

Misbrug af direktiv- og overenskomstmæssige skattefordele efter indførslen af ligningslovens § 3

Abuse of tax benefits related to directives and conventions after the introduction of section 3 in the Danish Tax Assessment Act

af JESPER JUUL

Specialeafhandlingen undersøger anvendelsesområdet og rækkevidden af den pr. 1. maj 2015 ikrafttrådte LL § 3, som med virkning for direktiv- og overenskomstmæssige skattefordele indfører den eneste nugældende lovfæstede generalklausul i dansk skatteret.

Afhandlingen opstiller det udgangspunkt, at LL § 3, stk. 1 og 2, må fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis om skattemisbrug, som i afhandlingen sammenfattes til et EU-retligt misbrugsbegreb. LL § 3, stk. 3, omfattes som udgangspunkt ikke af det EU-retlige misbrugsbegreb, men må i stedet fortolkes i overensstemmelse med G20/OECD's kommentarer og anbefalinger, i det omfang det er foreneligt med den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Det konkluderes, at de to generalklausuler i det væsentlige er udtryk for en sammenlignelig substance over form-lignende vurdering, men at der foreligger enkelte materielle og processuelle forskelle bestemmelserne imellem. For de tilfælde, hvor den pågældende type af skattemisbrug reguleres af specielle værnsregler, herunder for skattefrie omstruktureringer, konkluderes endvidere, at der vil være mindre råderum for generalklausulens anvendelse. LL § 3 må herefter vurderes navnlig at kunne få betydning for treaty shopping-lignende arrangementer, som ikke omfattes af begrebet retmæssig ejer. Endeligt konkluderes, at den ikke uvæsentlige retsikkerhed og uforudsigelighed, som knytter sig til generalklausulen, risikerer at modvirke grænseoverskridende virksomheders ellers legitime og konkurrenceøgende arrangementer.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	3
1.1 PRÆSENTATION AF EMNET	3
1.2 PROBLEMFOMULERING.....	2
1.3 PROBLEMAFGRÆNSNING	3
1.4 METODISKE OG RETSKILDEMÆSSIGE OVERVEJELSER.....	3
2. ALMINDELIGE KARAKTERISTIKA FOR GENERALKLAUSULER MOD SKATTEMISBRUG.....	3
2.1 INDLEDENDE BEMÆRKNINGER OM DET SKATTERETLIGE MISBRUGSBEGREB	3
2.2 REGULERING AF SKATTEMISBRUG GENNEM LOVFORTOLKNING	5
2.3 KARAKTERISTIK AF GENERALKLAUSULERS FORMÅL OG INDHOLD	5

3. GENERALKLAUSULEN MOD MISBRUG AF DIREKTIV- OG OVERENSKOMSTMÆSSIGE FORDELE I LL § 3.....	6
3.1 INDLEDNING	6
3.2 SKATTESUBJEKTET – DEN OMFATTEDE PERSONKREDS.....	7
3.3 SKATTEOBJEKTET – DE OMFATTEDE DISPOSITIONER	8
3.3.1 Begreberne "arrangementer" og "transaktioner".....	8
3.3.2 Direktiv- og overenskomstmæssige fordele – indhold og formål.....	9
3.4 MISBRUG AF DIREKTIVMÆSSIGE FORDELE – STK. 1 OG 2	10
3.4.1 Udgangspunkt for analysen – traktat- og direktivkonform fortolkning	10
3.4.2 Generalklausulens traktatmæssige hjemmelsgrundlag	12
3.4.2.1 Rent kunstige arrangementer – begrebsdannelse	13
3.4.2.1.1 Indførsel af begrebet.....	13
3.4.2.1.2 C-196/04, Cadbury Schweppes.....	14
3.4.3 Generalklausulens direktivmæssige hjemmelsgrundlag.....	16
3.4.3.1 MDD art. 1(4) og RRD art. 5.....	16
3.4.3.2 FSD art. 15(1)(a).....	17
3.4.3.2.1 C-28/95, Leur-Bloem.....	18
3.4.3.2.2 C-321/05, Hans Markus Kofoed	19
3.4.3.2.3 C-126/10, Foggia.....	19
3.4.3.2.4 C-352/08, Zwijnenburg.....	20
3.4.4 Sammenfatning af et EU-retligt misbrugsbegreb.....	21
3.4.5 Analyse af kriterierne i stk. 1 og 2	22
3.4.5.1 Hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel	23
3.4.5.2 Virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne.....	23
3.4.5.3 Ikke er reelt	24
3.4.5.4 Samlet afvejning	24
3.4.6 Bevisbyrden efter stk. 1 og 2.....	25
3.5 MISBRUG AF OVERENSKOMSTMÆSSIGE FORDELE – STK. 3.....	27
3.5.1 Udgangspunkt for analysen – fortolknings- og formodningsreglen	27
3.5.2 Analyse af kriterierne i stk. 3.....	29
3.5.2.1 Opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål.....	29
3.5.2.2 Virker mod indholdet af og formålet med overenskomstbestemmelsen.....	31
3.5.2.3 Samlet afvejning	31
3.5.3 Bevisbyrden efter stk. 3.....	32
3.6 GENERALKLAUSULERNES ANVENDELSESOMRÅDER – STK. 4.....	33
3.7 KOMPARATIV VURDERING AF RÆKKEVIDDEN AF STK. 1 OG 2 HHV. STK. 3	34
3.8 RETSVIRKNINGER.....	36
3.9 IKRAFTTRÆDEN	36
4. FORHOLDET MELLEM LL § 3 OG ØVRIGE VÆRNSREGLER MOD SKATTEMISBRUG.....	37
4.1 INDLEDENDE BEMÆRKNINGER – UDGANGSPUNKT	37
4.2 BETINGELSEN OM RETMÆSSIGT EJERSKAB	39
4.3 SKATTEFRIE OMSTRUKTURERINGER EFTER FUSIONSSKATTELOVEN.....	40
4.4 REALITETSGRUNDSÆTNINGEN OG LÆREN OM RETTE INDKOMSTMODTAGER.....	42

5. LL § 3 I PRAKSIS. KASUISTIK	43
5.1 INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	43
5.2 GENNEMSTRØMNINGSSELSKABER, MELLEMHOLDINGSELSKABER M.V.	44
5.3 GRÆNSEOVERSKRIDENDE RETTIGHEDSOVERDRAGELSER	46
5.4 OPFYLDELSE AF DIREKTIV- ELLER OVERENSKOMSTMÆSSIGE BETINGELSER I ØVRIGT.....	46
5.5 ANBEFALINGER OG FOKUSPUNKTER TIL SIKRING AF DEN FORRETNINGSMÆSSIGE REALITET	47
6. KONKLUSION.....	48
7. ANVENDTE FORKORTELSER	50
8. RETSKILDER	50
8.1 NATIONALE RETSKILDER.....	50
8.1.1 Lovgivning	50
8.1.2 Forarbejder, betænkninger m.v.....	50
8.1.3 Retspraksis.....	51
8.1.4 Administrativ praksis	51
8.2 INTERNATIONALE RETSKILDER	51
8.2.1 EU-retsforskrifter	51
8.2.2 EU-retspraksis	51
8.2.3 EU-betænkninger, meddelelser m.v.....	52
8.2.4 Traktater og modeloverenskomster	52
8.2.5 Fremmede nationale retskilder	52
9. LITTERATUR.....	53
9.1 BØGER.....	53
9.2 ARTIKLER	54
9.3 ØVRIG LITTERATUR OG DIVERSE.....	56

1. INDLEDNING

1.1 Præsentation af emnet

Den skatteretlige behandling af grænseoverskridende dispositioner og koncernstrukturer udgør i kraft af den stigende internationalisering af virksomheder et højaktuelt emne. Som følge af divergensen mellem indkomstbeskatningsreglerne i de forskellige skattejurisdiktioner foreligger et incitament for de internationale virksomheder til på forskellige måder at placere den skattepligtige indkomst i de stater, hvori beskatningen heraf er lavest, herunder i "skattelylande".¹

Denne forflytning af beskatningsgrundlaget betegnes i G20/OECD-regi for *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*. BEPS indebærer i vidt omfang, at beskatningsgrundlaget

¹ International skatteret, s. 36 f., og 331 ff.

reduceres i de stater, hvori de reelle værdier er skabt, hvilket må anses for både konkurrenceforvridende og skattepolitisk uacceptabelt.²

BEPS forekommer i den internationale skatteret i en bred palette af metoder, som skattepolitisk forsøges hindret ved brug af forskellige generelle og specielle værnsregler. Senest har G20/OECD etableret en plan for, hvorledes såvel national skatteret som OECD's modeloverenskomst på 15 konkrete punkter mere effektivt kan forhindre forskellige tilfælde af BEPS.³ Problemstillingen har samtidig tiltrukket opmærksomhed i EU-regi, og i kølvandet på EU-Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning⁴ vedtoges pr. 27. januar 2015 en ændring til moder-/datterselskabsdirektivet, som indfører en generalklausul mod misbrug af direktivets skattefordele.⁵

Med den pr. 1. maj 2015 ikrafttrådte LL § 3 indførtes en generalklausul i dansk ret, som i overensstemmelse med de anførte tiltag i EU- og G20/OECD-regi har til formål at modvirke skattemisbrug af direktiv- og overenskomstmæssige fordele.

LL § 3, stk. 1 og 2, implementerer den nævnte ændring af moder-/datterselskabsdirektivet, som tilsvarende er merimplementeret, således at også misbrug af fordelene efter rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet omfattes af generalklausulen.

Med LL § 3, stk. 3, indføres dernæst en generalklausul, som baserer sig på en *General Anti-Avoidance Rule (GAAR)* udformet af G20/OECD.⁶ Denne har til formål at modvirke skattemisbrug af indgåede DBO'er, herunder ved *treaty shopping*.⁷

Samlet udgør LL § 3 som lovfæstet generalklausul en nyskabelse i dansk skatteret. Bestemmelsen kan potentielt medføre omfattende konsekvenser i påligningen af grænseoverskridende virksomheder, som benytter sig af direktiv- og/eller overenskomstmæssige fordele. Følgelig har LL § 3 en betydelig aktualitet og relevans for såvel teoretisk som praktisk skatteret.

1.2 Problemformulering

Nærværende specialeafhandling har til formål at undersøge anvendelsesområdet og rækkevidden af generalklausulen i LL § 3 såvel i relation til direktiv- som overenskomstmæssige fordele.

Afhandlingen skal forsøge at inducere et eller flere almindelige kriterier, som gør sig gældende for generalklausuler mod skattemisbrug, herunder LL § 3. Med inddragelse af øvrige relevante fortolkningsfaktorer skal afhandlingen på denne baggrund forsøge at klarlægge, hvordan LL § 3 konkret skal fortolkes og anvendes i praksis.

Endeligt har afhandlingen til formål at belyse de eventuelle forskelle, der måtte være mellem anvendelsesområdet og rækkevidden af LL § 3 i relation til de omfattede forde-

² Problemets omfang er nærmere behandlet i *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, s. 15 ff.

³ *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, s. 13 ff.

⁴ KOM (2012) 8806. Se også IP/07/558 og IP/07/1878.

⁵ Direktiv 2015/121/EU art. 1. Ændringsdirektivet er en videreudvikling af det tidligere ændringsforslag KOM (2013) 814.

⁶ *Action 6*, s. 66 ff.

⁷ Se herom afsnit 5.2.

le. Samtidig undersøges forholdet mellem bestemmelsen og allerede gældende specielle og generelle værnsregler mod misbrug af direktiv- og overenskomstmæssige fordele.

1.3 **Problemafgrænsning**

Afhandlingen afgrænser sig til undersøgelsen af skattemisbrug af de fordele, som knytter sig til de af LL § 3 omfattede direktiver og DBO'er. Undersøgelsen omfatter dermed alene området for direkte beskatning, og ikke fx momsområdet.

Således vil øvrige metoder til forflytning af beskatningsgrundlaget ikke blive særskilt behandlet, herunder fx transfer pricing, hybride mismatch, koncerninterne lån og forflytning af mobile aktiver. Værnsregler til forhindring af disse metoder vil derfor kun blive behandlet, i det omfang det er relevant for fortolkningen af LL § 3.

Afhandlingen afgrænser sig endeligt til en rent skatteretlig behandling af problemstillingen. Skattestrafferetlige og skatteforvaltningsretlige aspekter vil derfor som udgangspunkt ikke indgå i behandlingen.

1.4 **Metodiske og retskildemæssige overvejelser**

Afhandlingens problemstilling behandles med udgangspunkt i traditionel retsdogmatisk metode med henblik på at undersøge gældende ret (*de lege lata*). I behandlingen indgår anerkendt juridisk litteratur, og i et vist omfang fremmed ret, af relevant betydning.

Som udgangspunkt vil behandlingen afgrænse sig til de internationalskatteretlige retskilder, som LL § 3 beror på. Således indgår EU-retlige retskilder, herunder EU-Domstolens retspraksis,⁸ samt G20/OECD's anbefalinger og kommentarer, i det omfang dette er foreneligt med nationale retskilder.⁹

Ved undersøgelsen af forholdet mellem LL § 3 og øvrige værnsregler mod skattemisbrug vil hidtidig dansk praksis dog være af relevant betydning i et vist omfang. Derudover vil den almindelige forvaltningsret indgå ved fastlæggelsen af de processuelle karakteristika for LL § 3.

Retspolitiske synspunkter (*de lege ferenda*) vil kun indgå i det mindre omfang, det er begrundet i hensynet til afhandlingens fuldstændighed.

2. **ALMINDELIGE KARAKTERISTIKA FOR GENERALKLAUSULER MOD SKATTEMISBRUG**

2.1 **Indledende bemærkninger om det skatteretlige misbrugsbegreb**

Skattemæssige overvejelser indgår som en naturlig del i virksomheders driftsmæssige beslutningsgrundlag. Skattetilsvaret udgør en økonomisk udgift på linje med øvrige udgifter, og virksomheden vil følgelig have interesse i at formindske skattetilsvaret i størst muligt omfang.

⁸ EU-retten, s. 147 f., samt afsnit 3.4.1.

⁹ Skatteretten 3, s. 48 ff., samt afsnit 3.5.1.

I visse tilfælde vil dispositioner, som er tilrettelagt på en skattemæssigt fordelagtig måde, imidlertid udgøre en skattepolitisk uacceptabel udnyttelse af de skatteregler, som regulerer de pågældende dispositioner. Skematisk kan der siges at eksistere en dikotomi mellem et område for de pågældende reglers anvendelse, som kan kvalificeres som acceptabel *brug*, og et område, som kan kvalificeres som uacceptabel *misbrug*. Sondringen udtrykker en gennemgående problemstilling såvel i skatteretten som i formueretten.¹⁰

Det skattepolitiske uacceptable forhold ved skattemisbrug består i, at retsudøvelsen strider mod den umiddelbare og sædvanlige forståelse af reglens anvendelsesområde, hvorfor den fremstår som urimelig.¹¹ De skattemæssige fordele eller påbud, som opnås eller undgås ved misbrug, er således opnået eller undgået i strid med skattereglens bagvedliggende mening eller formål. Skattemisbrugsbegrebet kan dermed lakonisk defineres som *formålsstridig retsudøvelse*.¹²

Skatteretlig formålsstridig retsudøvelse kan overordnet manifestere sig i form af enten *pro forma*, og beslægtet hermed ved brugen af forkert etikette, eller i omgåelse.¹³ Interessen kredser sig her om omgåelsesbegrebet, som af Jul. Lassen – i overensstemmelse med det her anførte – defineres på den følgende måde:

"[...] Parternes Forsøg paa at vinde Domstolene for en Bogstavfortolkning ved, i stedetfor det af Forbudslovens Ord omfattede Retsforhold, at vælge et andet ikke at Lovens Ord men af dens Mening omfattet forhold i det Haab derved at gaa fri for Forbudslovens Forskrifter."¹⁴

I relation til det skatteretlige omgåelsesbegreb må det til Jul. Lassens definition tilføjes, at den formålsstridige retsudøvelse for så vidt kan hvile på et i selvangivelsen korrekt oplyst grundlag.¹⁵ Årsagen hertil må findes i selve indkomstbeskatningens natur, som er karakteriseret ved, at de beskatningsudløsende begivenheder beror på de i det pågældende indkomstår foretagne civilretlige dispositioner. Kvalifikationen af disse dispositioner i skatteretlig henseende er således som udgangspunktet styret af dispositionens civilretlige kvalifikation, som tilsvarende i udgangspunktet er bestemt af parternes aftaleretlige autonomi.¹⁶

Skattemisbrug udgør således en særlig type af misbrug, som aktualiseres når civilretligt gyldige arrangementer er konstruerede med det formål at opnå skattemæssige fordele, som ellers ikke ville være opnået, eller at undgå ellers udløst beskatning.¹⁷

Det må til disse præliminære betragtninger tilføjes, at skattemisbrugsbegrebet nærmere må præciseres og suppleres ved en fortolkning af det enkelte regelgrundlag, herunder den eventuelle generalklausul, som den pågældende disposition er omfattet af. Eksem-

¹⁰ Retsmisbrug i formueretten, s. 15 ff.

¹¹ Omgåelse og *pro forma*, U 1971B.103.

¹² Retsmisbrug i formueretten, s. 45 ff. og 145. Se også OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, s. 59, pkt. 9.5.

¹³ Skatteudnyttelse, s. 263 f.

¹⁴ Nogle Bemærkninger om Proformaværk og Omgåelse, U 1890.609. I det følgende henvises med begrebet skattemisbrug alene til omgåelsesproblematikken, og begrebet anvendes synonymt med begrebet "skatteunddragelse".

¹⁵ Skatteudnyttelse, s. 35 og 291.

¹⁶ Ibid., s. 291, Skatteret & Civilret, s. 151 ff., Civilrettens styring af skatteretten, s. 14.

¹⁷ Skatteudnyttelse, s. 218 ff.

pelvis udgør misbrugsbegrebet i EU-retten et autonomt begreb, som må fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis.¹⁸

2.2 Regulering af skattemisbrug gennem lovforklning

Forsøg på skattemisbrug kan i første omgang søges hindret ved en fortolkning af det omfattede regelgrundlag, herunder ved udvidende fortolkning eller formålsfortolkning. En sådan regulering vil for så vidt være hensigtsmæssig, men vil givetvis kun være mulig, i det omfang det kan legitimeres under legalitetsprincippet's begrænsninger, jf. her ved GRL § 43, 1. led.¹⁹ Til illustration kan nævnes TfS 2004.87 LR, hvor LL § 5 G ikke fandtes at kunne fortolkes udvidende til at omfatte hybride enheder, i en situation hvor der ikke forelå *double dip*-fradrag.

