattesvig, hvis det modvirker rent kunstige arrangementer. Dermed sondres der mellem hvorvidt formålet om at beskytte beskatningsgrundlaget mod udhuling er et tiltag mod skatteundgåelse. I Lexel AB C-484/19 ansås det ikke for at forebygge skattesvig og skatteundgåelse. National lovgivning kan ligeledes være begrundet, hvis den sigter mod at forhindre kunstige arrangementer uden reel økonomisk substans, og som kun er lavet for at undgå

²¹² (Emiliou, 2024, præmis 80)

²¹³ (Pedersen, 2015, s. 124)

²¹⁴ (Emiliou, 2024, præmis 83)

²¹⁵ (Emiliou, 2024, præmis 103)

²¹⁶ (Emiliou, 2024, præmis 104) & (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 75)

²¹⁷ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 46 & 53)

²¹⁸ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 54)

skatteretten.²¹⁹ EU-Domstolen henviste til C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, hvor der udledes et centralt skattemæssigt princip, om at det ikke er nok til at statuere misbrug, at selskaber vælger en skatteoptimeret løsning. Der skal være tale om kunstige forhold, hvor opnåelse af skattefordel er hovedformålet med transaktionen, og dette ikke kan forretningsmæssigt begrundes.²²⁰ Ifølge EU-Domstolen var den nationale lovgivning ” (...) *egnet til at sikre virkeliggørelsen af det forfulgte formål på en sammenhængende og systematisk måde (...)*”, og derfor var det nødvendigt at teste om lovgivningen gik videre end hvad der er nødvendigt for at nå målet om at bekæmpe det ovenfor nævnte tvingende almene hensyn.²²¹ Dette undersøges i X BV-sagen med proportionalitetsprincippet, som er skabt af EU- Domstolens praksis.

”Domstolen har fastslået, at en national lovgivning, som hviler på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves, for at afgøre, om en transaktion er et rent kunstigt arrangement, der udelukkende har skattemæssige formål, og som i hvert tilfælde, hvor det ikke kan udelukkes, at der foreligger et sådant arrangement, giver den skattepligtige person adgang til – uden at denne er underlagt unødige administrative byrder – at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået, kan anses for ikke at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at forhindre misbrug (jf. i denne retning dom af 26.2.2019, X (Passive selskaber etableret i tredjelande) (C-135/17, EU:C:2019:136, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis).”²²²

Proportionalitetsprincippet i EU-retten fungerer som en ramme for anvendelsen af en toleddet misbrugsvurdering i forhold EU-Domstolens misbrugsdoktrin. EU-Domstolen fremsatte en efterprøvelse af transaktionens kunstighed, og hvorvidt denne var indgået med udelukkende skattemæssige formål. Denne vurdering foretages ud fra skatteyderens bevisførelse om forretningsmæssige grunde. Dette indebærer altså et subjektivt element, hvor skatteyderen skal forsøge at retfærdiggøre transaktionen ved at bevise arrangementets forretningsmæssige grundlag, uden at være underlagt unødige administrative byrder. Dermed skal de objektive omstændigheder, om opnåelsen af en skattefordel retfærdiggøres. De objektive omstændigheder, består i hvorvidt skatteyderen har opfyldt den pågældende lovgivning, men modstrider hensigten og dermed opnår en skattemæssig fordel. Dette underbygges i dommens præmis 68, hvor EU-Domstolen fastslog, at der skal foretages en individuel undersøgelse af hele den pågældende transaktion. En situation hvor renter i forbindelse med gæld er optaget til køb af andele i et selskab, som betales til koncernforbundne selskaber, kan anses for et rent kunstigt arrangement under omstændighederne.²²³ Dertil stilles spørgsmålet om hvilken rolle armslængdeprincippet har i vurderingen af, om der foreligger en forretningsmæssig begrundelse og økonomisk realitet, specielt i henhold til Lexel AB C-484/19. Hvis armslængdeprincippet er overholdt, er det nok til at udelukke den subjektive test om forretningsmæssig begrundelse?

²¹⁹ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 56-57)

²²⁰ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 58-59)

²²¹ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 64)

²²² (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 67)

²²³ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 70)

”Som det fremgår af nærværende doms præmis 12, ønsker den forelæggende ret imidlertid oplyst, om det er muligt at udlede af dom af 20. januar 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34), og navnlig af denne doms præmis 56, at transaktioner, der består i at påtage sig gæld hos en enhed, der er forbundet med den skattepligtige person, pr. definition ikke udgør rent kunstige arrangementer, når de er blevet etableret på armslængdevilkår.”²²⁴

Blazej Kuźniacki gør det klart, at X BV-sagen viser, at overholdelse af armslængdeprincippet ikke automatisk udelukker misbrug.²²⁵ Derfor nuanceres udfaldet af Lexel-sagen, ved at arrangementets forretningsmæssige realitet, skal ses i sammenhæng med armslængdeprincippet, og denne skal indgå i vurderingen af misbrug. Vassilis Dafnomilis og Maarten de Wilde argumenterer for, at EU-Domstolen ikke ændrer deres tilgang, men derimod udvider og tilføjer en realitetsvurdering til betingelsen om at lånevilkårene skal være ydet på markedsvilkår.²²⁶ Blazej Kuźniacki pointerer, at i EU-Domstolens begrundelse, kan arrangementer som mangler forretningsmæssige grunde i sin helhed være misbrug og rent kunstige arrangementer, på trods af at det gennemføres på armslængdevilkår.²²⁷

”Det følger af denne retspraksis, at undersøgelsen af, om armslængdevilkårene er overholdt, ikke alene vedrører låneaftalens bestemmelser om bl.a. rentebeløbet eller rentesatsen, men ligeledes den økonomiske logik i det pågældende lån og de dermed sammenhængende retlige transaktioner. Sidstnævnte undersøgelse indebærer således en efterprøvelse af den økonomiske validitet af dette lån og af de dermed sammenhængende retlige transaktioner, idet det skal sikres, at sådanne transaktioner kunne være blevet indgået mellem de deltagende selskaber, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse.”²²⁸