Det må således hævdes, at den for denne afhandling interessante problemstilling først aktualiseres, når forsøg på skattemisbrug ikke med rette kan forhindres gennem lovforklning inden for legalitetsprincippet's rammer. Skattemisbrug kan således i disse tilfælde alene modvirkes ved brug af generelle eller specielle værnsregler.

2.3 Karakteristik af generalklausulers formål og indhold

Udgangspunktet om civilrettens styring af skatteretten bevirker, at der foreligger mangeartede metoder til forflytning af beskatningsgrundlaget, som næppe kan forhindres alene ved brug af specielle værnsregler.

I overensstemmelse hermed kan det konstateres, at det såvel i national som i international skatteret i vidt omfang er fundet nødvendigt at anvende både lovfæstede og ulovfæstede generalklausuler mod skattemisbrug.²⁰ Det må dog hævdes, at skattemisbrug næppe heller fuldt ud kan forhindres ved brug af generalklausuler, så længe der foreligger et økonomisk incitament til udøvelse af misbrug.²¹

Idet generalklausulerne overordnet er karakteriseret ved, at de i bred forstand har til formål at hindre skattemisbrug, vil de uundgåeligt være formuleret eller beskrevet i elastiske og udvandede termer, som typisk ikke definerer skattemisbrugsbegrebet nærmere. Dette ses fx i den svenske skatteflyktslagens § 2, som efter sin ordlyd skal forhindre de arrangementer, som bl.a. er et "*förfarande som medför en väsentlig skatteförmån för den skattskyldige*", og som "*med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det övervägande skälet för förfarandet*", såfremt "*förfarandet skulle strida mot lagstiftningens syfte*".

Generalklausuler er således overordnet karakteriseret ved, at hensynet til at forhindre skattemisbrug er vægtet højere end hensynet til forudsigelighed og retssikkerhed, og at der i vidt omfang er overladt skattemyndighederne og domstolene et skøn.

¹⁸ Jf. herom afsnit 3.4.

¹⁹ Bestemmelsen indbefatter næppe et skærpet hjemmelskrav, jf. Skatteretten, Grundloven og Højesteret, s. 72 ff. Problemstillingen skal dog ikke behandles nærmere her.

²⁰ For en komparativ behandling af generalklausuler i fremmed ret se Skatteudnyttelse, s. 101 ff., Civilrettens styring af skatteretten, s. 173 ff., samt Form and substance in tax law, s. 531 ff.

²¹ Skatteflugt og skattely – et essay, J 2014/5, s. 141.

Det kan dog udledes af kriteriet om formålsstridig retsudøvelse, at misbrugsvurderingen afhænger af den bagvedliggende mening og formål med den relevante retsregel, som konkret må sammenholdes med den pågældende disposition. Generalklausulen er således i sin natur udtryk for en konkret formålsvurdering, såvel af fordelsreglen som af retsfaktum.

Idet formålet med skattereglerne typisk er at beskatte i overensstemmelse med de realøkonomiske forhold, vil generalklausulerne i almindelighed være udtryk for et princip om *substance over form* eller lignende principper.²² I dansk skatteret har domstolene i en række sager bedømt skattearrangementer under henvisning til betragtninger om den forretningsmæssige realitet,²³ og den heraf udledte realitets-grundsætning og lære om rette indkomstmodtager må i vidt omfang ses som udtryk for substance over form-lignende betragtninger.²⁴

Det kan næppe lægges til grund, at generalklausuler nødvendigvis forudsætter, at misbrugsforsøget har været bevidst, dvs. at der har foreligget subjektiv *misbrugs-hensigt*,²⁵ enten i form af en *sole purpose test*, hvor misbrugshensigten udgør det eneste formål med arrangementet, eller en *principal purpose test*, hvor misbrugshensigten blot udgør et af de væsentligste formål med arrangementet. Det taler dog for at opstille en sådan betingelse, at de anførte retssikkerhedsmæssige betænkeligheder i et vist omfang nedtones.²⁶ Om og i hvilket omfang en sådan betingelse er gældende må imidlertid afgøres efter en konkret fortolkning af den enkelte generalklausul.

3. **GENERALKLAUSULEN MOD MISBRUG AF DIREKTIV- OG OVERENSKOMSTMÆSSIGE FORDELE I LL § 3**

3.1 **Indledning**

LL § 3, som affattet ved lov nr. 540 af 29. april 2015, udspringer af en politisk aftale om en styrket indsats mod skattely, som udgør et højaktuelt emne i den politiske debat. Bestemmelsen indfører visse EU- og G20/OECD-tiltag,²⁷ som overordnet har til formål at hindre misbrug af direktiv- eller overenskomstmæssige fordele ved grænseoverskridende arrangementer. På denne baggrund blev LL § 3 døbt en *international omgælsesklausul*. Henset til dens natur af generalklausul er bestemmelsen naturligt placeret i LL's indledende bestemmelser.

LL § 3 trådte i kraft 1. maj 2015 og har sålydende ordlyd:

Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater og direktiv 2009/133/EF om en fælles beskatningsordning ved

²² Civilret & Skatteret, s. 56 ff.

²³ Jf. fx U 1960.535 H, U 1983.699 H, TfS 1997.473 H og U 1998.584 H.

²⁴ Skatteudnyttelse, s. 435 ff., Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, s. 451 ff.

²⁵ Anderledes bet. nr. 1060/1985, s. 170.

²⁶ Endvidere kan de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder nedtones ved muligheden for at opnå bindende forhåndsbeskeder, jf. Skatteretten 4, s. 46 ff.

²⁷ Jf. afsnit 1.1.

fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater som implementeret i dansk lovgivning, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

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

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

Det kan foreløbigt konstateres, at LL § 3 består af to særskilte generalklausuler med hvert sit anvendelsesområde. Dels indeholder bestemmelsen en generalklausul, som begrænser adgangen til direktivmæssige fordele, jf. stk. 1 og 2, dels en generalklausul, som begrænser adgangen til overenskomstmæssige fordele, jf. stk. 3.

Stk. 1 og 2, består af den ordrette danske udgave af MDD art. 1(2-3), ligesom stk. 3 består af en ordret dansk oversættelse af det forslag til en GAAR, som er at finde i G20/OECD's *Action 6*. Som det vil være at fremgå af afsnit 3.4 og 3.5, må stk. 1 og 2 og stk. 3 således behandles hver for sig.

Fælles for de to generalklausuler er, at bestemmelseernes væsentligste kriterier, i overensstemmelse med de almindelige karakteristika for skatteretlige generalklausuler, består af elastiske begreber. Den dertil knyttede retsikkerhed er kun i mindre omfang afhjulpet ved generalklausulens forarbejder, som er ganske sparsomme, hvilket må anses for uheldigt navnlig taget i betragtning af bestemmelsens potentielle betydning.²⁸

De af bestemmelserne omfattede skattesubjekter og skatteobjekter vil i udgangspunktet være korresponderende, hvorfor disse vil blive behandlet samlet i det følgende.

3.2 Skattesubjektet – den omfattede personkreds

Det følger af såvel LL § 3, stk. 1, og stk. 3, at generalklausulerne har virkning for "skattepligtige". Begrebet defineres ikke nærmere, men det må i overensstemmelse med bestemmelseernes generelle karakter og formål lægges til grund, at begrebet må fortolkes bredt.

²⁸ Jf. kritikken heraf i bl.a. Høringssvar fra Advokatrådet, s. 1 f., og Høringssvar fra Danske Advokater, s. 2 ff.

Som følge heraf må det antages, at begrebet skal fortolkes på en sådan måde, at den skattepligtiges valg af selskabsform og domicilering ikke bør være afgørende for bestemmelse af rækkevidde. Den omfattede personkreds må således antages at være alle skattesubjekter, som kan opnå direktiv- eller overenskomstmæssige fordele. Det vil efter omstændighederne være fuldt og begrænset skattepligtige, som både kan være juridiske og fysiske personer, jf. SEL afsnit 1 og KSL afsnit 1.²⁹

Det anførte gælder dog kun i det omfang, der er tale om et *grænseoverskridende* arrangement.³⁰ Således gælder LL § 3 alene for direktiv- eller overenskomstbestemte fordele, og de implicerede skattesubjekter må følgelig være tilknyttet forskellige stater i direktivernes eller DBO'ernes forstand.³¹

LL § 3 vil dog selvsagt kun kunne gøres gældende inden for dansk skattejurisdiktion. Dette har den betydning, at der udmærket kan opnås direktiv- eller overenskomstmæssige fordele, som ville være i strid med LL § 3, i stater, hvori der ikke gælder en tilsvarende generalklausul eller øvrige værnsregler mod arrangementet. I disse tilfælde skaber LL § 3 således incitament for internationale virksomheder til at placere den skattepligtige aktivitet i disse stater.

3.3 Skatteobjektet – de omfattede dispositioner

3.3.1 Begreberne "arrangementer" og "transaktioner"

LL § 3 omfatter dispositioner, som udgør "arrangementer", og for så vidt angår overenskomstmæssige fordele tillige "transaktioner". Ved et arrangement forstås ifølge forarbejderne enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej, særligt stiftelser, overdragelser, erhvervelser eller overførsler af indkomst, formue eller rettigheder i relation til indkomstskabelsen.³²

Begreberne må i overensstemmelse med generalklausulernes generelle karakter og formål fortolkes bredt. Begrebet transaktioner må derfor kunne rummes under begrebet arrangementer, og der vil næppe i praksis opstå afgrænsningsproblemer.

Der vil ud fra denne bredde fortolkning af begrebet ikke være noget til hinder for, at en disposition vil kunne udgøre et arrangement, som udgør en del af et større arrangement, og som dermed særskilt vil kunne anfægtes med hjemmel i LL § 3. For så vidt angår stk. 1 har dette antageligt støtte i udtrykket "*arrangementer eller serier af arrangementer*", og for så vidt angår stk. 3 i udtrykket "*ethvert arrangement [...] som direkte eller indirekte [...]*". Problemstillingen kan fx aktualiseres, hvis en forudgående omstrukturering udgør et led i et større gennemstrømningsarrangement.³³

²⁹ Høringsskema til Folketingets Skatteudvalg, s. 27.

³⁰ L 167 (2014-15), s. 13.

³¹ Problemstillingen giver navnlig anledning til tvivl for så vidt angår reglerne for skattefri omstrukturering og behandles derfor nærmere i afsnit 4.3.

³² L 167 (2014-15), s. 18, som refererer Action 6, s. 69, om samme begreb.

³³ Se herom afsnit 5.2.

3.3.2 Direktiv- og overenskomstmæssige fordele – indhold og formål

Som generalklausul har LL § 3 overordnet til formål at hindre skattemisbrug ved formålsstridig retsudøvelse. Et arrangement vil således kun være omfattet af bestemmelsen, såfremt arrangementet konkret må vurderes som stridende mod direktivets eller overenskomstbestemmelsens bagvedliggende formål, som følgelig må defineres.

Direktiverne om direkte beskatning³⁴ har fælles den virkning, at de helt eller delvist lempet eller udskyder beskatningen af dispositioner foretaget mellem forbundne selskaber i EU-medlemsstaterne.

Nærmere bestemt indebærer MDD og RRD, at udbytte, rente og royalties, som internt overføres mellem de omfattede moder- og datterselskaber hhv. associerede selskaber, fritages for realisationsbeskatning, såvel i kildestaten som i domicilstaten. Endvidere forpligter FSD medlemsstaterne til at indføre regler om omstrukturering, hvorefter en ellers udløst realisationsbeskatning under visse betingelser udskydes efter et princip om skattemæssig succession.

Formålet med disse direktivbestemte fordele er at facilitere grænseoverskridende erhvervsmæssige dispositioner inden for EU's indre marked, for derved at styrke internationale virksomheders konkurrencemæssige position. Denne grundlæggende karakteristik kommer direkte til udtryk i direktivernes præambler, jf. fx MDD's 4. betragtning:

"Sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater kan være nødvendige for at tilvejebringe forhold i Unionen, der svarer til forholdene på et indre marked, og dermed sikre, at et sådant indre marked kommer til at fungere bedst muligt. Sådanne sammenslutninger bør ikke hæmmes af særlige restriktioner, forskelsbehandlinger eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes beskatningsregler. Det er derfor vigtigt at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler for disse sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater, så virksomhederne får mulighed for at tilpasse sig det indre markeds krav, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige position på internationalt plan."³⁵

Direktiverne indtager dermed funktion som støttepæle til det grundlæggende EUF-traktatsikrede princip om fri bevægelighed inden for det indre marked.³⁶

DBO'er har primært til formål at sikre en rimelig allokering af beskatningsgrundlaget mellem den kontraherende kildestat og domicilstat, således at sammenlignelige skatter på samme grundlag og for samme perioder ikke pålignes hos den samme skatteyder mere end én gang.³⁷ Overenskomsternes fælles formål, som dermed er at undgå dobbeltbeskatning, hviler på den betragtning, at dobbeltbeskatning udgør en hindring for udviklingen af økonomiske relationer mellem staterne og derved den frie bevægelighed i det internationale samfund.³⁸

Det anførte afspejler sig tilsvarende i G20/OECD's kommentarer til GAAR-klausulen i *Action 6*:

³⁴ De direktivbestemte fordele er implementeret i dansk ret i SEL § 2, stk. 1, litra c, d, g og h, og § 13, stk. 1, nr. 2, KSL § 2, stk. 1, nr. 6, FUL §§ 15-15 d og ABL § 36.

³⁵ I det væsentlige svarende til RRD's 1. og 4. betragtning samt FSD's 2. og 7. betragtning.

³⁶ EU-retten, s. 38 ff., Europæisk skatteret I, s. 260.

³⁷ OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, s. 11.

³⁸ Ibid. og L 167 (2014-15), s. 11.

"The provision is intended to ensure that tax conventions apply in accordance with the purpose for which they were entered into, i.e. to provide benefits in respect of bona fide exchanges of goods and services, and movements of capital and persons as opposed to arrangements whose principal objective is to secure a more favourable tax treatment."³⁹

Det kan således konstateres, at de overenskomstmæssige hensyn i det væsentlige svarer til de direktivmæssige hensyn. Det fælles skattepolitiske formål er overordnet at skabe incitament til grænseoverskridende erhvervmæssig aktivitet, og dermed at skabe konkurrenceneutralitet, uanset om den pågældende virksomhed har national eller international karakter.

Det følger omvendt heraf, at såfremt et grænseoverskridende arrangement ikke fuldt ud består af en reel erhvervmæssig aktivitet, vil den skattepligtige efter omstændighederne opnå skattefordele i strid med det anførte formål. I disse tilfælde aktualiseres dermed LL § 3.

3.4 Misbrug af direktivmæssige fordele – stk. 1 og 2

LL § 3, stk. 1 og 2, implementerer som anført MDD art. 1(2-3) og er tilsvarende gjort gældende for RRD og FSD. Denne merimplementering ses ikke at være foretaget i øvrige medlemsstater og må derfor anses for særegen i national skatteret.

De elastiske kriterier i LL § 3, stk. 1 og 2, kan samlet formuleres som en tretrinnet test, hvori de enkelte kriterier kumulativt må være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse.

De direktivmæssige fordele nægtes herefter den skattepligtige, såfremt der er tale om arrangementer eller serier af arrangementer, der er:

1. tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel,
2. som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og
3. som ikke er reelle, dvs. ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Det kan foreløbigt konstateres, at kriterierne i overensstemmelse med de almindelige karakteristika for generalklausuler indeholder en betingelse om formålsstridig retsudøvelse. Ligeledes indeholder bestemmelsen et krav om forretningsmæssig realitet, som leder tankerne hen på en traditionel substance over form-betragtning, samt en subjektiv betingelse.

I det følgende kredser spørgsmålet sig nærmere om, hvorledes disse komponenter skal fortolkes konkret for LL § 3, stk. 1 og 2.

3.4.1 Udgangspunkt for analysen – traktat- og direktivkonform fortolkning

I overensstemmelse med den folkeretlige fortolknings- og formodningsregel er det almindeligt antaget, at nationale retsregler, som har sit ophav i EU-retten, skal fortolkes i

³⁹ Action 6, s. 68.

overensstemmelse med de EU-retlige retskilder, som den nationale regel beror på.⁴⁰ Samtidig må et direktiv ikke stride imod en traktatbestemmelse, og såvel direktivet som national ret må derfor fortolkes i overensstemmelse med traktatbestemmelser, som regulerer samme område eller har samme formål som direktivet eller den nationale retsregel.⁴¹

Både EUF-traktatens bestemmelser om de frie bevægeligheder og direktiverne om direkte beskatning har primært til formål at skabe de bedst mulige konkurrencevilkår for erhvervsmæssige aktiviteter inden for det indre marked. Det må som følge af denne ækvivalens mellem retsreglernes formål lægges til grund, at direktiverne om direkte beskatning skal fortolkes i overensstemmelse med traktatbestemmelserne om de frie bevægeligheder.

Det anførte korresponderer samtidig med Skatteministeriets opfattelse af spørgsmålet:

"Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne skal naturligvis fortolkes i overensstemmelse med direktivets ordlyd. Direktivet bygger i nogen udstrækning på den praksis, der er skabt af EU-domstolen. Af samme årsag kan det være relevant at inddrage EU-domstolens praksis i fortolkningen."⁴²

Det må dog hævdes, at det som følge af EU-Domstolens tolkningsforetræde ikke blot *kan* være relevant at inddrage dennes retspraksis, men at denne *skal* inddrages, i det omfang stk. 1 og 2 konkret omfattes heraf. Dette støttes tillige af forarbejderne til direktiv 2015/121/EU, som udtrykker hensigt om en harmoniseret fortolkning af generalklausulen:

"[Generalklausulen] vil kunne fremme samordnede tiltag fra medlemsstaternes side og sikre overensstemmelse med frihederne i traktaten, som de er fortolket af [EU-Domstolen]. [...]