Dette danner rammerne for de objektive omstændigheder i EU-Domstolens misbrugsvurdering i forhold til armslængdetransaktioner og arrangementer. Den udvidede fortolkning, hvor transaktionens vilkår og pris ikke alene bærer armslængdeprincippet, men hvor rationalet bag transaktionen til en subjektiv vurdering indgår. Transaktionen skal kunne afspejle markedsvilkårene, og ligeledes vurderes til at være blevet indgået hvis der ikke forelå en koncernforbindelse mellem selskaberne. Denne fortolkning kan styrke vurderingen af skattemæssig fordel. EU-Domstolen begrundes, at *”Det følger heraf, at en undersøgelse af de formelle betingelser for transaktioner alene ikke er tilstrækkelig til at vurdere den økonomiske realitet af en given transaktion.”*, hvilket underbygger det element i misbrugsvurderingen, hvor opfyldelsen af armslængdeprincippet ikke er nok til at udelukke misbrug.²²⁹ I forbindelse med vurderingen af armslængdevilkårene i en koncernintern transaktion, foretages en analyse af funktionerne i de pågældende parter, som nærmere kan give en indikation af realiteten og substansen. Afregningen for transaktionen, skal afspejle parternes pådragelse af funktioner, aktiver og risiko.²³⁰ Dette indebærer altså en analyse af realiteterne

²²⁴ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 73)

²²⁵ (Kuźniacki, Kluwer International Tax Blog, 2024)

²²⁶ (Wilde & Dafnomilis, PwC NL, 2024)

²²⁷ (Kuźniacki, EU Law Live, 2024, s. 4-5)

²²⁸ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 75)

²²⁹ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 78)

²³⁰ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 46)

bagved transaktionens parter. Dog er det med henblik på at afgøre hvordan indkomst og værdi skal fordeles mellem parterne, og derfor at sikre at transaktionerne er prissat korrekt i forhold til markedsvilkår. Forskellene mellem funktionsanalysen i transfer pricing sammenhæng, og misbrug i henhold til GAAR og EU-Domstolens misbrugsdoktrin, er primært om transaktionen er prissat korrekt. Misbrugstesten forholder sig yderligere til transaktionens og arrangementets realitet i helhedsvurdering.

Særligt præmis 88 i X BV-sagen udviser et samspil mellem armslængdeprincippet og misbrugsvurderingen. Hvis et lån ikke ville være blevet indgået uden en koncernforbindelse og den skattemæssige fordel ikke havde eksisteret uden dette forhold, mangler lånet økonomisk realitet. Det fremgår af EU-Domstolen, i henhold til førnævnte situation, at samtlige rentefradrag i et koncerninternt lån kan nægtes i henhold til proportionalitetsprincippet. Dette er en tilsidesættelse af transaktionen, hvor fradragsberettigede renter ikke indgår i den skattepligtige indkomst. EU-Domstolen anfører, at hvis der kun tilsidesættes en del af renterne, vil det ikke imødegå hele misbruget der er opnået ved en skattemæssig fordel.²³¹ Dette minder om en transfer pricing regulering, hvor tilsidesættelse efter EU-Domstolens misbrugsdoktrin og potentielt LL § 3, kan imødegå hele arrangementer med skatteundgåelses forhold.

*”Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal de forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national lovgivning, hvorefter fradrag for renter betalt af et lån, der er optaget hos en forbundet enhed, og som vedrører erhvervelse eller udvidelse af en andel i en anden enhed, der efter denne erhvervelse eller udvidelse bliver en med denne skattepligtige person forbundet enhed, fuldstændigt afslås ved opgørelsen af den skattepligtige persons overskud, når denne gæld betragtes som et rent kunstigt arrangement eller som en del af et sådant arrangement, også selv om gælden er stiftet på armslængdevilkår, og selv om rentebeløbet ikke overstiger det rentebeløb, som kunne være aftalt mellem uafhængige virksomheder.”*²³²

Dette er i overensstemmelse med *Generaladvokaten Emiliouis* fortolkning om samspillet mellem armslængdeprincippet og misbrugsvurderingen i henhold til rent kunstige arrangementer. *Alexander Tale* diskutererede vigtigheden af armslængdeprincippet, der fungerer som et værn mod flytning af overskud og udhuling af skattegrundlaget.²³³ Armslængdeprincippet tager ikke udgangspunkt i hvorvidt selve transaktionen mellem koncernforbundne selskaber, er forretningsmæssigt og kommercielt begrundet. Kunstigheden af et arrangement kan derfor ikke udelukkende vurderes ud fra armslængdeprincippet. Dermed kan en transaktion, der overholder LL § 2, stadig tilsidesættes efter LL § 3, hvis den ikke er reel og har til formål at opnå en skattemæssig fordel.²³⁴ Dette understøtter X BV-sagens anvendelse af misbrugsvurderingen.

X BV-sagen viser derfor, at hvis armslængdeprincippet i et arrangement er overholdt udelukker dette i sig selv ikke, at en transaktions kan anses for et rent kunstigt arrangement, og dermed udviser

²³¹ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 88)

²³² (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 93)

²³³ (Tale, 2023, s. 345)

²³⁴ (Tale, 2023, s. 345)

misbrug i henhold til EU-Domstolens praksis. X BV-sagen afspejler principperne, som er udledt af Lankhorst-Hohorst C-324/00, Thin Cap Group Litigation C-524/04 og SGI C-311/08, hvor de objektive omstændigheder inddrager armslængdeprincippet og de subjektive elementer som indeholder forretningsmæssige begrundelser.²³⁵ I X BV-sagen foretager EU-Domstolen en helhedsvurdering af arrangementet, hvor armslængdevilkårene udgør et led i analysen. Derfor vurderes det at armslængdeprincippet ikke udelukkende indgår i de objektive omstændigheder, men også skal indgå i de subjektive elementer. Særligt udledes det i X BV-dommen, at realitetsvurderingen forholder sig til hvorvidt låneforholdet ville være blevet indgået hvis der ikke forelå en koncernforbindelse i henhold til de forretningsmæssige grunde. Det er altså forretningsmæssig argumentation, som er det bærende element.