Med en fælles bestemmelse om bekæmpelse af misbrug i alle medlemsstater vil der kunne opnås klarhed og sikkerhed for alle skatteydere og skatteadministrationer."⁴³

Det følger af dette fortolkningsprincip, at *den negative afgrænsning* (den "øvre" grænse) for rækkevidden af stk. 1 og 2 defineres af de undtagelsesbestemmelser til EUF-traktaten og direktiverne om direkte beskatning, som udgør hjemmelsgrundlaget for indførelse af nationale bestemmelser til hindring af skattemisbrug.⁴⁴ Da disse hjemmelsgrundlag ikke positivt udgør selvstændige værnsregler, er hindring af skattemisbrug således begrænset af de værnsregler i national ret, som modvirker den pågældende skattemisbrug.⁴⁵ Rækkevidden af disse værnsregler udgør dermed *den positive afgrænsning* (den "nedre" grænse) herfor.

I det omfang den positive og negative afgrænsning ikke er ækvivalerende, vil der principielt kunne forekomme et "gab", i hvilket der ikke er positiv hjemmel til at nægte de

⁴⁰ EU-retten, s. 147 ff.

⁴¹ Ibid., s. 127. Den parallelle virkning af traktat- og direktivbestemmelser er tilsvarende lagt til grund i C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, pr. 30 ff.

⁴² Høringsskema til Folketingets Skatteudvalg, s. 25 f.

⁴³ KOM (2013) 814, s. 3 og 4.

⁴⁴ Europæisk skatteret I, s. 207 f.

⁴⁵ Jf. C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, pr. 46. For så vidt angår MDD forpligter direktiv 2015/121/EU ganske vist EU-medlemsstaterne til at inkorporere generalklausulen i national ret. Denne vil dog i udgangspunktet først være gældende efter inkorporeringen.

direktivbestemte fordele. Henset til stk. 1 og 2's karakter af omgåelsesklausul skal bestemmelsen imidlertid næppe fortolkes indskrænkende. Ligeledes har man i formuleringen af MDD art. 1(2-3) utvivlsomt haft til hensigt at ensarte artiklen med det EU-retlige misbrugsbegreb, som ligeledes opstiller en snæver grænse for at statuere skattemisbrug.⁴⁶

Det må derfor antages, at den positive og negative afgrænsning for stk. 1 og 2 vil være sammenfaldende, og problemstillingen vil derfor næppe manifestere sig i praksis.

Konkluderende vil generalklausulens rækkevidde således være både begrænset og defineret af rækkevidden af undtagelsesbestemmelserne til EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og direktiverne om direkte beskatning.

3.4.2 **Generalklausulens traktatmæssige hjemmelsgrundlag**

Det traktatfæstede princip om fri bevægelighed inden for EU's indre marked indebærer, at *diskriminerende* nationale retsregler, som har virkning for grænseoverskridende aktiviteter mellem EU-medlemsstater, som udgangspunkt ikke kan opretholdes,⁴⁷ hvilket i vidt omfang tillige gælder for øvrige *restriktioner*. I relation til skatteretlige generalklausuler har især etableringsfriheden i EUF-traktatens art. 49 og 56 væsentlig betydning, da værnsregler med virkning for internationale forhold typisk udgør en diskriminerende – og restriktiv – foranstaltning for etableringsfriheden.⁴⁸

I det omfang en generalklausul udgør en sådan diskrimination eller restriktion, kan den alene opretholdes, såfremt den kan begrundes i tvingende almene hensyn og overholder det EU-retlige proportionalitetsprincip.

EU-Domstolen har i flere sager anerkendt skatteretlige indskrænkninger til etableringsfriheden som tvingende almene hensyn. Således kan hensynet til en systematisk sammenhæng i skattesystemet, hensynet til opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne samt skattemisbrug udgøre sådanne legitime hensyn.⁴⁹

I nærværende sammenhæng samler interessen sig om skattemisbrug. Behandlingen af EU-retspraksis nedenfor vil derfor koncentrere sig om denne kategori, om end grænserne kategorierne imellem må antages at være flydende.

⁴⁶ Smh. KOM (2013) 814, s. 2 f. Om det EU-retlige misbrugsbegreb se afsnit 3.4.4.

⁴⁷ EU-retten, s. 231 ff.

⁴⁸ Det må antages, at etableringsfriheden tillige gælder for restriktioner, jf. *Ibid.*, s. 568 ff. Spørgsmålet skal ikke behandles nærmere her.

⁴⁹ EU-skatteeret, s. 493.

3.4.2.1 *Rent kunstige arrangementer – begrebsdannelse*

3.4.2.1.1 *Indførsel af begrebet*

EU-Domstolen har i en række domme direkte eller forudsætningsvist lagt til grund,⁵⁰ at værnsregler, som særligt har til formål at hindre skattemisbrug gennem *rent kunstige arrangementer*,⁵¹ kan legitimeres i tvingende almene hensyn.

Som udgangspunkt vil det således være tilstrækkeligt til at legitimere diskriminerende eller restriktive nationale værnsregler, at disse virker mod skattemisbrug. Begrebet rent kunstige arrangementer må dog læses i lyset af det EU-retlige proportionalitetsprincip. Således havde de implicerede værnsregler i *ICI*-sagen og *du Saillant*-sagen ifølge EU-Domstolen ikke *særligt* til formål at hindre rent kunstige arrangementer, idet de var baseret på generelt udformede kriterier og dermed gik videre end nødvendigt for at hindre den pågældende type af skattemisbrug.⁵²

Denne linje er fulgt op af *Marks & Spencer*-sagen, hvor spørgsmålet var, om etableringsfriheden var til hinder for en værnsregel i britisk lovgivning, der udelukkede, at et hjemmehørende moderselskab havde mulighed for at fradrage underskud pådraget af et datterselskab hjemmehørende i en anden medlemsstat, når lovgivningen indrømmede en sådan mulighed for fradrag af underskud, der var pådraget af et datterselskab hjemmehørende i den pågældende medlemsstat.

EU-Domstolen besvarede spørgsmålet bekræftende under hensyn til dels opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetence mellem medlemsstaterne, risikoen for dobbelt fradrag for underskud samt hindring af skatteunddragelse.⁵³

Til trods for at EU-Domstolen i sagen dermed foretog en samlet – og dermed mere nuanceret – afvejning, må det i overensstemmelse med tidligere retspraksis antages, at det er tilstrækkeligt at indføre nationale værnsregler, som særligt hindrer rent kunstige arrangementer, selvom dette udelukkende er begrundet i hensynet til at forhindre skattemisbrug.⁵⁴ Dette understøttes da også af sagens pr. 57:

Pr. 57: Det bemærkes, at medlemsstaterne frit kan vedtage og opretholde regler, der specielt har til formål at udelukke, at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den nationale skattelovgivning eller at unddrage sig denne, kan give en skattefordel [...].

De nationale værnsregler kan således begrundes i tvingende almene hensyn, såfremt de særligt er udformet på en sådan måde, at de alene hindrer rent kunstige arrangementer. Det følger modsætningsvist heraf, at nationale værnsregler, som hindrer arrangementer, der *ikke* er rent kunstige, ikke kan opretholdes med EU-retlig gyldighed.

⁵⁰ Jf. fx C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, pr. 37, C-264/96, *ICI*, pr. 26, C-9/02, *du Saillant*, pr. 50, C-446/03, *Marks & Spencer*, pr. 57, C-182/08, *Glaxo Wellcome*, pr. 89, C-287/10, *Tankreederei*, pr. 28. I en ældre dom anvendtes begrebet "misbrug af rettigheder", C-110/99, *Emsland-Stärke*, pr. 35 ff.

⁵¹ I engelske sprogversioner "wholly artificial arrangements".

⁵² Dette harmonerer med den såkaldte "*Gebhard*-test", som finder anvendelse på restriktive foranstaltninger, jf. EU-retten, s. 569 f.

⁵³ Pr. 45 ff.

⁵⁴ Jf. i samme retning Europæisk skatteret I, s. 121 og 197.

I det følgende kredser undersøgelsen sig således om, hvorledes begrebet rent kunstige arrangementer må defineres og afgrænses.

3.4.2.1.2 C-196/04, *Cadbury Schweppes*

Den ledende dom om begrebet rent kunstige arrangementer er *Cadbury Schweppes*. Spørgsmålet var, om den britiske CFC-lovgivning, hvorefter et selskab hjemmehørende i Storbritannien under visse betingelser blev beskattet af overskuddet i et datterselskab hjemmehørende i en anden medlemsstat, som udgjorde et lavskattelands, var i overensstemmelse med EUF-traktaten.

CFC-reglerne var uomtvisteligt en indskrænkning af etableringsfriheden, og i sagen aktualiseredes således spørgsmålet, om hvorvidt værnsreglen kunne legitimeres under hensynet til bekæmpelse af skattemisbrug.

EU-Domstolen fastholdt først og fremmest den tidligere gældende retspraksis om rent kunstige arrangementer og fandt herefter anledning til at præcisere begrebet:

Pr. 51: En national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan derimod være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning [...].

Pr. 55: Heraf følger, at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.

EU-Domstolen lagde altså vægt på, om arrangementet byggede på nogen økonomisk realitet, og om arrangementet er etableret med henblik på at undgå et normalt skyldigt skattetilsvær.

At EU-Domstolen tilføjede de accessoriske led "*med henblik på*" og "*hvis formål er*" peger i retning af, at der må opstilles en subjektiv betingelse om misbrugshensigt. Betingelsen præciseres dog ikke nærmere, og spørgsmålet bliver, om denne subjektive vurdering bevismæssigt må foretages fx hos virksomhedens ledelse, eller om den i realiteten er udtryk for en vurdering af de objektive omstændigheder omkring arrangementet.

Sidstnævnte forståelse stemmer bedst overens med dommens pr. 67, jf. nedenfor, og tilsvarende med øvrige eksempler på motivbaserede generalklausuler i EU-retten. Således henviser fx CCCTB-direktivforslagets art. 80(2) til, om "*skattesubjektet vil kunne vælge mellem to eller flere mulige transaktioner*", ligesom FSD art. 15(1)(a) og MDD art. 1(2-3) vil lade bedømmelsen afhænge af de objektive omstændigheder. Endeligt er en sådan forståelse i sagens natur mest nærliggende henset til mere retspragmatiske hensyn, såsom en hensigtsmæssig bevisførelse.

EU-Domstolen opstiller dernæst krav om, at der foreligger en underliggende objektiv "misbrugseffekt" ved arrangementet:

Pr. 64: For at konstatere, at der foreligger et sådant arrangement, kræves det således ud over et subjektivt forhold, der består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, at det fremgår af

de objektive omstændigheder, at det mål, der forfølges ved etableringsfriheden, således som det er beskrevet i denne doms præmis 54 og 55, ikke er nået, til trods for, at fællesskabsrettens betingelser formelt er opfyldt [...].

Præmissen harmonerer formentligt med *ICI*-sagen, pr. 26, som henviser til, at de nationale værnsregler skal have sigte på arrangementer, der "*kan give en skattefordel*". Det er således ikke tilstrækkeligt, at der alene foreligger misbrugshensigt, idet arrangementet også faktisk skal have skattefordele som virkning. Samlet vil der være tale om en objektivt prøvet prøve.

For så vidt angår kernebetingsen om arrangementets manglende *økonomiske realitet*, udtalte EU-Domstolen herefter:

Pr. 65: Det er således en betingelse for, at CFC-lovgivningen er forenelig med fællesskabsretten, at den beskatning, der er foreskrevet i denne lovgivning, skal være udelukket, når oprettelsen af CFC-selskabet svarer til en økonomisk realitet, uanset at der foreligger skattemæssige bevæggrunde.

Pr. 66: Denne oprettelse skal svare til en reel etablering, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten [...].

Pr. 67: Som Det Forenede Kongerige og Kommissionen har anført under retsmødet, skal dette konstateres på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, angående bl.a. graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr.

Pr. 68: Hvis efterprøvelsen af sådanne omstændigheder fører til den konklusion, at CFC-selskabet svarer til en fiktiv etablering, hvorfra der ikke faktisk udøves nogen økonomisk virksomhed på værtsmedlemsstatens område, må oprettelsen af CFC-selskabet anses for at udgøre et rent kunstigt arrangement. Dette kunne bl.a. være tilfældet for et datterselskab, som er et »postkasse«- eller »skærm«-selskab [...].

I overensstemmelse med sagens pr. 36 f. samt pkt. 49 i Generaladvokat Légers forslag til afgørelse af sagen blev det således først og fremmest fastslået, at skattemotiver i sig selv er lovlige motiver, såfremt arrangementet hviler på en økonomisk realitet.⁵⁵

Dernæst opstillede EU-Domstolen som betingelse for at statuere økonomisk realitet, og dermed for, at der kan opnås beskyttelse efter traktatbestemmelserne om etableringsfrihed, at der er tale om en *reel etablering*. I den forbindelse lagde EU-Domstolen vægt på dels selskabets fysiske eksistens med hensyn til *lokaler, personale og udstyr*, dels den tidligere retspraksis vedr. etableringsbegrebet, således som dette blev defineret i C-221/89, *Factortame II*:

Pr. 54: I betragtning af dette integrationsformål i værtsmedlemsstaten forudsætter begrebet etablering som omhandlet i traktatens bestemmelser vedrørende etableringsfriheden, at der rent faktisk udøves erhvervmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum [...].

Det kan herefter opsamlende anføres, at et selskab skal udgøre en reel etablering, som kendetegnes ved at være manifesteret fysisk, således at tredjemand kan konstatere etab-

⁵⁵ Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten, TfS 2006.603.

leringens realitet på objektivt grundlag. Endvidere skal etableringen faktisk have til formål at udøve økonomisk virksomhed i en fast indretning og i et ubestemt tidsrum.

Ved den objektive vurdering af etableringens realitet indgår bl.a. omfanget af lokaler, personale og udstyr. Det følger af udtrykket "bl.a.", at der ikke er tale om en udtømmende liste, om end der formentligt næppe vil kunne forekomme objektivt konstaterbare bestanddele i en virksomhed, som ikke falder ind under et af begreberne.⁵⁶

Et arrangement, som består af en formel etablering, vil således med EU-retlig gyldighed alene kunne tilsidesættes som et rent kunstigt arrangement, såfremt der efter de anførte betingelser ikke er tale om en reel etablering, der afspejler en bagvedliggende økonomisk realitet.⁵⁷

I forlængelse heraf må det vurderes, om det forhold, at der foreligger en reel etablering, ubetinget afskærer muligheden for at statuere EU-retligt misbrug.⁵⁸

Det kan på den ene side anføres, at der må kunne slutes modsætningsvis fra *Cadbury Schweppes*, således at et arrangement, som foretages gennem en forretningsmæssigt begrundet koncernstruktur, ingenlunde vil kunne udgøre et rent kunstigt arrangement.

På den anden side kan det anføres, at *Cadbury Schweppes*-sagen alene omhandler etableringsfrihedens sfære og dermed ikke andre typer af rent kunstige arrangementer, hvor det kunstige element ikke beror på etableringen i sig selv. Begrebet rent kunstige arrangementer aktualiseredes således i C-524/04, *Thin Cap*, selvom begrebet blev anvendt på et lånearrangement, som var udtryk for tynd kapitalisering, og dermed som sådan på reelle etableringer.

Afgørende må formentligt være, om det arrangement, som foretages gennem en reel etablering, er formålsstridigt eller ej. Der synes således ikke at være belæg for at fortolke begrebet rent kunstige arrangementer indskrænkende, i tilfælde hvor der foreligger et legitimt behov for værnsregler. Denne forståelse stemmer tillige bedst overens med den brede fortolkning af begrebet arrangementer, som er lagt til grund i afsnit 3.3.1.

Konkluderende må det således være en nødvendig, men ikke i alle tilfælde tilstrækkelig, betingelse, at den etablering, hvorpå arrangementet hviler, udgør en reel etablering.

3.4.3 **Generalklausulens direktivmæssige hjemmelsgrundlag**

3.4.3.1 *MDD art. 1(4) og RRD art. 5*

Det må antages, at bestemmelsen i MDD art. 1(2-3), kan rummes i art. 1(4), som har følgende ordlyd:

⁵⁶ Det kan næppe klart udledes af sagen, om det udgør en betingelse, at der kumulativt foreligger såvel lokaler, personale og udstyr. Problemstillingen har navnlig relevans for LL § 3, stk. 1 og 2, i forbindelse med "mellemliggende" selskaber og behandles derfor i afsnit 5.2.

⁵⁷ *Cadbury Schweppes*-sagens præmisser er i det væsentlige fulgt op af C-524/04, *Thin Cap*, pr. 74, C-231/05, *Oy AA*, pr. 44, samt C-330/07, *Jobra*, pr. 35.

⁵⁸ Det formålsstridige element vil dog i disse tilfælde typisk være omfattet af begrebet retmæssig ejer, jf. afsnit 4.2.

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

Den i det væsentlige tilsvarende bestemmelse i RRD art. 5 har ordlyden:

1. Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.
2. Medlemsstaterne kan tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde.

Den nærmere fortolkning af disse bestemmelser har endnu ikke været forelagt EU-Domstolen.

Det er karakteristisk for bestemmelserne, at de ikke nærmere definerer misbrugsbegrebet. Det kan derfor hævdes, at begrebet i kraft af sin elastiske natur efter omstændighederne kan have en varierende rækkevidde alt efter den pågældende direktivbestemmelse og retsfaktum. Dette støttes for så vidt af det forhold, at ordlyden af bestemmelserne ikke er enslydende. Således har man i RRD art. 5(2) fundet anledning til at supplere art. 5(1) med en *principal purpose test*-klausul.

Det må imidlertid tages i betragtning, at RRD blev vedtaget ca. 13 år efter det først vedtagne MDD. Ordlyden af MDD art. 1(2) synes tilsvarende ikke at udelukke, at princippet i RRD art. 5(2) finder anvendelse også for denne bestemmelse. Samtidig fremgår det af den nedenfor behandlede C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, pr. 38, samt C-126/10, *Foggia*, pr. 50, at hjemmelsgrundlaget i FSD art. 15(1)(a) afspejler "*det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug*". Samme betragtning kan fra momsområdet findes i C-255/02, *Halifax*, pr. 69-71.