4. Sammenkobling af EU-Domstolens praksis med LL § 2 og LL § 3.

4.1. Armslængdeprincippets indflydelse

Det er ifølge EU-Domstolens retspraksis gjort klart at arrangementer skal afspejle en økonomisk realitet. I henhold til EU-Domstolen, indgår det i misbrugsvurderingen om den nationale restriktion kan begrundes i et tvingende alment hensyn, og om den er proportionel. De tvingende almene hensyn, indebærer at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og forhindre skatteunddragelse. Grundlæggende er der en række trin og betingelser som EU-Domstolen gennemgår, ved vurderingen af om de tvingende almene hensyn er overholdt.

EU-Domstolen har gennem retspraksis, herunder Emsland-Stärke C-110/99, udformet EU-Domstolens misbrugsdoktrin. EU-Domstolens misbrugsdoktrin indeholder, som behandlet i afsnit 2.2.6, objektive omstændigheder og subjektive elementer, med betingelserne for at vurdere misbrug. EU-Domstolen vurderer i henhold til de objektive omstændigheder, om lovgivningen er overholdt, men strider mod formålet med denne som medfører en skattemæssig fordel ved at være et rent kunstigt arrangement.²³⁶ Den subjektive del af testen, består i om skatteyderen har haft til hensigt at opnå en fordel ved transaktionen og drage nytte af denne. Hertil skal skatteyderen bevise forretningsmæssige grunde for arrangementet. Af dette udspringer vurderingen af, hvorvidt der foreligger et rent kunstigt arrangement. Elementerne som indgår i EU-Domstolens misbrugsvurdering, ses videreført i ovenstående behandlet EU-praksis i SGI C-311/08, Hornbach-Baumarkt AG C-382/16, Lexel AB C-484/19 og X BV C-585/22.

4.1.1. Overholdelse af armslængdeprincippet

Lexel AB C-484/19 og X BV C-585/22 indeholdt transaktioner hvor armslængdeprincippet var overholdt. Begge domme omhandlede specifikt koncerninterne lån som var handlet på markedsvilkår. Det fremgår af dommen hvordan transaktioner mellem koncernforbundne selskaber, der er indgået på armslængdevilkår vurderes i forhold til misbrug.

²³⁵ (Jiménez, 2010, s. 275)

²³⁶ (Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas., 2000, præmis 52) & (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 66)

I Lexel-sagen vurderede EU-Domstolen at en transaktion der overholder armslængdeprincippet, som udgangspunkt ikke kan anses for et rent kunstigt arrangement, eftersom det opfylder markedsvilkårene. Lexel-sagen afveg fra SGI C-311/08 og Hornbach-Baumarkt AG C-382/16, ved at en transaktion som var indgået i overensstemmelse med armslængdeprincippet kunne udelukke behovet for forretningsmæssig begrundelse og økonomisk realitet. Eller at armslængdeprincippet i sig selv var nok forretningsmæssig begrundelse og økonomisk realitet. I litteraturen blev dette udfald særligt diskuteret, eftersom det kunne tillægge armslængdeprincippet en *safe harbor* status i misbrugsvurderingen. Denne status er særligt farlig for misbrugsvurderingen, eftersom en *safe harbor* kan skabe huller for aggressiv skatteplanlægning, og være modstridende med skatteundgåelsesdirektivets GAAR. Hvis en skatteyder overholder armslængdeprincippet, og dette i sig selv medfører, at der ikke konstateres misbrug, udgår det subjektive vurderingsgrundlag.

X BV-sagen medførte en fortolkning som differencerede sig fra Lexel-sagen tilgang til armslængdeprincippets indflydelse på misbrugsvurderingen. EU-Domstolen fastslog, at selvom armslængdeprincippet er overholdt, medfører dette ikke i sig selv at realiteten af et arrangement er godtgjort. Armslængdeprincippet skal indgå i helhedsvurderingen af om der foreligger et rent kunstigt arrangement. Det må antages, at hvis armslængdeprincippet er opfyldt har dette en positiv indvirkning, men det er ikke nok i sig selv til at udelukke at der foreligger misbrug. Det skal i vurderingen indgå om transaktionen er båret af et skattemæssigt hensyn, og hvorvidt arrangementet kan forretningsmæssigt begrundes. De objektive omstændigheder indeholder en analyse af hvorvidt en transaktion er handlet på armslængdevilkår, og dertil om formålet med lovgivningen er overholdt, ved at vurdere om uafhængige parter havde indgået en identisk transaktion. Armslængdeprincippet kan være opfyldt, men med underliggende skattemæssige hensyn som misbruger skatteretten.

Dermed har EU-Domstolen inkorporeret armslængdeprincippet i misbrugsdoktrinet, med transaktioner indgået mellem koncernforbundne selskaber. EU-Domstolen sonderer mellem to situationer. Den ene situation omhandler transaktioner som overholder armslængdeprincippet, men hvor uafhængige parter ikke ville have indgået transaktionen, og den anden situation omhandler transaktioner hvor armslængdeprincippet er afvejet. Armslængdeprincippet kan ikke stå alene i misbrugsvurderingen.

4.1.2. Manglende overholdelse af armslængdeprincippet

SGI C-311/08 og Hornbach-Baumarkt AG C-382/16 indeholdt transaktioner hvor armslængdeprincippet ikke var overholdt. Det kan udledes af dommene, at transaktioner mellem koncernforbundne selskaber, der ikke er indgået på armslængdevilkår vurderes i forhold til misbrug.

Begge domme illustrerer, at manglende overholdelse af armslængdeprincippet, ikke i sig selv betyder at der foreligger misbrug. Men det har en betydelig værdi i vurderingen, eftersom det kan udvise økonomisk realitet hvis uafhængige selskaber havde indgået samme transaktion. EU-Domstolen anerkender, at armslængdeprincippet er et reelt værktøj til objektivt at vurdere om en transaktion er kunstig. Uafhængige selskaber indgår som udgangspunkt, altid i en transaktion med henblik på en forretningsmæssig fordel. Det påhviler derfor skatteyderen at modbevise misbrug hvis armslængdeprincippet er fraveget, ved at begrunde det forretningsmæssigt. Dommene viser derfor at, en fravigelse af armslængdeprincippet, stadig skal ses i henhold til skatteyderens forretningsmæssige

begrundelse. I en misbrugsvurdering, er der få forretningsmæssige grunde til at afvige fra armslængdeprincippet, som synes at kunne retfærdiggøre netop sådan en transaktion. SGI C-311/08 og Hornbach-Baumarkt AG C-382/16 fremhæver således, at hvis armslængdeprincippet er fraveget, indgår dette som en betydelig del af misbrugsvurderingen, men kan begrundes forretningsmæssigt. Derfor må det implicit bevirke, at når en transaktion er indgået på markedsvilkår vil det have en positiv indvirkning på om der foreligger misbrug efter LL § 3. Men EU-Domstolen synes ikke at udelukke misbrug ved overholdelse af armslængdeprincippet i SGI C-311/08 og Hornbach-Baumarkt AG C-382/16.