Endeligt må det erindres, at direktiverne om direkte beskatning overordnet har korresponderende formål, *in casu* at støtte princippet om de frie bevægeligheder, hvilket tilsvarende må gælde direktivernes misbrugsbestemmelser.

Der synes således ikke at være relevante hensyn, der kan begrunde en divergerende rækkevidde mellem hjemmelsgrundlagene. Det må derfor antages, at også MDD art. 1(4) og RRD art. 5 udtrykker det almindelige EU-retlige misbrugsbegreb.⁵⁹ De indskrænkninger, som EU-Domstolen har opstillet for nationale værnsregler hjemlet i FSD art. 15(1)(a), må derfor antages tilsvarende at gøre sig gældende for nationale værnsregler med hjemmel i disse misbrugsbestemmelser.

3.4.3.2 FSD art. 15(1)(a)

FSD indeholder i art. 15(1)(a) hjemmel til, at medlemsstaterne kan indsætte en misbrugs-klausul i national ret. Bestemmelsen anvender efter sin ordlyd en *principal purpose test*, som understøttes af en formodningsregel, der i vidt omfang leder tankerne hen på formuleringen af de traditionelle generalklausuler:

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

⁵⁹ Jf. i samme retning EU-selskabsskatteret, s. 309 f.

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

EU-Domstolen har i en række sager fortolket og afgrænset misbrugsbestemmelsen. Denne retspraksis må følgelig indfortolkes ved fastlæggelsen af rækkevidden af nationale værnsregler, som er hjemlet i bestemmelsen, herunder LL § 3, stk. 1 og 2.

3.4.3.2.1 C-28/95, *Leur-Bloem*

I *Leur-Bloem*-sagen var spørgsmålet, om en hollandsk skattesuccessionsregel kunne fortolkes således, at den ikke fandt anvendelse, hvis det måtte antages, at den i sagen påtænkte fusion ikke havde til formål i finansiel og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden, idet en sådan enhed allerede bestod, da de implicerede selskaber havde samme direktør og kun én ejer.

Det i nærværende sammenhæng relevante spørgsmål var, om hensynet til foretagelse af en tabsudligning mellem virksomhederne kunne anses for en *forsvarlig økonomisk betragtning* efter dagældende art. 11(1)(a) (nugældende art. 15(1)(a)), eller om de hollandske myndigheder havde hjemmel til at nægte arrangementet sin skattemæssige virkning.

EU-Domstolen besvarede spørgsmålet på følgende måde:

Pr. 47: Det fremgår af ordlyden af og formålet med artikel 11 og direktivet, at begrebet 'forsvarlige økonomiske betragtninger' er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel. En fusion ved ombytning af aktier, der kun skal tjene et sådant formål, kan derfor ikke anses for en økonomisk forsvarlig betragtning, jf. artikel 11.

EU-Domstolen fandt således, at det ikke udgør forsvarlige økonomiske betragtninger⁶⁰ at gennemføre en omstrukturering alene for at udnytte en skattefordel.

Grænsen for, hvornår der kan statueres misbrug, fandtes dog at være ganske høj, jf. udtrykkene "*blot*" og "*kun*". Disse udtryk må efter en striks ordlydsfortolkning medføre, at tilstedeværelsen af et hvilket som helst ikke skattemæssigt funderet hensyn udelukker bestemmelsens anvendelse.⁶¹ Dette harmonerer tillige med bl.a. *Cadbury Schweppes*-sagen, pr. 65 og 68.

Efter *Leur-Bloem*-sagen vil det således som udgangspunkt ikke være udelukket at involvere skattetænkning i anvendelsen af fusionsskattedirektivets fordele, såfremt der blot i et vist omfang foreligger en gyldig forretningsmæssig årsag.

Om vurderingen af, om der foreligger en gyldig forretningsmæssig årsag, bekræftede EU-Domstolen endeligt, at denne skal foretages ud fra et konkret skøn i overensstemmelse med det EU-retlige proportionalitetsprincip.⁶²

⁶⁰ Til trods for at udtrykket forsvarlige økonomiske betragtninger vel sprogligt kan anses for mere snævert end udtrykket gyldige forretningsmæssige årsager, må de to udtryk formentligt forstås ens, jf. Fusionsskatteloven med kommentarer, s. 62.

⁶¹ Skatteværn og EU-frihed, s. 660.

⁶² Pr. 41-44 og 48, litra B.

3.4.3.2.2 C-321/05, Hans Markus Kofoed

I *Hans Markus Kofoed*-sagen blev EU-Domstolen forelagt spørgsmålet, om en udbytteudlodning, som blev foretaget umiddelbart efter en skattefri omstrukturering, kunne rummes under begrebet kontant udligningssum, jf. FSD art. 2. I benægtende fald var spørgsmålet dernæst, om arrangementet kunne nægtes under henvisning til dagældende art. 11.

EU-Domstolen fandt først, at den kontante udligningssum ikke kan udstrækkes til at omfatte efterfølgende dispositioner, som ikke udgør en integreret del af modydelsen.⁶³

Herefter udtalte EU-Domstolen, at art. 11 medfører, at medlemsstaterne *undtagelsesvis og i særlige tilfælde* kan afslå helt eller delvis at anvende direktivets bestemmelser i tilfælde af skattemisbrug, i det omfang der er hjemmel hertil i national ret.⁶⁴

Som ovenfor anført udtalte EU-Domstolen endvidere, at artiklen er udtryk for det almindelige EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug:

Pr. 38: Artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 afspejler således det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug. Borgerne kan ikke på svingagtig vis eller med henblik på misbrug gøre fællesskabsbestemmelserne gældende. Deres anvendelsesområde kan ikke udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, dvs. transaktioner, som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i fællesskabsretten [...].

EU-Domstolen giver dermed udtryk for, at der kun undtagelsesvist kan forekomme retsmisbrug, og anvender på linje med *Leur-Bloem*-sagen udtrykket "*alene har haft til formål...*". Sagerne indikerer således, at den subjektive misbrugshensigt må vurderes efter en sole purpose test.

På den anden side harmonerer en sole purpose test-fortolkning ikke med ordlyden af hverken RRD art. 5(2) eller FSD art. 15(1)(a), hvis anvendelse alene er betinget af, at skattemisbrugen udgjorde *en* af transaktionens "*væsentligste bevæggrunde*" eller "*hovedformål*", hvorved det indikeres, at der er tale om en principal purpose test. Det må dog under alle omstændigheder gælde, at direktivernes misbrugsbestemmelser skal læses i overensstemmelse med EU-Domstolens fast forankrede retspraksis.⁶⁵

3.4.3.2.3 C-126/10, Foggia

EU-Domstolens retspraksis om såvel begrebet rent kunstige arrangementer som FSD art. 15(1)(a) har med en sole purpose test-doktrin sat grænsen for EU-retligt skattemisbrug ganske højt. Der kræves med andre ord ikke meget, før et arrangement må opretholdes i skattemæssig henseende.

I *Foggia*-sagen var spørgsmålet, om og i hvilket omfang en blot marginal positiv indvirkning på koncernens samlede strukturelle omkostninger efter en omstrukturering udelukkede anvendelsen af dagældende art. 11.

⁶³ Pr. 34.

⁶⁴ Pr. 37 og 46.

⁶⁵ Problemstillingen behandles nærmere i afsnit 3.4.5.1.

EU-Domstolen fastslog i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, at art. 11 afspejler det almindelige EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug,⁶⁶ og udtalte om bestemmelsen:

Pr. 47: Der er [...] intet til hinder for, at en fusion, der gennemfører en omstrukturering eller en rationalisering af en koncern, som gør det muligt at nedsætte de administrative omkostninger og forvaltningsomkostningerne for denne koncern, kan forfølge forsvarlige økonomiske betragtninger. Dette er imidlertid ikke tilfældet med en overtagelse som den i hovedsagen omhandlede, hvoraf det synes at fremgå, at henset til størrelsen af den forventede skattemæssige fordel på 2 mio. EUR, er den besparelse på de strukturelle omkostninger, som koncernen opnår, helt marginal.

Pr. 52: [...] i tilfælde af en fusion mellem to selskaber inden for samme koncern kan den omstændighed, at det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke udøver nogen virksomhed, ikke råder over nogen finansielle andele og alene overfører store skattemæssige tab, af ubestemt oprindelse, til det overtagende selskab, udgøre en formodning for, at transaktionen ikke er foretaget ud fra »forsvarlige økonomiske betragtninger« i denne bestemmelses forstand, selv om transaktionen har en positiv indvirkning på koncernens strukturelle omkostninger. [...]

EU-Domstolen foretog således en mindre striks fortolkning af den sole purpose test-doktrin, som er opstillet i hidtidig retspraksis. Det EU-retlige misbrugsbegreb kan hermed tillige omfatte den situation, hvor der faktisk opnås en marginal strukturel – og dermed principielt forretningsmæssigt begrundet – fordel, i en situation hvor det eneste væsentlige formål med arrangementet dog er af skattemæssig karakter.

Samtidig må det bemærkes, at EU-Domstolen i sin gengivelse af retstilstanden ved *Hans Markus Kofoed*-sagen og *Leur-Bloem*-sagen udtrykte, at det skattemæssige formål alene behøver være det *fremherskende* formål med arrangementet.⁶⁷

Konkluderende bevæger EU-Domstolen i *Foggia*-sagen sig en anelse i retningen af en principal purpose test-doktrin. Henset til EU-Domstolens omfattende og klare retspraksis på området bør dommen imidlertid næppe læses som udtryk for et paradigmeskifte. Det må således lægges til grund, at sole purpose test-doktrinen stadig udgør det klare udgangspunkt i misbrugsbedømmelsen.

3.4.3.2.4 C-352/08, *Zwijnenburg*

Zwijnenburg-sagen omhandlede en omstrukturering, der, udover at opnå de til FSD knyttede skattefordele, havde til formål at undgå en afgiftspligt på ejendomsretshandler. Spørgsmålet var herefter, om sådanne direktivet uvedkommende skatter var omfattet af misbrugsbegrebet.

EU-Domstolen henviste først og fremmest til *Hans Markus Kofoed*-sagen og slog fast, at art. 15 må fortolkes i lyset af dens karakter af undtagelsesbestemmelse.⁶⁸ Med henvisning til det snævre misbrugsbegreb fandt EU-Domstolen herefter ikke, at direktivets fordele kan nægtes den skattepligtige, såfremt omstruktureringen har til formål at hindre

⁶⁶ Pr. 50.

⁶⁷ Pr. 35.

⁶⁸ Pr. 45 og 46.

opkrævning af en anden type skat end den afståelsesbeskatning, som knytter sig til direktivet:

Pr. 52: Der er imidlertid i direktivet intet holdepunkt for at konkludere, at det har tilsigtet at udstrække begunstigelsesordningerne til at omfatte andre skatter, såsom den, der er omhandlet i hovedsagen, som udgør en afgift, der opkræves ved erhvervelse af en fast ejendom beliggende i den omhandlede medlemsstat.

EU-Domstolen foretog hermed en – yderligere – indskrænkende fortolkning af misbrugsbegrebet. Det almindelige misbrugsbegreb, som indbefatter en formålsstridig retsudøvelse, må således i denne sammenhæng konkluderes at være betinget af, at retsudøvelsen er formålsstridig i forhold til netop den beskatningstype, som det konkrete direktiv hjemler fordele for.

Det må bemærkes, at det ikke var et spørgsmål i sagen, om den pågældende værnsregel i stedet kunne legitimeres som en indskrænkning til etableringsfriheden begrundet i tvingende almene hensyn med et bredere anvendelsesområde til følge. Dette kan vel næppe helt udelukkes. Det synes dog mest nærliggende at lægge til grund, at EU-Domstolens utvetydige konklusion i fuldt omfang finder anvendelse for alle direktivhjemlede værnsregler, herunder LL § 3, stk. 1 og 2.

3.4.4 **Sammenfatning af et EU-retligt misbrugsbegreb**

Den i afsnit 3.4.2 og 3.4.3 behandlede retspraksis fra EU-Domstolen vedr. hindring af skattemisbrug som legitim indskrænkning til dels direktiverne om direkte beskatning, dels de frie bevægeligheder må vurderes at skulle forstås som indbyrdes supplerende og korresponderende.⁶⁹ Som følge af den traktat- og direktivkonforme fortolkningsmetode vil den anførte retspraksis således samlet definere rækkevidden af LL § 3, stk. 1 og 2, og terminologisk kan denne derfor med rimelighed betegnes det EU-retlige misbrugsbegreb.⁷⁰

Det er på denne baggrund muligt at sammenfatte en række betingelser og momenter, som må indfortolkes ved anvendelsen af LL § 3, stk. 1 og 2, og som kumulativt må være til stede, før der kan statuere skattemisbrug efter bestemmelsen.⁷¹

- Der er ud fra en konkret *sole purpose test*-vurdering af alle faktiske forhold tale om et *rent kunstigt arrangement*, som ikke beror på en *økonomisk realitet*.
- Såfremt arrangementet udgøres af en etablering, er der ikke tale om en *reel etablering*, dvs. reel økonomisk virksomhed i en fast indretning og i et ubestemt tidsrum,

⁶⁹ Dette støttes tillige af, at retspraksis vedr. direktiverne om direkte beskatning i vidt omfang henviser til retspraksis om rent kunstige arrangementer, jf. fx *Leur-Bloem*, pr. 41, og *Hans Markus Kofod*, pr. 38.

⁷⁰ Jf. Gennemstrømningsselskaber i EU, SU 2008.89. Det bemærkes i artiklen, at EU-Domstolens retspraksis vedr. etableringsbegrebet kun med sikkerhed finder anvendelse på *sekundær* etablering, hvor et moderselskab i en EU-medlemsstat etablerer et datterselskab i en anden medlemsstat. Det må dog i overensstemmelse med afsnit 3.4.1 antages, at rækkevidden af LL § 3, stk. 1 og 2, ikke af denne årsag skal forstås som varierende, alt efter om det konkrete retsfaktum omfattes af etableringsfriheden eller ej.

⁷¹ Dertil kommer nogle supplerende betingelser af processuel karakter, jf. afsnit 3.4.6.

som er manifesteret i bl.a. lokaler, personale og udstyr, og således kan efterprøves af tredjemand.

- Såfremt arrangementet indebærer strukturelle besparelser, er disse alene af rent *marginal karakter*.
- Det kan objektivt konstateres, at arrangementet hviler på en *subjektiv misbrugshensigt*.
- Arrangementet bevirker, at der på formålsstridig vis opnås en faktisk fordel, dvs. en *objektiv misbrugseffekt*.
- Formålsstridigheden knytter sig til netop det skatteobjekt, som det konkrete direktiv hjemler fordele for.

Det er først og fremmest karakteristisk for de anførte betingelser og momenter, at der i tråd med de almindelige karakteristika for generalklausuler er tale om elastiske begreber, som søger at ramme de arrangementer, hvis skattemæssige konstruktion ikke svarer til den forretningsmæssige realitet, og som dermed kan siges at være formålsstridige.

Grundlæggende skal den EU-retlige misbrugsvurdering således foretages på baggrund af en komparativ analyse af forholdet mellem arrangementets "ydre" form hhv. "indre" realitet. Også i denne sammenhæng vil der herefter være tale om en substance over form-lignende vurdering.⁷²

Det EU-retlige misbrugsbegreb er dog særegent derved, at det i udgangspunktet hviler på en sole purpose test-doktrin. Da der herefter ikke stilles høje krav til arrangementets realitet, førend det falder uden for misbrugsbegrebets sfære, er der opstillet snævre rammer for at statuere EU-retligt misbrug.

Afgørende for denne snævre vurdering vil formentligt være, om den *reelle kommercielle risiko*, som den pågældende fordel knytter sig til, ligger hos det skattesubjekt, som påberåber sig fordelen, og om skattesubjektet reelt deltager i domicilstatens økonomi og ikke alene er domicileret der af skattemæssige årsager.⁷³

Det er dog i sagens natur vanskeligt herfra at deducere, præcist hvor meget der skal til, før der eksempelvis foreligger reel økonomisk virksomhed eller reel kommerciel risiko. Af samme årsag må det konkluderes, at det ikke er muligt endegyldigt at klarlægge det EU-retlige misbrugsbegreb, således som det foreligger på nuværende udviklingsstadiet. EU-Domstolens forventelige retspraksis vedr. MDD art. 1(2-3) må således forventes at få stor betydning for fortolkningen af LL § 3, stk. 1 og 2, om end det må fastholdes, at der under alle omstændigheder vil være tale om en konkret vurdering af det enkelte arrangement.

3.4.5 **Analyse af kriterierne i stk. 1 og 2**

De afgørende kriterier i LL § 3, stk. 1 og 2, må som anført fortolkes i overensstemmelse med rækkevidden af de hjemmelsgrundlag, som ligger til grund for bestemmelsen. Det EU-retlige misbrugsbegreb vil derfor skulle indfortolkes ved anvendelsen af disse kriterier.

⁷² KOM (2007) 785, s. 4.

⁷³ Ibid., Europæisk skatteret I, s. 146.

3.4.5.1 *Hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel*

Kriteriet "*hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel*" er først og fremmest karakteriseret ved, at det i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb opstiller en subjektiv betingelse om misbrugshensigt. Den subjektive betingelse må skulle kunne konstateres på baggrund af objektive omstændigheder.

På samme måde som ordlyden af RRD art. 5(2) og FSD art. 15(1)(a) indikerer kriteriet imidlertid også, at der er tale om en principal purpose test-klausul. For en umiddelbar betragtning stemmer disse klausuler således ikke overens med det EU-retlige misbrugsbegreb, der som et fast forankret udgangspunkt udgør en sole purpose test. Spørgsmålet er således, om direktivbestemmelserne skal forstås som en udvidelse af hjemmelsgrundlaget i strid med EU-Domstolens retspraksis.

Kriteriet skal i første omgang læses i lyset af bestemmelsens øvrige kriterier om, at arrangementet skal være stridende mod direktivets formål og mangle forretningsmæssig realitet, eller for så vidt angår art. 15(1)(a) udgøre skatteunddragelse. Der vil samtidig efter *Zwijnenburg*-sagen ikke kunne statueres EU-retligt skattemisbrug, såfremt skattefordelen ikke konkret er opnået med hjemmel i direktivet. Omvendt foreskriver *Zwijnenburg*-sagen ikke, at *alle* skattemæssige fordele, som opnås ved arrangementet, skal være hjemlet ved direktivet, i det omfang arrangementet opnår flere typer af skattefordele.

Det er imidlertid vanskeligt at forestille sig et arrangement, hvor skattefordelen kun udgør ét af flere hovedformål, såfremt de øvrige hovedformål ved arrangementet samtidig strider mod *direktivets* indhold eller formål og ikke hviler på reelle kommercielle årsager. Når betingelserne i LL § 3, stk. 1 og 2, kumulativt skal være opfyldt, må det således antages at medføre, at der reelt ikke er rum for nogen udvidelse af sole purpose test-doktrinen. Det må derfor antages, at kriteriet skal forstås som korresponderende hermed.

Det kan dog virke kontraintuitivt, at LL § 3, stk. 1 og 2, og FSD art. 15(1)(a) følgelig indeholder et overflødigt element. Muligvis kan kriteriet fortolkes som en bekræftelse af, at bestemmelsen kan gøres gældende over for et isoleret arrangement, som udgør en del af et samlet arrangement,⁷⁴ hvorved der vil være tale om en sole purpose test for dette særskilte arrangement. Det må dog under alle omstændigheder lægges til grund, at kriteriet skal forstås i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb.

3.4.5.2 *Virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne*

Kriteriet "*som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne*" udgør i overensstemmelse med karakteristikken af det almindelige skattemisbrugsbegreb, som er udtryk for en formålsstridig retsudøvelse, generalklausulens kerne. Kriteriet stemmer med sin henvisning til indholdet af eller formålet med *direktiverne* tillige overens med *Zwijnenburg*-sagen.

Det fremgår ikke af forarbejderne, om det med udtrykket "*indholdet af*" er tilsigtet at udvide det område, der ellers følger af kriteriet om formålsstridighed. Da det er svært at forestille sig et område, som omfattes af direktivernes indhold, men ikke af deres for-

⁷⁴ Jf. således afsnit 3.3.1.

mål, er det mest nærliggende, at udtrykket alene er anvendt for at tydeliggøre general-klausulens elastiske karakter. Udtrykket vil derfor antageligvis ikke have nogen selvstændig retlig betydning.

Som anført i afsnit 3.3.2 er formålet med direktiverne at fremme de traktatfæstede principper om fri bevægelighed inden for EU's indre marked for herved at øge mulighederne for grænseoverskridende erhvervmæssig aktivitet. I det omfang et arrangement ud fra en konkret vurdering tilsigter at opnå skattefordele, som strider mod disse formål, vil der således kunne statuere skattemisbrug efter nærværende kriterie.⁷⁵

3.4.5.3 *Ikke er reelt*

Det følger af henvisningen i LL § 3, stk. 2, at der ved et arrangement, som ikke er reelt, forstås et arrangement, som ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Kriteriet leder i sin formulering tankerne hen på den traditionelle substance over form-betragtning, som utvivlsomt har ligget til grund for kriteriets udformning.

Som følge af de øvrige kriterier i bestemmelsen har dette kriterie kun selvstændig retlig betydning, såfremt der vil kunne forekomme arrangementer, som har til hovedformål at opnå en skattefordel i strid med direktivernes formål, men som beror på en forretningsmæssig realitet.

I kraft af de direktivmæssige formål om at øge mulighederne for grænseoverskridende erhvervmæssig aktivitet er det imidlertid svært at forestille sig et formålsstridigt arrangement, som samtidig er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager.

På denne baggrund må det vurderes, at kriteriet reelt er overflødigt i retlig henseende. Kriteriet kan således blot ses som en henvisning og bekræftelse af det EU-retlige misbrugsbegreb. Det kan dog samtidig siges at opsummere det direktivmæssige formål, hvilket vel i et vist omfang kan siges at bidrage til bestemmelsens forudsigelighed. Samtidig må det antages, at kriteriet bekræfter, at der er tale om en samlet substance over form-lignende vurdering af arrangementet.

3.4.5.4 *Samlet afvejning*

De ovenfor behandlede tre kriterier udgør betingelser, som kumulativt må være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse. Således må det eksempelvis erindres, at det i sig selv er legitimt at inddrage skattemotiver i et arrangement, blot arrangementet i øvrigt hviler på en økonomisk realitet og dermed er formålmæssigt. Dette er af Generaladvokat J. Kokott i forslag til afgørelse i *Zwijnenburg*-sagen, pkt. 43 og 44, formuleret på den måde, at skattemyndighederne ikke må nægte en virksomhed at anvende den skattemæssigt mest fordelagtige løsning som *middel* til opnåelse af et forretningsmæssigt begrundet *mål*.

Det følger dog af det EU-retlige misbrugsbegreb samt kravet i LL § 3, stk. 1 og 2, om hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder,⁷⁶ at der ved bestem-

⁷⁵ Denne vurdering foretages i konkrete tilfælde i afsnit 5.

⁷⁶ Kommateringen i bestemmelsen antyder, at dette alene gælder sidste kriterie. Det må dog i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb gælde i anvendelsen af alle tre kriterier.

melsens anvendelse er tale om en samlet afvejning af kriterierne, som derved allegorisk kan siges at udgøre tre sammenhængende "elastikker".

Denne samlede afvejning er grundlæggende udtryk for det EU-retlige misbrugsbegreb. Kernen heri udgøres af den konkrete vurdering af, om arrangementet kan rummes under direktivernes fælles formål om fremme af den grænseoverskridende erhvervsmæssige aktivitet.

3.4.6 **Bevisbyrden efter stk. 1 og 2**

Det følger af LL § 3, stk. 1, 1. pkt., at der ved vurderingen af, om et arrangement omfattes af bestemmelsen, skal tages hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Der er tale om en lovfæstelse af kravet om, at der i vurderingen skal foretages et konkret skøn under iagttagelse af det EU-retlige proportionalitetsprincip. Samtidig harmonerer formuleringen med den forvaltningsretlige officialmaksime, hvorefter det som udgangspunkt påhviler skattemyndighederne at sikre korrekt og tilstrækkelig belysning af sagens faktum og retsgrundlag.⁷⁷ Disse principper udgør således udgangspunktet for bevisvurderingen.

Efter bestemmelsens formulering må det lægges til grund, at skattemyndighederne som udgangspunkt bærer bevisbyrden for arrangementets manglende berettigelse til direktivfordelen.⁷⁸ Dette støttes tillige af det forhold, at det vil være skattemyndighederne, der gør bestemmelsen gældende over for skattesubjektet.

Det følger imidlertid af forarbejderne, at dette udgangspunkt kun skal opretholdes for så vidt angår kriterierne om arrangementets hovedformål og formålsstridige virkning, mens bevisbyrden i relation til kriteriet om arrangementets realitet i stedet skal påhvile skatteyderen.⁷⁹

Denne forståelse synes ikke naturlig i lyset af bestemmelsens ordlyd og følger ikke af EU-Kommissionens forarbejder til direktiv 2015/121/EU.⁸⁰ Det må dog anføres, at fortolkningen for så vidt kan rummes under afgørelsen i C-310/09, *ACCOR*, hvor EU-Domstolen i relation til EUF-traktaten udtalte:

Pr. 82: Det skal bemærkes, at skattemyndighederne i en medlemsstat har ret til at kræve, at den skattepligtige fremlægger de beviser, som de finder nødvendige for at kunne bedømme, om de i den omhandlede lovgivning fastsatte betingelser for en skattefordel er opfyldt, og dermed afgøre, om den krævede fordel skal godkendes [...].

Pr. 99: For så vidt angår effektivitetsprincippet bemærkes for det første, at den påkrævede dokumentation skal gøre det muligt for skattemyndighederne i beskatningsmedlemsstaten klart og præcist at kontrollere, om betingelserne for at opnå en skattefordel er opfyldt [...].

⁷⁷ Forvaltningsret – sagsbehandling, s. 161 ff., Skatteretten 4, s. 76. Udgangspunktet modificeres dog inden for civilprocessen, hvor forhandlingsmaksimen finder anvendelse. Myndigheden er dog også her bundet af legalitetsprincippet og skal som part agere objektivt i sagen, jf. Forvaltningsret: Almindelige emner, s. 379 f.

⁷⁸ Den civile retspleje, s. 490 ff.

⁷⁹ L 167 (2014-15), s. 18.

⁸⁰ KOM (2013) 814.

Det følger heraf, at skatteyderen kan forpligtes til at fremlægge dokumentation for, at der foreligger en reel og faktisk aktivitet. Endvidere harmonerer afgørelsen med det almindelige princip om processuel skadevirkning, som indtræder, i det omfang en part ikke frembringer den dokumentation, som denne er nærmest til at tilvejebringe.⁸¹

Som ovenfor anført må det imidlertid hævdes, at kriteriet om manglende forretningsmæssig realitet reelt er indeholdt i kriteriet om formålsstridighed og således antageligt ikke har selvstændig retlig betydning. Det kan derfor på den anden side hævdes, at denne bevisbyrdefordeling reelt indtager karakter af en processuel *bona fide*-klausul, som giver den skattepligtige mulighed for at afkræfte den formodning for skattemisbrug, som er skabt ved skattemyndighedernes bevisførelse.⁸²

Henset hertil, og til forarbejdernes utvetydighed om spørgsmålet, forekommer det mest nærliggende, at denne forståelse vil blive lagt til grund ved de danske domstole. Det vil derfor antageligvis være således, at skattemyndighederne ud fra de foreliggende faktiske omstændigheder må godtgøre eller sandsynliggøre, at der er tale om et arrangement, der er skattemæssigt begrundet og i strid med direktivets formål. Dernæst må det påhvile den skattepligtige at tilvejebringe de fornødne oplysninger, som kan godtgøre den forretningsmæssige begrundelse bag arrangementet, for derved at afkræfte denne formodning. I denne situation vil bevisbyrden følgelig være vendt.

Da såvel tilladelsespraksis som LL § 3, stk. 1 og 2, i relation til omstruktureringer har sit hjemmelsgrundlag i FSD art. 15(1)(a), er det i den sammenhæng nærliggende at lade bedømmelsen korrespondere med det konkretiseringskrav, som udøves i dansk administrativ praksis vedr. anvendelsen af art. 15(1)(a).⁸³ På baggrund af den foreliggende tilladelsespraksis kan kravet formuleres på den måde, at skattesubjektet *i rimelig grad skal sandsynliggøre* arrangementets forretningsmæssige begrundelse.⁸⁴

Endeligt må det antages, at tyngden af skattemyndighedernes bevisbyrde efter omstændighederne kan variere. Dette aktualiseres navnlig, hvis arrangementet forekommer usædvanligt i forhold til almindelig forretningspraksis, uden der øjensynligt foreligger nogen form for kommercielt behov eller nødvendighed for det pågældende arrangement, og der samtidig er væsentlige skattemæssige fordele forbundet hermed.⁸⁵

Eksempelvis vil etableringen af mellemløbselskaber, enten ved stiftelse eller ved omstrukturering af en koncern, med væsentlige skattefordele til følge, antageligt bevirke, at skattemyndighedernes bevisbyrde lettes. Tilsvarende såfremt det påvises, at der foreligger væsentlige divergenser mellem de implicerede staters skattesatser. Samlet set vil skattemyndighedernes bevisbyrde antageligt afhænge af størrelsen af skattefordelen sammenholdt med arrangementets forretningsmæssige sædvanlighed eller nødvendighed.⁸⁶

⁸¹ Princippet er i dansk ret lovfæstet ved RPL § 298, jf. § 344, stk. 2.

⁸² Skatteyderen skal i øvrigt altid have mulighed herfor, jf. *Cadbury Schweppes*, pr. 70.

⁸³ Fusionsskatteloven med kommentarer, s. 105 ff.

⁸⁴ SKM 2007.807 DEP, JV C.D.6.3.4.

⁸⁵ Europæisk skatteret I, s. 212 og 263. Smh. argumentationen i *Thin Cap*, pr. 80.

⁸⁶ Jf. udtrykkeligt *Foggia*, pr. 42.

Konkluderende vil der dog i alle tilfælde være tale om en samlet, konkret vurdering, hvor udgangspunktet er, at skattemyndighederne bærer bevisbyrden for, at arrangementet er omfattet af det EU-retlige misbrugsbegreb.

3.5 Misbrug af overenskomstmæssige fordele – stk. 3

LL § 3, stk. 3, indeholder en generalklausul med virkning for overenskomstmæssige fordele. Bestemmelsen udgør som ovenfor anført en ordret dansk oversættelse af den GAAR-klausul, som er indeholdt i G20/OECD's *Action 6*. General-klausulen er udformet med henblik på indsættelse i de konkrete overenskomster, og Danmark er så vidt ses den eneste stat, som har indført generalklausulen ved lov med virkning for alle indgåede overenskomster.

LL § 3, stk. 3, er ligesom stk. 1 og 2, samt de traditionelle generalklausuler, udformet i elastiske kriterier. Stk. 3 kan dog mere nærliggende formuleres som en to-trinet test, idet de to kriterier kumulativt må være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse.

Herefter vil de overenskomstmæssige fordele kunne nægtes den skattepligtige ved et arrangement eller transaktion, hvor det er:

1. rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål med arrangementet,
2. medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

For stk. 3 kan det tilsvarende konstateres, at bestemmelsen indeholder en betingelse om formålsstridig retsudøvelse, som leder tankerne hen på den traditionelle substance over form-betragtning, samt en subjektiv betingelse om misbrugshensigt.

Spørgsmålet kredser sig herefter om, hvorledes disse komponenter skal fortolkes konkret for LL § 3, stk. 3.

3.5.1 Udgangspunkt for analysen – fortolknings- og formodningsreglen

Det følger af fortolknings- og formodningsreglen, at inkorporerede nationale regler som udgangspunkt må fortolkes således, at de stemmer overens med den underliggende folkeretlige forpligtelse, idet det må formodes, at dette har været lovgivers hensigt.⁸⁷

For så vidt angår LL § 3, stk. 3, må udgangspunktet derfor principielt være, at bestemmelsens rækkevidde må fastlægges konkret i forhold til hver enkelte DBO, idet hjemmelsgrundlaget for stk. 3 netop udledes af den konkrete overenskomst. Generalklausulens rækkevidde vil således variere fra overenskomst til overenskomst.

Denne fortolkningsmetode vil dog unægtelig have u hensigtsmæssige følger for retssikkerheden og bestemmelsens forudsigelighed. Samtidig stemmer fortolknings-metoden ikke overens med Skatteministeriets opfattelse af spørgsmålet:

⁸⁷ Indledning til folkeretten, s. 80 ff.

"De foreslåede omgåelsesklausuler er ikke en adgang for SKAT til at træffe vilkårlige afgørelser. De foreslåede omgåelsesklausuler er internationalt vedtagne standarder, hvis formål er at imødegå, at skattepligtige opnår skattefordele efter direktiverne eller dobbeltbeskatningsaftalerne, som de ellers ikke ville være berettigede til. Netop det forhold, at der er tale om internationale standarder, betyder, at man undgår forskellige standarder i landene, og dermed at man opnår en højere grad af retssikkerhed."⁸⁸

De internationalt vedtagne standarder, som der henvises til, må forstås som G20/OECD's anbefalinger og kommentarer, navnlig til GAAR-klausulen i *Action 6*, som LL § 3, stk. 3, baserer sig på. Dette støttes tillige af forarbejderne, hvoraf det følger, at OECD's anbefalinger og kommentarer må indgå som fortolkningsfaktor i enhver DBO, uagtet af at DBO'en ikke indeholder en tilsvarende generalklausul, og øjensynligt uagtet af om overenskomsten er baseret på OECD's modeloverenskomst eller ej.⁸⁹

Wienertraktatens art. 31(1), som må antages at udgøre et almindeligt folkeretligt princip,⁹⁰ foreskriver:

En traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges deres udtryk i dens sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål.

Forarbejdernes opfattelse kan ud fra dette princip legitimeres, i det omfang der er tale om en overenskomst, som er baseret på OECD's modeloverenskomst.

Således anfører OECD i kommentaren hertil, at de kontraherende stater ikke er forpligtet til at indrømme fordele, som opnås gennem misbrug af overenskomstens bestemmelser.⁹¹

I det omfang den konkrete overenskomst ikke baserer sig på OECD's modeloverenskomst, er det imidlertid mere tvivlsomt, om det anførte princip kan opretholdes. Dertil kommer, at de kontraherende stater kan have forskellige opfattelser af, hvad der udgør skattemisbrug. Såfremt LL § 3, stk. 3, uagtet heraf anvendes til at nægte en skattepligtig overenskomstmæssige fordele, vil det således efter omstændighederne kunne stride mod en loyal fortolkning af den konkrete overenskomst, hvorefter der vil være tale om folkeretsbrud i form af treaty overriding.⁹²

Problemstillingen er en naturlig følge af, at generalklausulen var tiltænkt indført i overenskomsterne efter gensidig forhandling mellem de kontraherende stater. Det kan således anføres, at meningen med denne "unaturlige" brug af bestemmelsen har været, at lovgiver ikke har ønsket at overholde sine folkeretlige forpligtelser, og/eller at man ikke har ønsket at genforhandle allerede indgåede overenskomster.

Under hensyntagen til forarbejdernes tavshed om problemstillingen er det dog mest nærliggende at antage, at treaty overriding ikke har været tilsigtet. Hovedreglen må herefter være, at LL § 3, stk. 3, så vidt muligt må fortolkes i overensstemmelse med

⁸⁸ Høringsskema til Folketingets Skatteudvalg, s. 23.

⁸⁹ L 167 (2014-15), s. 13.

⁹⁰ Skatteretten 3, s. 33 f.

⁹¹ OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, s. 59, pkt. 9.4.

⁹² Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, s. 101 ff. Dette vil efter omstændighederne kunne blive betragtet som en opsigelse af overenskomsten.

G20/OECD's kommentarer i *Action 6*.⁹³ I det omfang denne fortolkning helt eller delvist ikke ville kunne rummes under fortolkningen af den konkrete overenskomst, må hovedreglen dog formentligt modificeres, således at rækkevidden af bestemmelsen i disse tilfælde er snævrere end ellers. Det følgende skal således læses med dette forbehold.