Diskussionen om hvorvidt, de objektive omstændigheder overholdes, er derfor central i forhold til samspillet mellem armslængdeprincippet og misbrugsvurderingen.

4.1.3. Elementer fra armslængdevurderingen der kan have indflydelse på misbrugsvurderingen

Armslængdeprincippet indgår som en del af de objektive omstændigheder i EU-Domstolens misbrugsvurdering. I den objektive del, foretager EU-Domstolen en vurdering af om koncernforbundne selskaber reelt set har overholdt armslængdeprincippet, og om selve transaktionen ville være blevet aftalt uden et koncernforhold. Vurderingen består i om transaktionen reelt set overholder lovgivningen, men ikke formålet med denne. Armslængdeprincippet handler ikke om, hvorfor en transaktion er gennemført, men udelukkende om korrekt prissætning. Men hvis en transaktion ikke er udført på armslængdevilkår, kan det indgå som led i misbrugsvurderingen, om der foreligger et rent kunstigt arrangement med skattemæssige formål. Dette udledes af Lexel, og X BV at hvis et ” (...) lån i sig selv ikke har nogen økonomisk begrundelse, og når lånet aldrig ville være blevet optaget, hvis der ikke havde været et særligt forhold mellem de berørte selskaber (...)”, dermed antyder EU-Domstolen, at transfer pricing forholdet skal ses i sammenhæng med den økonomiske realitet og begrundelse.²³⁷

De fem sammenlignelighedsfaktorer fra OECD Transfer Pricing Guidelines 2022 udgør kernen i sammenlignelighedsanalysen, og om en transaktion mellem koncernforbundne selskaber er handlet på armslængdevilkår, og dermed hvorvidt transaktionen potentielt kan udgøre misbrug. I en situation hvor armslængdeprincippet er overholdt, skal det stadig objektiv vurderes om uafhængige parter havde indgået en lignende aftale. EU-Domstolen tillægger ikke konkret, hvor stor indflydelse armslængdeprincippet kan have i en misbrugsvurdering. Men af de fem sammenlignelighedsfaktorer, er der flere elementer som kan have indflydelse på indikationen om der foreligger et rent kunstigt forhold og misbrug. I OECD Transfer Pricing Guidelines 2022 D.1.2 om funktionsanalysen, der identificerer de funktioner, aktiver og risici, som selskaberne i transaktionen håndterer. En funktionsanalyse kan indikere om et selskab har økonomisk realitet og aktivitet, og dermed om der foreligger et rent kunstigt arrangement.²³⁸ Yderligere kan det give en indikation på om uafhængige parter havde indgået samme transaktion. Ved at analysere funktioner, aktiver og risici kan det give en indikation af selskabers realitet. D.1.4 om parterne og markedets økonomiske situation, samt D.1.5 om selskabets strategi, kan anvendes til at vurdere, om en transaktion har forretningsmæssige og velbegrundede økonomiske motiver i forbindelse med vurderingen af om uafhængige parter havde

²³⁷ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024, præmis 88)

²³⁸ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 46-47)

indgået i samme transaktion.²³⁹ I Hornbach-Baumarkt AG C-382/16 anerkender EU-Domstolen at armslængdeprincippet ikke er overholdt, ved at et moderselskabs interesse i et datterselskabs økonomiske succes, kan udgøre forretningsmæssig begrundelse for at handle på vilkår, som uafhængige ikke havde gjort. I dette tilfælde indgik selskabets forretningsstrategi i vurderingen. Hvis det kan argumenteres, at en transaktion har en reel forretningsstrategi, kan det støtte skatteyderens begrundelse i de subjektive elementer for, at arrangementet ikke anses for rent kunstigt.

4.2 Betydning for anvendelsen af LL § 3

Det følger at LL § 3 skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med EU-Domstolens misbrugsdoktrin. SKM2021.30.SR indikerer, hvordan de danske Skattemyndigheder, inddrager og fortolker LL § 3 i overensstemmelse med EU-Domstolens misbrugsdoktrin. Denne fortolkning, giver derfor en indikation på det nuværende samspil og grænsefelt mellem LL § 2 og LL § 3 i henhold til ovenstående retspraksis fra EU-Domstolen, herunder SGI C-311/08, Hornbach-Baumarkt AG C-382/16, Lexel AB C-484/19 og X BV C-585/22.

Jakob Bundgaard, Louise Kjærsgaard og Michael Tell samt yderligere *Jan Guldmand Hansen* understreger, at der nationalt ikke kan ses bort fra EU-Domstolens praksis ved vurderingen af misbrug, idet denne er central for fortolkningen.²⁴⁰ Dette tydeliggøres af SKM2021.30.SR, som inddrager flere elementer fra EU-Domstolens misbrugsdoktrin. Det er samtidig tydeligt, at skatteundgåelsesdirektivet og LL § 3 er i overensstemmelse med EU-Domstolens misbrugsdoktrin. Med objektive omstændigheder og subjektive elementer der indgår i vurderingsgrundlaget, hvor formål og hensigt med lovgivningen inddrages Ydermere bliver det formål og den hensigt skatteyder har haft med et arrangement inddraget. Dertil har skatteyder mulighed for at forretningsmæssig begrunde, hvilket udgør en central del af bevisførelsen ved om der foreligger et rent kunstigt arrangement.