3.5.2 **Analyse af kriterierne i stk. 3**

Det anbefales i *Action 6*, at GAAR-klausulen indsættes som *supplement* til en limitation of benefits-klausul.⁹⁴ Dette er som bekendt ikke sket ved LL § 3, stk. 3, hvorfor bestemmelsen udgør en "ren" generalklausul, som i overensstemmelse med de almindelige karakteristika herfor tilsigter at ramme formålsstridige arrangementer.

3.5.2.1 *Opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål*

LL § 3, stk. 3, udgør med udtrykket "*et af de væsentligste formål*" en principal purpose test-klausul. Efter sin ordlyd står bestemmelsen således i kontrast til en sole purpose test-klausul og dermed det EU-retlige misbrugsbegreb.

På trods af at generalklausulen således i sin ordlyd er motivbaseret, foreskriver kriteriet, at fastlæggelsen af, om arrangementet har som ét af de væsentligste formål at opnå skattefordele, skal være "*rimelig under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder*". Denne tilføjelse må anses at udtrykke valget af en retspragmatisk løsning, hvorefter der vil være tale om en objektiveret bedømmelse af skattesubjektets misbrugshensigt.

Forståelsen bekræftes tilsvarende i *Action 6*, hvoraf det følger:

"What are the purposes of an arrangement or transaction is a question of fact which can only be answered by considering all circumstances surrounding the arrangement or event on a case by case basis. It is not necessary to find conclusive proof of the intent of a person concerned with an arrangement or transaction [...]."⁹⁵

Spørgsmålet er herefter, hvorledes principal purpose test-klausulen må anvendes i for-
ening med kriteriet om, at arrangementet "*virker mod indholdet af og formålet med overenskomstbestemmelsen*".

I relation til det EU-retlige misbrugsbegreb er det som anført i afsnit 3.4.5.1 nærværende afhandlings vurdering, at kriteriet om direktivmæssig formålsstridighed i LL § 3, stk. 1, 1. pkt., bevirker, at der reelt ikke er rum for øvrige ikke forretningsmæssige hovedformål bag arrangementet, hvorved den i retspraksis skabte sole purpose test-doktrin er bevaret.

⁹³ Det bemærkes, at det EU-retlige misbrugsbegreb som hovedregel ikke finder anvendelse for LL § 3, stk. 3, da reglen efter stk. 4 er begrænset til arrangementer, som ikke er omfattet af direktiverne om direkte beskatning, jf. afsnit 3.6.

⁹⁴ Se herom OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, s. 62, pkt. 20, samt den dansk-amerikanske DBO art. 22.

⁹⁵ Action 6, s. 69.

Disse betragtninger gør sig for så vidt tilsvarende gældende i relation til stk. 3. Imidlertid må det erindres, at stk. 3 ikke er begrænset af den negative afgrænsning, som det EU-retlige misbrugsbegreb opstiller.⁹⁶ Dertil kommer, at det i *Action 6* anføres:

"The reference to "one of the principal purposes" in paragraph 7 means that obtaining the benefit under a tax convention need not be the sole or dominant purpose of a particular arrangement or transaction. It is sufficient that at least one of the principal purposes was to obtain the benefit."⁹⁷

Med støtte i betragtningerne i *Action 6* vil det således kunne anføres, at bestemmelsen efter omstændighederne kan forhindre arrangementer, som hviler dels på en formålmæssig forretningsmæssig realitet, dels på en formålsstridig skattemæssig bevæggrund.

Som eksempel på et sådan arrangement nævner *Action 6* en skattepligtig, som umiddelbart inden en transaktion etablerer sig som hjemmehørende i en anden kontraherende stat. Her kan det ifølge *Action 6* være rimeligt at fastslå, at et af de væsentligste formål hermed er at drage fordel af overenskomsten, selvom der kan foreligge andre væsentlige formål med bopælsskiftet, som ikke er betingede heraf.

På den anden side nævner *Action 6* et andet eksempel, hvorefter en fordel ikke vil blive nægtet, såfremt en planlagt investering i én af flere ellers lige gode stater falder ud til fordel for den stat, med hvem den stat, som investor er hjemmehørende i, har tiltrådt en DBO.⁹⁸

Efter en umiddelbar betragtning kan det være svært at fremfinde den relevante forskel på de to scenarier, som er udslagsgivende for, om den overenskomstmæssige fordel nægtes eller ej. I begge tilfælde er en del af arrangementet alene betinget af opnåelsen af en skattefordel, som herved udgør et af hovedformålene i det samlede arrangement.

Det anføres imidlertid om problemstillingen andetsteds i kommentarerne:

"In particular, where an arrangement is inextricably linked to a core commercial activity, and its form has not been driven by considerations of obtaining a benefit, it is unlikely that its principal purpose will be considered to be to obtain that benefit."⁹⁹

Med støtte heri, og i overensstemmelse med de almindelige betragtninger om skatteretlige generalklausuler, må det herefter vurderes, at der også i relation til stk. 3 må tages udgangspunkt i, om det samlede arrangementet eller det arrangement, som udgør en del heraf, er formålsstridigt, dvs. ikke forretningsmæssigt begrundet. Den afgørende forskel på de to situationer er således, om arrangementet – dvs. bopælsskiftet eller etableringen – strider mod formålet med den anvendte overenskomstbestemmelse eller ej.

Som hovedregel må det således hævdes, at principal purpose test-vurderingen ikke har selvstændig betydning i lyset af kriteriet om formålsstridighed.

⁹⁶ Jf. dog afsnit 3.6.

⁹⁷ Action 6, s. 70.

⁹⁸ Ibid., s. 72.

⁹⁹ Ibid., s. 70.

Imidlertid ville man kunne forestille sig, at et arrangement, hvorved der opnås overenskomstmæssige fordele, på samme tid strider mod formålet med en eller flere andre overenskomster eller fordelsregler i øvrigt. Arrangementet vil da efter omstændighederne have til formål at opnå en flerhed af skattefordele, som ikke ville kunne nægtes den skattepligtige efter en streng sole purpose test-doktrin.

I disse tilfælde følger det af *Action 6*, at arrangementet tilsvarende skal nægtes fordelene. Den anførte hovedregel må således modificeres, således at principal purpose test-formuleringen på dette område får sin selvstændige berettigelse.¹⁰⁰

3.5.2.2 *Virker mod indholdet af og formålet med overenskomstbestemmelsen*

Kriteriet om arrangementets formålsstridighed udgør generalklausulens kerne. Da de direktiv- og overenskomstmæssige formål i det væsentlige er harmoniserende, vil det i afsnit 3.4.5.2 anførte som udgangspunkt gælde tilsvarende for nærværende kriterie.

Det må ligeledes antages, at udtrykket "*indholdet af*" ikke har selvstændig retlig betydning i forhold til dette kriterie.

Bedømmelsen efter stk. 3 må dog efter bestemmelsens ordlyd og bemærkninger ske med udgangspunkt ikke bare i det overordnede formål med overenskomsten, men i formålet med den enkelte fordelsbestemmelse:

"[The principal purpose test clause] must be read in the context of [the limitation of benefits clause] and of the rest of the Convention, including its preamble. This is particularly important for the purposes of determining the object and purpose of the relevant provisions of the Convention."¹⁰¹

Det er tvivlsomt, om dette forhold manifesterer sig i praksis, idet de konkrete overenskomstbestemmelser i det væsentlige har samme overordnede formål. Henset til behandlingen af problemstillingen i *Action 6*, som alene vedrører forholdet mellem generalklausulen og limitation of benefits-klausulen, er der mest nærliggende blot tale om en præcision af forholdet mellem generalklausulen og øvrige overenskomstmæssige værnsregler.¹⁰²

3.5.2.3 *Samlet afvejning*

Kriterierne i LL § 3, stk. 3, må ligesom stk. 1 og 2 kumulativt være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse. Tilsvarende følger det af udtrykket "*alle relevante faktiske forhold og omstændigheder*", at der er tale om en samlet afvejning, hvorved kriterierne allegorisk kan siges at udgøre to sammenhængende "elastikker".

Som følge af kriteriet om formålsstridighed må det lægges til grund, at der heri må indfortolkes et krav om manglende forretningsmæssig realitet.¹⁰³ Dette følger af, at overenskomstbestemmelsernes formål overordnet set er at tilgodese den reelle grænseoverskridende erhvervsmæssige aktivitet.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid., s. 67.

¹⁰² Se herom afsnit 4.

¹⁰³ Høringskema til Folketingets Skatteudvalg, s. 23.

Konkluderende skal arrangementet ud fra en samlet substance over form-lignende vurdering stride imod formålet med overenskomstens konkrete fordelsbestemmelse. Der er dog som nævnt samtidig tale om en principal purpose test-klausul, hvilket manifesterer sig således, at anvendelsen af stk. 3 ikke er udelukket, såfremt arrangementet samtidig strider imod formålet med øvrige skatteretlige fordelsregler.

3.5.3 Bevisbyrden efter stk. 3

LL § 3, stk. 3, finder som udgangspunkt anvendelse, såfremt det er *rimeligt* at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål med arrangementet. Det følger af bestemmelsens formulering, at skattemyndighederne som udgangspunkt bærer bevisbyrden for denne rimelighedsvurdering, hvilket tillige støttes af, at det vil være skattemyndighederne, der gør bestemmelsen gældende over for skattesubjektet.¹⁰⁴

I overensstemmelse med den forvaltningsretlige officialmaksime vil det som udgangspunkt tillige påhvile skattemyndighederne at sikre korrekt og tilstrækkelig belysning af sagens faktum og retsgrundlag.¹⁰⁵ Det må dog følge af det almindelige princip om processuel skadevirkning, at skatteyderen med rette kan tilpligtes at bidrage med de oplysninger, som han er nærmest til at tilvejebringe.

Det følger videre af bestemmelsens formulering "*medmindre det godtgøres*", at bevisbyrden for, at arrangementet ikke er i strid med formålet med overenskomstbestemmelsen, påhviler skatteyderen, således at denne skal kunne godtgøre den forretningsmæssige realitet.

Det anførte finder tillige støtte i Skatteministeriets opfattelse af spørgsmålet:

"I forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne påhviler det SKAT under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder at fastslå, at opnåelse af fordelene er et af de væsentligste formål med arrangementet eller transaktionen, som direkte eller indirekte medfører fordelene.

Den skattepligtige har dog mulighed for konkret at godtgøre, at indrømmelsen af fordelene er i overensstemmelse med indholdet og formålet med overenskomsten. Hvis arrangementet eller transaktionen er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, vil der formentligt være tale om et arrangement eller en transaktion, der er i overensstemmelse med indholdet og formålet med overenskomsten."¹⁰⁶

Skattesubjektet bærer således bevisbyrden for arrangementets formålmæssighed, såfremt skattemyndighederne rimeligvis kan påvise, at opnåelsen af skattefordelene udgjorde et af hovedformålene med arrangementet.

Med udtrykket "rimeligt" synes skattemyndighedernes bevisbyrde efter en umiddelbar betragtning ikke at være tung. Ifølge *Action 6* skal rimelighedsvurderingen kun falde ud til ugunst for den skattepligtige, hvis der ikke er en reel og rimelig mulighed for, at ar-

¹⁰⁴ Den civile retspleje, s. 490 ff.

¹⁰⁵ Jf. herom afsnit 3.4.6.

¹⁰⁶ Høringskema til Folketingets Skatteudvalg, s. 24.

rangementet kan være begrundet i andre forhold end opnåelsen af skattemæssige fordele ("*can only be reasonably explained*").¹⁰⁷

Der vil således være at foretage en analyse af de mulige årsager, der med rimelighed kan betinge det arrangement, som anfægtes ved generalklausulen. Såfremt der herefter ikke forekommer at være nogen anden rimelig forklaring end opnåelse af skattefordelen, vil bevisbyrden for, at denne er formålsmæssig i forhold til overenskomsten, påhvile skatteyderen. Rimelighedskriteriet synes således at indtage karakter af en slags bagatelgrænse, hvorefter de foreliggende kommercielle årsager bag arrangementet formentligt skal have mere end blot marginal eller uvæsentlig betydning for virksomhedens økonomi.

Det må antages, at skattemyndighederne også i relation til stk. 3 kan anvende visse forudsætningsregler, såfremt arrangementet er etableret på en sådan måde, at det sædvanligvis indebærer væsentlige skattefordele, uden der øjensynligt foreligger nogen form for kommercielt behov eller nødvendighed. Dette støttes forudsætningsvis af OECD's kommentarer:

"Stater, der anvender [...] anti-misbrugsregler [...], søger at bevare retfærdigheden og neutraliteten i den nationale lovgivning i et internationalt forum, der er karakteriseret ved meget forskellige skattebyrder, men sådanne foranstaltninger skal kun anvendes til dette formål. Som regel bør disse foranstaltninger ikke anvendes, når den relevante indkomst er blevet undergivet en beskatning, der er sammenlignelig med beskatningen i det land, hvori skatteyderen er hjemmehørende."¹⁰⁸

Desto større den opnåede skattefordel er, og desto mere kommercielt usædvanligt og unødvendigt arrangementet forekommer, desto mere rimeligt vil det således som udgangspunkt være at statuere, at skattefordelen udgør et af hovedformålene bag arrangementet.

3.6 Generalklausulernes anvendelsesområder – stk. 4

LL § 3, stk. 4, foreskriver, at stk. 1 og 2 skal anvendes fremfor stk. 3, i de tilfælde hvor den skattepligtige alternativt til en overenskomstbestemt fordel kunne påberåbe sig en direktivbestemt fordel. Herved cementeres et forrangsprincip, der i udgangspunktet skaber vandtætte skotter mellem anvendelsesområderne for stk. 1 og 2 og stk. 3, idet EUF-traktaten og direktiverne om direkte beskatning ikke beskytter etableringer i stater uden for EU.¹⁰⁹

Der vil imidlertid kunne forekomme arrangementer, som ikke alternativt kan anvende direktivbestemte fordele, men som alligevel nyder beskyttelse efter EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed under begrænsning af det EU-retlige misbrugsbegreb.¹¹⁰ Dette vil være tilfældet, såfremt betingelserne for direktivernes anvendelse ikke er opfyldt, selvom der foretages dispositioner inden for EU, fx mellem selskaber, som ikke udgør moder- og datterselskaber i MDD's forstand. Endvidere kan det være til-

¹⁰⁷ Action 6, s. 69 f.

¹⁰⁸ OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, s. 66, pkt. 26.

¹⁰⁹ KOM (2007) 785, s. 2 f. og 8 f.

¹¹⁰ Jf. afsnit 3.4.2 og Skattelypakken – ny international omgængelsesklause i dansk skatteret, SR 2015.97.

fældet ved dispositioner mellem skattesubjekter i EU-lande hhv. tredjelande, som omfattes af kapitalens fri bevægelighed, jf. udtrykkeligt EUF-traktatens art. 63.

Efter ordlyden af stk. 4 vil sådanne arrangementer skulle bedømmes efter stk. 3, selvom det EU-retlige misbrugsbegreb finder anvendelse. Da stk. 1 og 2 imidlertid er udformet netop som en manifestation af det EU-retlige misbrugsbegreb, fremstår det på trods af ordlyden af stk. 4 mest hensigtsmæssigt i disse tilfælde at anvende stk. 1 og 2 direkte eller analogt. Det kan dog næppe på nuværende tidspunkt konstateres, om dette vil blive fremgangsmåden i praksis.

Det må under alle omstændigheder lægges til grund, at stk. 3 må fortolkes i lyset af det EU-retlige misbrugsbegreb, i det omfang begrebet finder anvendelse, og domstolene vælger at anvende stk. 3. Det følger da også af bemærkningerne til *Action 6*, at de anbefalede værnsregler efter omstændighederne må indskrænkes, således at de er i overensstemmelse med EU-retten.¹¹¹

Spørgsmålet kan dog få betydning, såfremt der kan påvises forskelle mellem rækkevidden af generalklausulerne i stk. 1 og 2 hhv. stk. 3, som ikke direkte kan henføres til det EU-retlige misbrugsbegreb, men til bestemmelseernes indhold i øvrigt, jf. straks nedenfor.

3.7 **Komparativ vurdering af rækkevidden af stk. 1 og 2 hhv. stk. 3**

Såvel LL § 3, stk. 1 og 2, som stk. 3, minder med sine elastiske kriterier om de traditionelle generalklausuler. Samtidig varetager klausulerne overordnet set samme formål, som er at hindre arrangementer, der strider mod direktivernes eller overenskomsternes formål. Som udgangspunkt må det således antages, at rækkevidden af de to generalklausuler er sammenfaldende.

Dette udgangspunkt støttes af forarbejderne, hvori det vurderes, at "*der ikke er væsentlig forskel på de to omgængelsesklausuler.*"¹¹² Skatteministeriet vurderer en anelse mere assertivt, at der "*ikke er indholdsmæssige forskelle mellem klausulerne.*"¹¹³ Det kan anføres, at denne forståelse er hensigtsmæssig under hensyn til det praktiske retsliv. Forskellen i bestemmelseernes ordlyd er herefter alene udtryk for, at man har ønsket at bevare den præcise formulering af de forskrifter, som bestemmelserne beror på. Det må dog undersøges, om der på trods heraf kan peges på materielle eller processuelle divergenser mellem klausulerne.

Det er nærværende afhandlings opfattelse, at stk. 1 og 2 må fortolkes i lyset af det EU-retlige misbrugsbegreb. Ligeledes må stk. 1 og 2 selvsagt fortolkes i overensstemmelse med den forventelige retspraksis fra EU-Domstolen vedr. MDD art. 1(2-3).

Det må i den forbindelse bemærkes, at EU-Domstolens fortolkningsstil i høj grad er præget af hensynet til EU-rettens integration, og at den derfor i overensstemmelse med princippet om *effet utile* er udviklings- og målsætningsorienteret.¹¹⁴ EU-Domstolen vil

¹¹¹ Action 6, s. 9.

¹¹² L 167 (2014-15), s. 9.

¹¹³ Høringsskema til Folketingets Skatteudvalg, s. 23 f.

¹¹⁴ EU-retten, s. 124.

derfor være tilbøjelig til at fortolke især elastiske bestemmelser i lyset af EU-rettens overordnede formål, hvorefter de traktatsikrede rettigheder om fri bevægelighed fortolkes udvidende, mens undtagelserne hertil tilsvarende fortolkes snævert.¹¹⁵

Det anførte kommer til udtryk i det EU-retlige misbrugsbegreb, som i udgangspunktet udgør en sole purpose test. Dertil kommer, at det følger af *Zwijnenburg*-sagen, at opnåelsen af skattemæssige fordele, som er direktivet uvedkommende, ikke udgør misbrug.

Stk. 3 er i modsætning hertil baseret på en principal purpose test-klausul. Heraf følger, at misbrug kan statuere, selvom der i øvrigt opnås ikke forretningsmæssigt begrundede fordele ved misbrug af øvrige overenskomster eller skattefordelsregler.

Sammenholdes *Zwijnenburg*-sagen med denne fortolkning af stk. 3, må det således konkluderes, at der i disse tilfælde vil være et videre anvendelsesområde for stk. 3, forudsat at bestemmelsens øvrige betingelser er opfyldt.

Ligeledes må det antages, at der vil være forskel mellem EU-Domstolens fortolkningsstil og de danske domstoles fortolkningsstil vedr. national ret. Således vil de danske domstole i mindre grad føle sig bundet af et integrationshensyn og i stedet inddrage alle relevante fortolkningsfaktorer efter sædvanlig juridisk metode. Dette kan efter omstændighederne give et videre område for misbrugsbegrebet efter stk. 3, end det følger af det EU-retlige misbrugsbegreb. Det vil selvsagt være nærliggende at tillægge fremmed retspraxis betydning,¹¹⁶ herunder EU-retten, men de danske domstole er næppe retligt bundet heraf.¹¹⁷ Henset til, at Danmark som noget særegent har vedtaget GAAR-klausulen ved lov, opstår der endvidere ikke nødvendigvis retspraxis i fremmed ret af relevans for fortolkningen af stk. 3.

Endeligt må bevisbedømmelsen efter stk. 1 og 2 sammenholdes med samme efter stk. 3. Det er bemærkelsesværdigt, at skattemyndighederne i relation til stk. 3 ud fra en rimelighedsvurdering alene skal bevise hensigten om opnåelsen af en skattefordel. Herefter påhviler det skatteyderen at bevise, at denne i øvrigt er formålmæssig. Dette korresponderer ikke med bevisbyrdevurderingen efter stk. 1 og 2, hvorefter skattemyndighederne tilsvarende skal bevise, at der er tale om en formålsstridig skattefordel. Det anførte må således antages at medføre, at der i hvert fald teoretisk påhviler skatteyderen en større bevisbyrde efter stk. 3. Dette kan muligvis få reel praktisk betydning i gråzonetilfælde.

Det må således konkluderes, at stk. 1 og 2 og stk. 3 som udgangspunkt er korresponderende, men at der foreligger enkelte materielle og processuelle forskelle.

De anførte forskelle kan ultimativt få den betydning, at det vil være mere fordelagtigt at tilrettelægge grænseoverskridende arrangementer således, at de direktivmæssige fordele

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Fremmed ret tillægges eksempelvis betydning vedr. fortolkningen af begrebet retmæssig ejer i TfS 2012.182 Ø.

¹¹⁷ En tvist vil dog efter omstændighederne skulle afgøres efter proceduren om gensidig aftale mellem de kontraherende staters skattemyndigheder i OECD's modeloverenskomsts art. 25, jf. Hørings-skema til Folketingets Skatteudvalg, s. 26.

anvendes fremfor de overenskomstmæssige fordele. Disse forskelle vil i givet fald kunne indgå i en koncerns overvejelser vedr. valg af domicilstat.

Den anførte retstilstand er af samme grund næppe hensigtsmæssig. Det kan følgelig ikke med sikkerhed udelukkes, at de danske domstole i praksis vil fortolke bestemmelserne ens inden for rammerne af det EU-retlige misbrugsbegreb. Tilsvarende kan en praksisændring i formildende retning ved EU-Domstolen vel ikke helt udelukkes set i lyset af G20/OECD's *Action Plan*.

Den til det anførte knyttede retsusikkerhed må forventes at bestå i adskillige år.

3.8 Retsvirkninger

Konstateres det, at et arrangement udgør skattemisbrug af direktiv- eller overenskomstmæssige fordele, fremgår det af generalklausulerne, at de pågældende fordele nægtes skatteyderen ("*har ikke de fordele*", "*har ikke fordel af*").

Det må lægges til grund, at der derefter vil blive foretaget en indkomstopgørelse på baggrund af den hypotetiske situation, at skatteyderen havde tilrettelagt det pågældende arrangement på ikke formålsstridig vis.¹¹⁸ Der skal med andre ord ske en omdefinering af arrangementet i skattemæssig henseende, således at der ses bort fra den del af arrangementet, der ikke er forretningsmæssigt begrundet.

Det er tvivlsomt, om skatteyderen i disse tilfælde har mulighed for at godtgøre, at arrangementet hypotetisk ville være blevet tilrettelagt på en anden og skattemæssigt mere fordelagtig måde, end hvad myndighederne eller domstolene lægger til grund. Dette må dog kræve særlig hjemmel, hvilket ikke indeholdes i bestemmelsen.

Muligheden for at tilrettelægge arrangementet på anden vis med virkning for indkomstopgørelsen må således følge af de almindelige regler om omgørelse, jf. SFL § 29. I praksis vil de strenge betingelser for omgørelse medføre, at der i tilfælde, hvor betingelserne i LL § 3 er opfyldt, som absolut udgangspunkt ikke vil blive givet tilladelse her-til.¹¹⁹

3.9 Ikrafttræden

Det fremgår af ændringslovens¹²⁰ § 8, at LL § 3 trådte i kraft 1. maj 2015 med virkning for alle direktiver og overenskomster. Skatteyderen kan dermed ikke påberåbe sig direktiv- eller overenskomstmæssige fordele, som er opnået i strid med bestemmelsen, såfremt fordelene vedrører en betaling eller en omstrukturering, der skal periodiseres til den 1. maj 2015 eller senere.¹²¹

¹¹⁸ Jf. princippet i C-255/02, *Halifax*, pr. 98, som dog vedrører EU-momsområdet.

¹¹⁹ Skatteretten 4, s. 138 ff.

¹²⁰ Lov nr. 540 af 29/04/2015.

¹²¹ Jf. om periodisering Skatteretten 1, s. 282 ff.

Efter bestemmelsens ordlyd gælder det anførte tilsvarende for allerede etablerede arrangementer, hvilket støttes af forarbejderne¹²² og Skatteministeriet¹²³. Dette vil gælde for de nævnte betalinger eller omstruktureringer, selvom de foretages inden for en grænseoverskridende koncernstruktur, som er etableret inden 1. maj 2015.

Det må hævdes, at ikrafttrædelsesbestemmelsen som følge heraf ikke er ganske uden retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, idet LL § 3 reelt finder anvendelse på allerede gennemførte dispositioner. Dette gælder eksempelvis renter og royalties fra allerede eksisterende låneaftaler hhv. licensaftaler samt udbytteudlodninger mellem allerede eksisterende koncernselskaber. Skatteyderen vil her rammes af en værnsregel, som ikke var gældende på det tidspunkt, hvor skatteyderen foretog den relevante disposition.

Endvidere kan de arrangementer, som danner grundlag for den pågældende fordel, efter omstændighederne være etableret mange år før den pågældende fordel søges opnået. Det kan således være nødvendigt at foretage en vurdering af arrangementets bagvedliggende hensigt og formålmæssighed lang tid efter etableringen af arrangementet.

Denne vurdering vil i sagens natur være præget af ikke ubetydelige bevismæssige – og dermed retssikkerhedsmæssige – vanskeligheder og betænkeligheder.¹²⁴ I det omfang der pålægges skatteyderen en bevisbyrde, fx i form af en dokumentationspligt, accentueres navnlig disse betænkeligheder. Dette er udgangspunktet for så vidt angår LL § 3, stk. 3, hvor skatteyderen skal godtgøre arrangementets formålmæssighed.

Det er på baggrund heraf nærværende afhandlings opfattelse, at de anførte bevismæssige vanskeligheder ikke bør komme skatteyderen til ugunst, i det omfang der er tale om arrangementer, som er etableret inden bestemmelsens ikrafttrædelsesdato.

4. **FORHOLDET MELLEM LL § 3 OG ØVRIGE VÆRNSREGLER MOD SKATTEMISBRUG**

4.1 **Indledende bemærkninger – udgangspunkt**

I det følgende undersøges sammenspillet mellem LL § 3 og gældende generelle og specielle værnsregler. Spørgsmålet er navnlig, om LL § 3 fungerer parallelt med disse værnsregler, således at bestemmelsen reelt indtager karakter af en residualværnsregel, eller om LL § 3 i disse tilfælde må passiveres.

Udgangspunktet må hævdes at være, at generalklausulen gælder sideløbende med øvrige generelle og specielle værnsregler, såvel nationale som internationale. En sådan forståelse er naturlig i lyset af bestemmelsens formål og følger ligeledes af forarbejderne.¹²⁵ Det følger heraf, at princippet om *lex posterior* ikke medfører, at gældende værnsregler "overskrives" af LL § 3.

¹²² L 167 (2014-15), s. 24.

¹²³ Høringsskema til Folketingets Skatteudvalg, s. 25.

¹²⁴ Se om problemstillingen Høringssvar fra FSR, s. 4 f.

¹²⁵ L 167 (2014-15), s. 13.

For så vidt angår stk. 3 følger udgangspunktet tillige af bemærkningerne i *Action 6*.¹²⁶ I henhold til stk. 1 og 2 har man bevaret det i MDD art. 1(4) indeholdte hjemmelsgrundlag for værnregler til hindring af misbrug og svig. Det følger antageligt forudsætningsvis heraf, at art. 1(2-3) har været tiltænkt at gælde sideløbende med eventuelle værnregler, som finder hjemmel i art. 1(4).

Spørgsmålet er dog, hvor langt dette udgangspunkt rækker, for det tilfælde hvor et arrangement i udgangspunktet vil blive nægtet en direktiv- eller overenskomstmæssig fordel efter LL § 3, men hvor en speciel værnregel, som nøje regulerer det formålsstridige element i arrangementet, ikke er til hinder for opnåelse af fordelen.

Action 6 nævner som eksempel herpå et arrangement, som opfylder betingelserne i en limitation of benefits-klausul. Hvis skattesubjektet herefter nægtes en fordel med henvisning til skattesubjektets juridiske klassifikation, aktiviteter eller ejerskab, som reguleres af limitation of benefits-klausulen, vil generalklausulen i realiteten have udhulet limitation of benefits-klausulen. Dette vil medføre en ikke uvæsentlig retsikkerhed og en uhensigtsmæssig retstilstand.

Det anføres herom i *Action 6*:

"As long as that company is a "qualified person" [...] it is clear that the benefits of the Convention should not be denied solely on the basis of the ownership structure of that company, e.g. because a majority of the shareholders in that company are not residents of the same State. The object and purpose [...] is to establish a threshold for the treaty entitlement of public companies whose shares are held by residents of different States. The fact that such a company is a qualified person does not mean, however, that benefits could not be denied under [the principal purpose test clause] for reasons that are unrelated to the ownership of the shares of that company."¹²⁷

De overenskomstmæssige formål må efter det anførte forstås i lyset af de specielle værnregler, som typisk gennem en række betingelser og definitioner regulerer hvilke dispositioner, der må anses for at være gyldigt forretningsmæssigt begrundede. Såfremt disse betingelser og definitioner er opfyldt, kan der således ikke siges at være tale om et formålsstridigt arrangement. Dertil kommer, at de specielle værnregler efter princippet om *lex specialis* må gives forrang for generalklausulen.

Argumentationen må antages at finde tilsvarende anvendelse for LL § 3, stk. 1 og 2, og må ligeledes gælde ved nationale specielle værnregler, som har hjemmel i direktivet eller overenskomsten.

Det må herefter i almindelighed gælde, at LL § 3 ikke finder anvendelse, såfremt den anfægtede del af arrangementet udgør faktiske forhold, som er specifikt reguleret af en eller flere specielle værnregler.

Er der imidlertid tale om et arrangement, hvori de faktiske forhold, som udgør et forsøg på skattemisbrug, ikke er specifikt reguleret af specielle værnregler, vil arrangementet efter det anførte kunne rammes af bestemmelsen. I de tilfælde, hvor arrangementet indeholder en flerhed af faktuelle forhold, som dels er omfattet af specielle værnregler,

¹²⁶ *Action 6*, s. 67.

¹²⁷ *Ibid.*

dels ikke er, vil skattemyndighederne i praksis kunne gøre de specielle værnsregler principalt gældende og LL § 3 subsidiært gældende.

4.2 **Betingelsen om retmæssigt ejerskab**

Begrebet retmæssig ejer ("*beneficial owner*") udgør ligesom generalklausulerne en elastisk formuleret værnsregel, som overordnet set har til formål at hindre misbrug af direktiv- og overenskomstmæssige fordele ved brug af gennemstrømningselskaber.

Begrebet finder udtrykkeligt anvendelse i RRD art. 1(1) og 4(2) samt i OECD's modeloverenskomsts art. 10(2), 11(2) og 12(1). Rækkevidden af begrebet er næppe på nuværende stadie endegyldigt fastlagt hverken i EU- eller OECD-regi,¹²⁸ og der foreligger endnu ikke retspraksis fra EU-Domstolen, som nærmere belyser begrebet i direktiverne.

Det taler for, at LL § 3 må passiveres i de tilfælde, som omfattes af anvendelsesområdet for begrebet retmæssigt ejerskab, at de to bestemmelser i vidt omfang varetager samme formål. Således fremgår det af OECD's kommentarer, at retmæssig ejer-begrebet må forstås ikke "*i en snæver, teknisk forstand, men [...] i lyset af hensigten og formålet med overenskomsten, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og omgåelse.*"¹²⁹

Det må imidlertid haves for øje, at de gennemstrømningsarrangementer, som typisk vil skulle bedømmes efter værnsreglerne om retmæssigt ejerskab, ifølge forarbejderne udgør et kerneområde for LL § 3.¹³⁰ Spørgsmålet er derfor, om der kan forekomme misbrug, som omfattes af anvendelsesområdet for LL § 3, men ikke af begrebet retmæssig ejer.

I dansk ret er der i en enkeltstående sag, TfS 2012.182 Ø, taget stilling til anvendelsesområdet for begrebet. Landsretten fortolkede rækkevidden af begrebet snævert:

"[...] Når dette sammenholdes med, at det i såvel kommentarerne til de to modeloverenskomster som rapporten fra 1986 erkendes, at man ikke ved brugen af begrebet retsmæssig ejer kan ramme enhver form for misbrug – som de kontraherende stater i stedet opfordres til at regulere bilateralt – kan det ikke antages, at udbyttmodtagende holdingselskaber, hvis ledelse selskabsretligt er beføjet til at råde over selskabet og herunder over udbytter fra underliggende datterselskaber, ikke normalt skal anses for retmæssige ejere."

Landsretten lagde således til grund, at begrebet retmæssig ejer ikke regulerer enhver form for misbrug, samt at den misbrug, som ikke kan rammes herved, må reguleres ved brug af øvrige (bilaterale) værnsregler.¹³¹ Denne opfattelse stemmer således overens med forarbejderne til LL § 3.

Problemstillingen er på baggrund af den sparsomme retspraksis næppe helt afklaret. Det må dog, navnlig henset til forarbejderne, lægges til grund, at gennemstrømningsarrangementer som udgangspunkt kan reguleres såvel af begrebet retmæssig ejer som af

¹²⁸ Skatteretten 3, s. 91 ff. og 241 ff.

¹²⁹ OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, s. 146 f., pkt. 12.1.

¹³⁰ L 167 (2014-15), s. 12 f. og 18 f.

¹³¹ Skatteretten 3, s. 91 ff. og 241 ff. Se hertil kritikken af de forudgående kendelser TfS 2010.502 LSR og TfS 2010.974 LSR i Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer, TfS 2011.403.

LL § 3. Dette vil fx kunne aktualiseres i de situationer, hvor der ikke faktisk sker en gennemstrømning, dvs. hvor pengene forbliver i "gennemstrømningsselskabet".¹³² Det kan således ikke udelukkes, at der kan opstå arrangementer, der på trods af en reel ejer-råden over udbytte-, rente- eller royaltybetalingerne er formålsstridige.

I overensstemmelse med det i afsnit 4.1 anførte må det dog hævdes, at dette udgangspunkt må modificeres i de tilfælde, hvor det formålsstridige element ved arrangementet findes at være ejerskabet over udbytte-, rente- eller royaltybetalingen i sig selv, men hvor betingelsen om retmæssigt ejerskab ikke fandtes at være til hinder for arrangementet.

LL § 3 vil således alene kunne anvendes til at anfægte arrangementer, hvori det formålsstridige element udgøres af andre forhold, fx selve mellemholdingstrukturen.¹³³

4.3 Skattefrie omstruktureringer efter fusionsskatteloven

FSD art. 15(1)(a) er indirekte implementeret i dansk ret som led i skattemyndighedernes skøn efter tilladelsessystemet. Tilsvarende anvendes artiklen ved skattefrie omstruktureringer uden tilladelse, idet der dog i stedet på dette område gælder en række lovfæstede specielle værnsregler.¹³⁴ Fx gælder således for skattefrie spaltninger, tilførsel af aktiver og aktieombytninger et "holdingkrav", hvorefter kapitalejere af mindst 10 % af de efterfølgende udstedte aktier som udgangspunkt ikke må afstå disse i en periode på 3 år efter dispositionens foretagelse.¹³⁵

Det følger af forarbejderne, at LL § 3, stk. 1 og 2, vil finde anvendelse, hvad enten omstruktureringen er foretaget med eller uden tilladelse.¹³⁶ Der skal dog være tale om *grænseoverskridende* arrangementer, dvs. ikke rent nationale arrangementer eller internationale arrangementer med selskaber, som er placeret uden for EU.¹³⁷ I disse tilfælde vil der således ikke være tale om en direktivbestemt fordel.

LL § 3, stk. 1 og 2, vil herefter omfatte omstruktureringer, som vedrører indskydende og modtagende selskaber¹³⁸ i to eller flere medlemsstater, jf. FSD art. 1. Selskaberne må først og fremmest opfylde de tre betingelser i FSD art. 3, om end disse ikke behøver være opfyldt i samme medlemsstat.¹³⁹

Artiklen foreskriver imidlertid ikke nærmere, hvilken konkrete medlemsstat et selskab har sit tilknytningsforhold til. Det kan ligeledes næppe ud fra direktivets øvrige bestemmelser eller forudsætninger udledes, at der gælder enten en registrerings- eller hovedsædeteori.