I det omfang at en transaktion mellem koncernforbundne selskaber, er handlet på armslængdevilkår i henhold til LL § 2, har skattemyndighederne alligevel mulighed for at tilsidesætte et arrangement, jf. LL § 3. Ifølge EU-Domstolens misbrugsdoktrin udelukker en transaktion, som er handlet på armslængdevilkår, ikke at der kan forelægge et rent kunstigt arrangement, som derfor misbruger skattelovgivningen.²⁴¹ Det følger af høringsskemaet til L 28 (2018/19), at *”Såfremt et arrangement, der kan tilsidesættes efter den generelle omgåelsesklausul, ikke ville kunne tilsidesættes efter de eksisterende omgåelsesklausuler og værnsregler i dansk ret, vil den generelle omgåelsesklausul kunne indebære en udvidelse af, hvornår skattemæssigt begrundede arrangementer kan tilsidesættes.”*²⁴² Det vil sige, at selv hvis en koncernintern transaktion overholder armslængdeprincippet med markedsvilkår, kan den alligevel tilsidesættes efter LL § 3, hvis der mangler reel økonomisk aktivitet og hovedformålet er at opnå en skattemæssig fordel. Armslængdevurderingen beskytter derfor ikke alene mod en misbrugsvurdering. SKM.2020.39.SR vurderer en situation, hvor skatteyder rent objektivi opfylder en SAAR, hvor LL § 3 alligevel efterprøves. Der bliver i afgørelsen taget

²³⁹ (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, s. 71-74)

²⁴⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, 2021, s. 137) (Hansen J. G., 2019, s. 235)

²⁴¹ (X BV v Staatssecretaris van Financiën, 2024)

²⁴² (Skatteministeriet, 2018, s. 3-4)

udgangspunkt i formålet og hensigten med SAAR-bestemmelsen, hvilket er inspireret af EU-Domstolens misbrugsdoktrin. *Jakob Bundgaard* vurderer ligeledes, at ” (...) EU-Domstolens praksis om misbrug af EU-retlige regler er anvendelig ved fortolkningen af ATAD GAAR og LL § 3.” *Jakob Bundgaard* gør det klart, at ” (...) EU-Domstolens misbrugsdoktrin skal anvendes analogt på nationale skatteregler (...)”, hvilket betyder at det vurderingsgrundlag som EU-domstolen har klarlagt, i X BV og tidligere EU-retspraksis, gælder i national kontekst ved anvendelsen af LL § 3.²⁴³ Dette betyder at en overholdelse af armslængdeprincippet i LL § 2 ikke udelukker at der kan foreligge misbrug i henhold til LL § 3. Så længe de fem kumulative betingelser i LL § 3 er opfyldt, med fortolkningen af armslængdeprincippet i LL § 2 om realitet, kan et arrangement eller serier af arrangementer tilsidesættes. En transaktion kan derfor, samtidigt vurderes ud fra et armslængdeperspektiv i forhold til LL § 2 og en misbrugsvurdering i forhold til LL § 3. *Jakob Bundgaard* sætter dog spørgsmålstegn, ved en situation hvor armslængdeprincippet er overholdt, men GAAR-bestemmelsen tilsidesætter transaktionen. Det medfører potentielt at armslængdevurderingen kan overflødiggøres.²⁴⁴ Det skal dog pointeres at armslængdeprincippet kan omhandle en transaktion, eller flere transaktioner, hvor LL § 3 kan omfatte hele arrangementer eller serier af arrangementer.

4.2.1. Retssikkerhed

Samspillet mellem specifikke værnsregler og den generelle værnsregel, har mange centrale elementer. Som anført i afsnit 2.5.1. spiller retssikkerheden en væsentlig rolle. Ifølge *Peter Rose Bjare og Søren Sønderholm* det, ”At forene en generel omgængelsesklausul med retssikkerhed er nok en lige så håbløs kamp som Thors kamp mod Udgårdsløke.”, hvilket vedrører tilfælde hvor en skatteyder, har indrettet og forholdt sig til en specifik værnsregel i henhold til en disposition, som efterfølgende kan tilsidesættes efter LL § 3.²⁴⁵ Yderligere er LL § 3 er formuleret bredt og upræcist, som gør det svært at forudsige retsstillingen, som ellers skulle være en væsentlig forudsætning for at en skatteyder kan gennemskue skatteretten. Der har været for meget fokus på at bekæmpe misbrug, fremfor skatteydere retssikkerhed.²⁴⁶ Dette understøttes af *Jan Pedersen* som anfører, ” (...) at der skabes usikkerhed om selve anvendelsesområdet for den øvrige skattelovgivning og skabes tvivl om borgerens principielle og hidtil uantastede adgang til at indrette sig under varetagelse af - lovlige - skattemæssige hensyn.”.²⁴⁷ Der skabes tvivl om tilfælde hvor der bevidst er blevet fastsat en grænse, og denne overholdes. *Anders Nørgaard Lauersen* fremsætter følgende om koncerninterne transaktioner:

”Tilsvarende truer koncerninterne transaktioner naturligvis ej heller i sig selv skattebasens integritet. Skattebasen er i sådanne tilfælde alene truet, hvis skatteyderne vilkårligt forsøger at allokere indkomst til beskatning i andre medlemsstater end dem, som i overensstemmelse med almindelige skatteretlige principper for indkomstopgørelse og – allokering har beskatningsretten til den pågældende indkomst.”²⁴⁸

²⁴³ (Bundgaard, 2024, s. 5)

²⁴⁴ (Bundgaard, 2024, s. 5)

²⁴⁵ (Bjare & Sønderholm, 2019)

²⁴⁶ (Bjare & Sønderholm, 2019)

²⁴⁷ (Pedersen, 2015, s. 118-119)

²⁴⁸ (Laursen, 2015, s. 236-237)

Koncerninterne transaktioner som er udført på markedsvilkår, skal trods opfyldelsen stadig følges af en hensigt og et formål, hvis det indgår i en misbrugsvurdering. Ligesom hvis armslængdeprincippet var fraveget. En tilgang med formålsfortolkning synes derfor at være relevant, hvis den reelle hensigt bag transaktionen har været misbrug. Som konsekvens, er det vigtigt at finde en balance mellem at bekæmpe misbrug af skattereglerne og en forudsigelig retssikkerhed. Som det er anført i henhold til Lexel AB og X BV, vil et armslængdeprincip som har en *safe harbor* status, potentielt skabe muligheder for aggressiv skatteplanlægning. Dette vil have negativ indflydelse på skattegrundlaget, og skabe en fordel til de selskaber som udnytter dette. Med *det rindende vands princip* og *den evige udfordring* som nævnt i afsnit 2.5.1, vil der, som navnet antyder, altid være skatteydere og skatterådgivere som formår at omgå og misbruge skatteretten. Af den grund er det nødvendigt at imødegå rent kunstige arrangementer bredt, på en måde som ikke rammer forudsigeligheden af skattelovgivningen, men samtidig tilsidesætter ikke reelle arrangementer som medfører en skattefordel. Af hensyn til retssikkerheden, skal lovgivningen sørge for, at skatteydere som overholder skattereglerne og handler i overensstemmelse med formålet, ikke får tilsidesat et lovligt arrangement herefter.²⁴⁹ Men GAAR-bestemmelsen i LL § 3 er indsat for at lukke huller i skattelovgivningen. På trods af en skattelovgivning med flere værnsregler, er det muligt formelt at overholde disse og samtidig opnå en skattemæssig fordel med et ikke reelt arrangement.

²⁴⁹ (Bolander & Schmidt, 2015, s. 52)

5. Konklusion

Denne afhandling har haft til formål at undersøge armslængdeprincippet indflydelse på misbrugsvurderingen, og yderligere samspillet mellem GAAR-bestemmelsen og SAAR-bestemmelser.

Afgørelserne fra Skatterådet giver en indikation på, hvordan Skattemyndighederne anvender LL § 3, i et arrangement som overholder en specifik vænsregel eller lovgivning, men alligevel vurderes i henhold til GAAR-bestemmelsen. Det fremgår af SKM.2020.39.SR, at i tilfælde hvor foretagendet formelt indretter sig efter en SAAR-bestemmelse, er det stadig muligt at indgå i GAAR-bestemmelsens misbrugsvurdering. Specifikt finder Skattestyrelsen og Skatterådet, at den skattefordel som opnås i situationen, ikke er i strid med formålet og hensigten med skatteretten og mellemholdingreglen. LL § 3 finder ikke anvendelse eftersom de kumulative betingelser ikke er opfyldt. Skattestyrelsen udleder, at når skattemæssige regler er opfyldt objektivt, er det ikke nødvendigvis misbrug af reglerne. Arrangementet må formodes ikke at mangle velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. I SKM.2021.30.SR fremgår det modsætningsvist, at selv hvor der angives forretningsmæssige begrundelser, skal disse vurderes i forhold til en kommerciel og økonomisk helhed. I denne afgørelse førte fraværet af reel økonomisk aktivitet og en, efter Skattestyrelsens vurdering, svag forretningsmæssig begrundelse til, at anvendelsen af LL § 3 kunne udelukkes. Det kan af den grund konkluderes, at LL § 3 forholder sig til det underliggende i et arrangement, hvis lovgivningen rent objektivt er opfyldt. Dette hindrer derfor ikke skatteydere position har lov til at indrette sig skattemæssigt mest optimalt uden, at det medfører en tilsidesættelse efter LL § 3.

Det kan følgende konkluderes i Skatterådets afgørelser og af den juridiske litteratur, at de danske skattemyndigheder og domstole skal inddrage EU-Domstolens praksis i anvendelsen af LL § 3. På baggrund af EU-Domstolens domme SGI C-311/08, Hornbach-Baumarkt AG C-382/16, Lexel AB C-484/19 og X BV C-585/22 samt tidligere praksis om EU-Domstolens misbrugsdoktrin, kan det konkluderes at armslængdeprincippet spiller en væsentlig rolle i misbrugsvurderingen af arrangementer, hvor der indgår koncerninterne transaktioner. Armslængdeprincippet kan ikke indgå alene i misbrugsvurderingen, hverken når en transaktion overholder eller fraviger princippet. Hvis en transaktion afviger fra markedsvilkårene, skal dette begrundes forretningsmæssigt. Ud fra et perspektiv, hvor uafhængige parter ikke vil have indgået i transaktionen på baggrund af vilkårene, skal det kunne begrundes forretningsmæssigt således det opnår økonomisk realitet. Hvis en transaktion omvendt overholder armslængdeprincippet, er dette ikke nok til at udelukke, at der er foretaget misbrug af skatteretten med rent kunstige arrangementer. Der skal foretages en analyse af de underliggende forhold og omstændigheder. Uden et sådant element kan armslængdeprincippet skabe en *safe harbor*, som kan modstride tiltagende mod aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse. Af den grund skal armslængdeprincippet følges af objektive omstændigheder og subjektive elementer, som forholder sig til formål og hensigt med arrangementet. Både om skatteydere formål og hensigt med den pågældende skattefordel, samt hvorvidt arrangementet strider imod formålet og hensigten med lovgivningen. For så vidt en specifik lovgivning er overholdt, kan

der stadig være underliggende forhold, som strider imod skatteretten og dermed opnår en skattefordel ved misbrug.

Med en forretningsmæssig tilgang, der begrundes transaktionens, dispositionens og/eller arrangementets økonomiske realitet, vil der som udgangspunkt ikke kunne statueres misbrug af skatteretten efter LL § 3. Afhandlingen konkluderer, at samspillet mellem GAAR-bestemmelsen i LL § 3 og armslængdeprincippet i LL § 2 er tæt, og derfor skaber mulighed for fortolkning. Armslængdeprincippet kan ikke stå alene i en vurdering af et arrangements realitet. Selv hvis lovgivningen formelt er overholdt skal der foretages en analyse af den underliggende økonomiske realitet. Det kan både styrke værnet, som er opbygget mod misbrug af skatteretten og aggressiv skatteplanlægning. Det kan dog potentielt også udfordre retssikkerheden.

Litteraturliste

Bøger:

- Bundgaard, J., Kjærsgaard, L. F., & Tell, M. (2021). *Den skatteretlige omgåelsesklausul*. Ex Tuto Publishing A/S.
- Baerentzen, S. (2022). *The Effectiveness of General Anti-Avoidance Rules: Their Limits, Challenges and Potential in EU and International Tax Law*. IBFD Publications USA.
- Hansen, L. L., & Werlauff, E. (2016). *Den juridiske metode - en introduktion*. 2. Udgave Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Munk-Hansen, C. (2018). *Retsvidenskabsteori, 2. udgave*. Djøf Forlag.
- Neergaard, U., & Nielsen, R. (2020). *EU-ret - 8. udgave*. Karnov Group.
- Tell, M., Schmidt, P. K., & Weber, K. D. (2024). *International skatteret - i et dansk perspektiv*. 3. Udgave, Hans Reitzels Forlag.
- Wittendorff, J. (2022). *Transfer Pricing*. 4. Udgave, Karnov Group Denmark A/S.
- Wittendorff, J., & Bundgaard, J. (2001). *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*. Magnus Informatik.
- Kapitler fra Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten:*
- Bolander, J., & Schmidt, P. K. (2015). Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten: Den evige diskussion om forudberegnelighed contra bekæmpelse af misbrug. I J. Bundgaard, D. R. Jensen, & N. Winther-Sørensen, *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten* (s. 23-52). Ex Tuto Publishing.
- Hansen, J. G. (2019). Har EU-Domstolen sendt "realitetsgrundsætningen" på pension? I T. B. Jantzen, *Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christiansen* (s. 219-242). Ex Tuto Publishing A/S.
- Jensen, S. N. (2019). Ligningslovens § 3 i lyset af sagerne C-116/16 og C-117/16 samt C-155/16 mfl. I T. B. Jantzen, *Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christiansen* (s. 317-332). Ex Tuto Publishing A/S.
- Laursen, A. N. (2015). Skattebasens integritet - om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten. I D. R. Jakob Bundgaard, & N. Winther-Sørensen, *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten* (s. 203-238). Ex Tuto Publishing .
- Pedersen, J. (2015). Omgåelse og misbrug i skatteretten - før, nu og fremtiden. I J. Bundgaard, D. R. Jensen, & N. Winther-Sørensen, *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten* (s. 105-134). Ex Tuto Publishing.

Ravn, J. (2015). Erhvervslivets perspektiv på omgåelse, herunder diskussionen om fair beskatning. I J. Bundgaard, D. R. Jensen, & N. Winther-Sørensen, *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten* (s. 177-188). Ex Tuto Publishing.

Wittendorff, J. (2015). Misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster. I J. Bundgaard, D. R. Jensen, & N. Winther-Sørensen, *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten* (s. 281-317). Ex Tuto Publishing.

EU-Domstolen:

Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, C-196/04 (The Court of Justice of the European Union 12. September 2006).

Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-110/99 (The Court of Justice of the European Union 14. December 2000).

Hornbach-Baumarkt AG v Finanzamt Landau, C-382/16 (The Court of Justice of the European Union 31. Maj 2018).

Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt, C-324/00 (The Court of Justice of the European Union 12. December 2002).

Lexel AB v Skatteverket, C-484/19 (The Court of Justice of the European Union 20. Januar 2021).

Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-446/03 (The Court of Justice of the European Union 13. December 2005).

Oy AA, C-231/05 (The Court of Justice of the European Union 18. Juli 2007).

Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v État belge, C-311/08 (The Court of Justice of the European Union 21. Januar 2010).

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, C-524/04 (The Court of Justice of the European Union 13. Marts 2007).

X BV v Staatssecretaris van Financiën, C-585/22 (The Court of Justice of the European Union 4. Oktober 2024).

Generaladvokats forslag til afgørelse:

Emiliou, N. (14. Marts 2024). FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT - Sag C-585/22 X BV mod Staatssecretaris van Financiën. Court of Justice of the European Union (CJEU).

Artikler:

Anderson, M., & Stricklin-Coutinho, K. (May 2011). Thin Cap GLO Case Questions Applicability of UK Legislation UK. *International Tax Review*, s. 54-55.

- Baerentzen, S. (2020). *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?* IBFD World Tax Journal.
- Baker, P. (2010). Transfer Pricing and Community Law: The SGI Case. *Intertax - Kluwer Law International*, s. 194-196.
- Bjare, P. R., & Sønderholm, S. (3. Maj 2019). Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3. *SR-Skat*.
- Broe, L. D., & Nyet, R. (11. December 2008). Simeti Engineering. C-311/08. Belgian transfer pricing rules in accordance with EC law? Reference for preliminary ruling (comment by De Broe and Neyt). *Direct taxation, case law*, s. 55-65.
- Bundgaard, J. (2024). Armslængdestandardens betydning ved den EU-retlige misbrugsdoktrin – EU-domstolens dom i sag C-585/22 X BV. *Taxo*.
- Bundgaard, J., Schmidt, P. K., & Tell, M. (2019). Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret. *SR-Skat*.
- Buriak, S. (30. April 2024). *Kluwer International Tax Blog*. Should the Court of Justice reconsider the Lexel decision?: https://kluwertaxblog.com/2024/04/30/should-the-court-of-justice-reconsider-the-lexel-decision/#_edn5
- Buriak, S., & Petruzzi, R. (September/Oktober 2018). Transfer Pricing Rules under the ECJ's Scrutiny: Green Light for Non-Arm's Length Transactions? *International Transfer Pricing Journal - IFBD*, s. 349-360.
- CFE ECJ Task Force. (9. April 2021). Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the CJEU decision of January 20, 2021, in Case C-484/19, Lexel AB, concerning the application of Swedish interest deductibility rules . *CFE Tax Advisers Europe*.
- De Broe, L., & Beckers, D. (2017). The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law. *EC Tax Review*, s. 133-144.
- Glahe, M. (Maj 2013). Transfer Pricing and EU Fundamental Freedoms. *EC TAX REVIEW - Kluwer Law International*, s. 222-232.
- Jiménez, A. M. (Maj 2010). Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgement in SGI: Some Thoughts on Controversial Issues. *Bulletin for international taxation*, s. 271-282.
- Kuźniacki, B. (4. November 2024). EU Law Live. *Arm's Length may be not Enough to avoid Abuse: X BV (C-585/22)*. Hentet fra EU Law Live.
- Kuźniacki, B. (18. Oktober 2024). *Kluwer International Tax Blog*. Hentet fra Why must the Dutch Supreme Court resist the temptation of "fraus legis" to follow the CJEU's interpretative guidance in X BV?: <https://kluwertaxblog.com/2024/10/18/why-must-the-dutch-supreme->

court-resist-the-temptation-of-fraus-legis-to-follow-the-cjeus-interpretative-guidance-in-x-bv/

Lang, M., Owens, J., Pistone, P., Rust, A., Schuch, J., & Staringer, C. (2016). *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. IBFD.

Navarro, A. (2024). *The General Anti-Avoidance Rule of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD GAAR): Interpretation and Implementation*. Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper .

Nogueira, J. F., Pistone, P., & Prats, F. A. (April 2019). *Opinion Statement ECJ-TF 1/2019 on the CJEU decision of 31 May 2018, in Case C-382/16, HornbachBaumarkt, concerning the application of transfer pricing rules to transactions between resident and non-resident associated enterprises*. CFE ECJ Task Force.

Pedersen, J. (14. Februar 2020). Skattespekulation muterer ligesom farlige bakterier.

Scaturro, M. (12. Juni 2018). European Court's Hornbach-Baumarkt ruling gives clarity on arm's-length principle. *International Tax Review*.

Tale, A. (2023). New Targeted Interest Deduction Limitation Rules Post Lexel. I *INTERTAX, Volume 51, Issue 4 - CASE LAW TRENDS* (s. 335-348). Kluwer Law International.

Vella, J. (2015). *Corporate Tax Practices and Aggressive Tax Planning in the EU*. European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy.

Werlauff, E., & Vinther, N. (2006). Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten. *TfS 2006, 603*.

Wilde, M. d., & Dafnomilis, V. (25. Oktober 2024). *PwC NL*. Hentet fra CJEU: Article 10a Dutch CITA is compatible with EU laws: <https://www.pwc.nl/en/insights-and-publications/tax-news/enterprises/cjeu-article-10a-dutch-cita-is-compatible-with-EU-laws.html#:~:text=In%20our%20view%2C%20the%20CJEU,agreed%20on%20market%20conform%20terms>

Wilde, M. d., & Wisman, C. (10. Juni 2022). *Kluwer International Tax Blog*. Hentet fra After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?: <https://kluwertaxblog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/#:~:text=In%20its%20judgment%20of%201,law%20and%20EEA%20law%20doctrine>
s

Europa-Kommissionen:

Europa-Kommissionen. (Januar. 28 2016). CNS/2016/0011. *Forslag til Rådets Direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde*.

Europa-Kommissionen. (6. December 2012). Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU). *Den Europæiske Unions Tidende*.

Europa-Kommissionen. (2017). *Aggressive tax planning indicators - Final Report*. Den Europæiske Union.

Websider:

Folketinget. (2. Maj 2025). *Folketinget EU-Oplysningen*. Hentet fra Generaladvokat: <https://www.eu.dk/da/leksikon/Generaladvokat>

EU og OECD materiale:

(2010). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. OECD Publishing.

(2017). *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*. OECD Publishing.

(2022) *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. OECD Publishing.

(2015). *OECD, Explanatory Statement*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD.

(2017). Rådet for den Europæiske Union. *Tackling corporate tax avoidance*. Den Europæiske Union.

Direktiver:

Rådet for den Europæiske Union. (12. Juli 2016). 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion. *Den Europæiske Unions Tidende*.

Den juridiske vejledning:

SKAT. (Januar 2025). *C.D.11.2.1.1 Armslængdeprincippet og Transfer Pricing Guidelines*. Hentet fra Den juridiske vejledning 2025-1: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2049962>

SKAT. (Januar 2025). *C.D.11.2.1.2 Hvorfor bruges armslængdeprincippet*. Hentet fra Den juridiske vejledning 2025-1: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2060578>

SKAT. (Januar 2025). *C.I.1 Lovens formål*. Hentet fra Den juridiske vejledning 2025-1: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2177704&chk=219882>

SKAT. (Januar 2025). *C.I.4.1.3 Arrangementer eller serier af arrangementer*. Hentet fra Den juridiske vejledning 2025-1: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2177715>

SKAT. (Januar 2025). *C.I.4.1.6.1 Introduktion til betingelserne*. Hentet fra Den juridiske vejledning 2025-1: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2351005&chk=219882>

SKAT. (Januar 2025). *C.I.4.1.6.2 Skattefordel*. Hentet fra Den juridiske vejledning - 2025-1: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2351006&chk=219882>

SKAT. (Januar 2025). *C.I.4.1.7 Fordele, som kan nægtes efter omgåelsesklausulen*. Hentet fra Den juridiske vejledning 2025-1: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2177721&chk=219882>

Love, lovbekendtgørelser, forarbejder, bilag mv.:

Skatteministeriet. (2. Juni 1998). Lovforslag nr. L 101. 2. juni 1998. *Forslag til Lov om ændring af ligningsloven, selskabsskatteloven og skattekontrolløven*. Folketinget.

Skatteministeriet. (2018). Bemærkninger til lovforslaget L 28 A. *L 28 A Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love*. Folketinget.

Skatteministeriet. (4. Oktober 2018). L 28 Bilag 1, L 28 A Bilag 1, L 28 B Bilag 1 - Høringsskema. *Skatteudvalget 2018-19*. Hentet fra Folketinget: <https://www.ft.dk/samling/20181/lovforslag/L28/bilag/1/1948054.pdf>

Skatteministeriet. (2018). Lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love. *Lov nr. 1726 af 27-12-2018*. Folketinget.

Skatterådets afgørelser:

SKM2020.293.SR, Omkvalificering af skattepligtig udbytteudlodning til et likvidationsprovenu - anskaffelsessummen kunne fratrækkes ved opgørelse af gevinst på anparterne - omfattet af LL § 3 (Skatterådet - bindende svar 23. Juni 2020).

SKM2020.39.SR, Fusion - mellemholdingreglen (Skatterådet 29. Januar 2020).

SKM2021.30.SR, Grænseoverskridende fusion med norsk selskab - ligningslovens § 3 (Skatterådet 18. Januar 2021).