¹³² Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, SU 2012.98.

¹³³ Se herom afsnit 5.2.

¹³⁴ Fusionsskatteloven med kommentarer, s. 61 ff.

¹³⁵ Jf. FUL § 15 a, stk. 1, 5. pkt., § 15 c, stk. 1, 5. pkt., og ABL § 36, stk. 6, 3. pkt.

¹³⁶ L 167 (2014-15), s. 13.

¹³⁷ Ibid. samt Skatteministeriets svar i L 167 (2014-15), bilag 8 og 11.

¹³⁸ Ved aktieombytning erhvervede og erhvervende selskaber.

¹³⁹ EU-selskabs- og skatterettens betydning for gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, s. 130.

Det er derfor formentligt mest nærliggende, at et arrangement må statueres at have grænseoverskridende karakter, såfremt det eller de udenlandske selskaber enten er stiftet eller er hjemmehørende i en anden medlemsstat ifølge national ret og indgåede overenskomster.¹⁴⁰

Navnlig henset til MDD art. 1(1)(c-b), RRD art. 3(c) og FSD art. 10, som særligt definerer og regulerer begrebet fast driftssted, må det forudsætningsvist anses for utilstrækkeligt, at der alene kan statueres fast driftssted i medlemsstaten.

Det forekommer imidlertid vidtgående, såfremt LL § 3, stk. 1 og 2, derved supplerer FUL og ABL's værnsregler for så vidt angår grænseoverskridende arrangementer. Således vil skattemisbrug af fusionsskattedirektivets fordele allerede være varetaget ved skattemyndighedernes skøn hhv. de objektive værnsregler, som ligesom LL § 3, stk. 1 og 2, har sit hjemmelsgrundlag i FSD art. 15(1)(a).

Anvendelsesområderne for generalklausulen og FUL og ABL's værnsregler vil således i udgangspunktet være korresponderende. Arrangementer, som ved uretmæssig udnyttelse af reglerne, helt eller delvis undgår sædvanlig realisationsbeskatning, som ellers ville være udløst ved en direkte afståelse af virksomheden til tredjemand, vil følgelig udgøre det formålsstridige element efter såvel stk. 1 og 2 som de specielle værnsregler.¹⁴¹

I overensstemmelse med det i afsnit 4.1 anførte må det derfor antages, at LL § 3, stk. 1 og 2, vil blive passiveret, i det omfang det konkrete retsfaktum allerede er bedømt efter FUL og ABL's specielle værnsregler. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis det formålsstridige element findes at være den ejertidsperiode eller den procentuelle andel af aktier, som reguleres af holdingkravet.

Der vil dog kunne opstå situationer, hvor det konkret formålsstridige retsfaktum ikke forinden er bedømt efter de specielle værnsregler. Dette vil fx være tilfældet, såfremt en tilladelse til skattefri omstrukturering indeholder utilstrækkelige vilkår. Ligeledes kan det ikke udelukkes, at de objektive værnsregler, der regulerer skattefri omstrukturering uden tilladelse, ikke udtømmende regulerer alle tilfælde af formålsstridige arrangementer.¹⁴²

Det er følgelig ikke ganske udelukket, at LL § 3, stk. 1 og 2, vil kunne anvendes i disse tilfælde. LL § 3 indtager da karakter af residualværnsregel, hvilket da også i sagens natur kan hævdes at have været lovgivers hensigt, når bestemmelsen er gjort gældende på FSD's område. Det må dog hævdes, at problemstillingen, i de tilfælde hvor den skattepligtige har fået skattemyndighedernes tilladelse, først og fremmest må løses via de almindelige forvaltningsretlige regler om tilbagekaldelse af tilladelser.¹⁴³

¹⁴⁰ Jf. dog *ibid.*, s. 143 ff., som alene vil lægge vægt på stiftelsesstaten. Spørgsmålet må anses for uafklaret, men må formentligt afgøres ens for direktiverne om direkte beskatning.

¹⁴¹ Fusionsskatteoven med kommentarer, s. 142 ff.

¹⁴² Dette udgjorde eksempelvis en af problemstillingerne i *Hans Markus Kofoed*-sagen.

¹⁴³ Forvaltningsret: Almindelige emner, s. 493 ff., Fusionsskatteoven med kommentarer, s. 168 ff. Dette kræver særlige forhold, som fx at omstruktureringen sker på baggrund af urigtige oplysninger og/eller i strid med selskabsretten, jf. U 2015.2044 H.

Under alle omstændigheder må det antages, at LL § 3, stk. 1 og 2, i relation til fordele efter FSD vil få et ganske begrænset anvendelsesområde. Først og fremmest taler det imod bestemmelsens anvendelse, at den skattepligtige vil have en berettiget forventning om en tilladelses bindende virkning, ligesom den skattepligtige bør kunne stole på, at overholdelse af de objektive værnsregler, som regulerer omstruktureringer uden forudgående tilladelse, ubetinget vil medføre udløsning af de pågældende skattefordele. Endeligt må de objektive værnsregler samt den omfattende administrative tilladelsespraksis anses for at have lukket ned for de misbrugstilfælde, som forekommer i praksis.

Det må anses for uhensigtsmæssigt, at anvendelsesområdet for LL § 3, stk. 1 og 2, indebærer en ganske betydelig retsikkerhed. Dette kan i yderste konsekvens helt afholde virksomheder og skatterådgivere fra at anvende de skattefrie omstrukturingsregler, hvorved det risikeres, at der reelt sker dilution af disse regler.

4.4 Realitetsgrundsætningen og læren om rette indkomstmodtager

LL § 3 leder som generalklausul tankerne hen på den substance over form-lignende betragtning, som udgør en fast bestanddel i skattesystemet i de fleste industrialiserede lande. I dansk skatteret har domstolene anvendt lignende betragtninger, hvilket i den skatteretlige teori har udmøntet sig i realitetsgrundsætningen og læren om rette indkomstmodtager.¹⁴⁴

Der foreligger endnu ikke tilfælde i dansk retspraksis, hvor domstolene har anerkendt brugen af realitetsgrundsætningen eller læren om rette indkomstmodtager i relation til direktiv- eller overenskomstmæssige fordele. Det må dog hævdes, at hverken realitetsgrundsætningen eller læren om rette indkomstmodtager i sig selv udelukker en sådan anvendelse, idet principperne må anses at gælde universelt for indkomst-opgørelsen i dansk skatteret.¹⁴⁵ Således anvendes principperne i U 1997.1150 H forudsætningsvis på et internationalt låneforhold. Tilsvarende kan fra administrativ praksis nævnes TfS 2010.502 LSR, hvori Landsskatterettens flertal anvender principperne i sammenspil med begrebet retmæssig ejer.

Anvendelsen af principperne må dog under alle omstændigheder ske inden for rammerne af gældende EU-retlige og folkeretlige forpligtelser, herunder de hjemmelsgrundlag, som gælder for nægtelse af direktiv- og overenskomstmæssige fordele.

For så vidt angår direktivmæssige fordele udtales det herom i *Hans Markus Kofoed-sagen*:

Pr. 46: I hovedsagen tilkommer det, således som generaladvokaten har anført i punkt 63 i forslaget til afgørelse, den forelæggende ret at undersøge, om der i dansk ret findes en almindelig bestemmelse eller grundsætning, hvorefter der gælder et forbud mod retsmisbrug, eller andre bestemmelser om skattesvig eller skatteunddragelse, som kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 [...].

¹⁴⁴ Se herom afsnit 2.3.

¹⁴⁵ Jf. Dobbeltbeskatningsoverenskomster og skatteundgåelse, SU 2010.253, men anderledes i Realitetsgrundsætningens naturgivne retsikkerhed, U 2008B.378.

EU-Domstolen anerkender således anvendelsen af dagældende art. 11 gennem en national bestemmelse eller en *grundsætning*. Dermed opstiller EU-Domstolen ikke krav om, at værnsreglen skal være lovfæstet.¹⁴⁶

For så vidt angår de overenskomstmæssige fordele stemmer det anførte tillige overens med OECD's kommentarer, hvori det anføres, at såvel lovfæstede som ulovfæstede generalklausuler som udgangspunkt ikke vil være stridende mod overenskomster, som baserer sig på OECD's modeloverenskomst.¹⁴⁷

Henset til at realitetsgrundsætningen og læren om rette indkomstmodtager netop gennemsyres af et kriterie om forretningsmæssig realitet og således finder anvendelse, hvor der manifesterer sig en klar uoverensstemmelse mellem form og indhold,¹⁴⁸ vil der formentligt i udgangspunktet være tale om samme vurdering, som foretages efter LL § 3. Det vurderes dog i forarbejderne, at LL § 3 vil kunne have et bredere anvendelsesområde end hidtidig dansk retspraksis.¹⁴⁹

Det må hertil bemærkes, at LL § 3 næppe kan siges at indebære en præjudiciel omkvalifikation af retsfaktum i skattemæssig henseende. Bestemmelsen aktualiseres snarere, når misbrugsforsøget hverken med rette kan hindres ved omkvalifikation af retsfaktum eller ved fortolkning af de retsregler, som retsfaktum konkret må subumeres under.

Uagtet heraf må LL § 3 ikke desto mindre anses som en lovfæstet *lex specialis* til national retspraksis, og bestemmelsen vil derfor antageligt have forrang fremfor de hidtidige principper. Under alle omstændigheder er der i praksis næppe tvivl om, at skattemyndighederne fremover vil anvende LL § 3 fremfor realitetsgrundsætningen eller læren om rette indkomstmodtager som hjemmel til nægtelse af direktiv- og overenskomstmæssige fordele.

5. LL § 3 I PRAKSIS. KASUISTIK

5.1 Indledende bemærkninger

Misbrug af direktiv- og overenskomstmæssige fordele kan opstå gennem en flerhed af metoder, som overordnet er karakteriseret ved, at disse hviler på en hensigt om på formålsstridig vis at overvinde og opfylde de specielle værnsregler og betingelser, som opnåelse af fordelene er betinget af, for derved at omgå disse værnsregler og betingelser.

I det følgende er skitseret og behandlet en række udvalgte eksempler, som i udgangspunktet opfylder de relevante værnsregler og betingelser, således som de i skrivende stund er udformet. Anvendelsen af LL § 3 må derfor særligt antages at blive aktualiseret for disse eksempler. Der er tale om en ikke udtømmende liste, som afgrænser sig til de tilfælde, som må vurderes oftest at kunne forekomme i praksis.

¹⁴⁶ Skatteministeriet fandt dog på baggrund af intertemporale overvejelser, at realitetsgrundsætningen og læren om rette indkomstmodtager var uden betydning i den konkrete sag, jf. SKM 2007.843 DEP.

¹⁴⁷ OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, s. 65, pkt. 22.1.

¹⁴⁸ Skatteudnyttelse, s. 438 f.

¹⁴⁹ L 167 (2014-15), s. 12.

Medtaget er således ikke eksempler på arrangementer, som må vurderes behørigt at være reguleret af gældende specielle værnsregler, herunder i FUL og ABL.¹⁵⁰

5.2 Gennemstrømningselskaber, melleholdingselskaber m.v.

Gennemstrømningselskaber ("*conduit companies*") er overordnet defineret ved, at de etableres med henblik på at udnytte forskellene mellem skattejurisdiktionernes overenskomstmæssige grundlag, for derved at nedbringe skattetilsvaret for udgående udbytte, renter eller royalties, såkaldt treaty shopping.¹⁵¹

Til illustration kan nævnes et ultimativt moderselskab domicileret i en skattelystat, hvis udenlandske datterselskab, hvori den reelle driftsmæssige aktivitet foreligger, skal indeholde kildebeskatning,¹⁵² såfremt der foretages en udbytteudlodning direkte til det ultimative moderselskab.

Problemstillingen opstår, såfremt det ultimative moderselskab inden tidspunktet for udbytteudlodningen placerer et eller flere datterselskaber mellem sig og det nævnte datterselskab.¹⁵³ Disse selskaber placeres i EU-medlemsstater og/eller overenskomstkontraherende stater, som har indgået en fordelagtig overenskomst med skattelystaten, og hvor der evt. gælder lempelige skatteregler i øvrigt.

Medmindre generelle eller specielle værnsregler hindrer arrangementet, vil ellers kildekattepligtige udbytter, renter eller royalties på denne måde kunne føres helt eller delvist skattefrit gennem det eller de mellemliggende selskaber videre til det ultimative moderselskab.¹⁵⁴

Gennemstrømningsarrangementer udgør et kerneområde for værnsreglen om retmæssigt ejerskab. LL § 3 vil imidlertid kunne finde anvendelse for mellemliggende selskaber, i det omfang begrebet retmæssig ejer ikke finder anvendelse.¹⁵⁵ Spørgsmålet er herefter, hvor meget der må kræves, før der foreligger den fornødne forretningsmæssige realitet, således at arrangementet ikke ville kunne rammes af bestemmelsen.

Er der tale om en koncernstruktur, hvor et mellemliggende selskab udgør et holdingselskab eller et administrationsselskab, kan dette naturligvis i sig selv være forretningsmæssigt begrundet. Dette kan eksempelvis være tilfældet ved anvendelsen af *cash pool*-selskaber, hvorved koncernens likvider puljes i en central driftskonto. Tilsvarende vil gælde grænseoverskridende opkøbsstrukturer.

Såfremt selskabet imidlertid er domicileret i en stat, således at der er væsentlige skattemæssige fordele forbundet hermed, kan denne del af arrangementet muligvis anfægtes efter LL § 3.

EU-Kommissionen har vedrørende det EU-retlige misbrugsbegreb fortolket spørgsmålet som følger:

¹⁵⁰ Jf. herom afsnit 4.3.

¹⁵¹ Gennemstrømningselskaber i EU, SU 2008.89.

¹⁵² I dansk ret i medfør af KSL § 65, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c.

¹⁵³ Enten ved direkte gennemstrømning eller ved "*stepping stone*"-gennemstrømning.

¹⁵⁴ Problemstillingen er blevet gjort til genstand for stigende opmærksomhed bl.a. som følge af de såkaldte "*Luxleaks*". Se herom websiden <http://icij.org/project/luxembourg-leaks>.

¹⁵⁵ L 167 (2014-15), s. 18 f., samt afsnit 4.2.

"Objektive faktorer til at afgøre, om der er tilstrækkelig substans, omfatter sådanne kriterier, der kan efterprøves, som den reelle placering af administrationen og virksomhedens fysiske tilstedeværelse samt den reelle kommercielle risiko, som den løber. Det er imidlertid ikke helt sikkert, hvordan disse kriterier kan finde anvendelse på f.eks. finanstjenester inden for en koncern og holdingselskaber, hvis aktiviteter normalt ikke kræver en væsentlig fysisk tilstedeværelse."¹⁵⁶

EU-Kommissionen finder det således uafklaret, om kriterierne i det EU-retlige misbrugsbegreb må anvendes på den samlede koncern snarere end blot på det enkelte koncernselskab. EU-Domstolen har således ikke på nuværende stadie taget klart stilling til spørgsmålet.¹⁵⁷

I lyset af direktivernes formål, som lakonisk er at øge mulighederne for grænseoverskridende erhvervmæssig aktivitet, synes det nærliggende at bedømme etableringen af selskabet ud fra den forretningsmæssige realitet på koncernniveau.¹⁵⁸ Dette synes også at ligge til grund for *Cadbury Schweppes*, pr. 68, hvori kriterierne lokaler, personale og udstyr bliver anvendt som momenter i en objektiv, samlet vurdering af, om der er tale om en fiktiv etablering.

Det må derfor antages, at disse kriterier ikke udgør betingelser, som kumulativt må være opfyldt. Afgørende må i stedet være, om det mellemliggende selskabs funktion i koncernen må anses for sædvanlig og fornuftig,¹⁵⁹ således at der er tale om et arrangement, som overordnet opfylder direktivets formål. Dette står i kontrast til tilfælde, hvor direktivets fordele udnyttes gennem en ikke reel etablering.

Mest taler således for at indrømme de direktivmæssige fordele også i de tilfælde, hvor selskabet, på trods af en beskeden fysisk manifestation i domicilstaten, er etableret ud fra en forretningsmæssig realitet på koncernniveau. Der må dog stadig opretholdes krav om, at selskabet i et vist omfang *er* fysisk manifesteret i staten.¹⁶⁰

I relation til LL § 3, stk. 3, hvorefter der ligeledes må tages stilling til, om det vil være formålmæssigt at indrømme den overenskomstmæssige fordel, finder det anførte formentligt i al væsentlighed tilsvarende anvendelse. Ganske vist kan der ikke med sikkerhed indfortolkes et krav om fysisk manifestation i stk. 3, men det må formentligt tilsvarende kræves, at det objektivt kan konstateres, at det mellemliggende selskab reelt deltager i domicilstatens økonomi i overensstemmelse med overenskomsternes formål.

Ud fra det anførte vil det som udgangspunkt være forretningsmæssigt begrundet, såfremt et investeringsselskab, fx en *private equity*-fond, investerer i en stat, som har indgået en DBO med den domicilstat, som investeringsselskabet er fysisk manifesteret i, selvom investeringsselskabets investorer er hjemmehørende i stater uden indgåede DBO'er. I disse tilfælde vil det mellemliggende selskab således udøve en reel erhvervmæssig aktivitet i domicilstaten. Dette gælder, selvom domicilstaten er en lavskattestat,

¹⁵⁶ KOM (2007) 785.

¹⁵⁷ C-126/10, *Foggia*, pr. 52, henviser dog til *koncernens* strukturelle omkostninger.

¹⁵⁸ Smh. Skatteværn og EU-frihed, s. 626.

¹⁵⁹ KOM (2012) 8806, s. 5, pkt. 4.4.

¹⁶⁰ EU-retten, s. 546. Jf. dog *Foggia*, pr. 40, som ved omstruktureringer åbner op for, at det pågældende selskab midlertidigt kan være uden økonomisk substans.

om end den skattepligtiges (investeringsselskabets) bevisbyrde i disse tilfælde må antages at være skærpet.

5.3 Grænseoverskridende rettighedsoverdragelser

Anvendelsen af LL § 3, stk. 3, er ikke betinget af, at der består en koncernforbindelse eller anden association mellem de implicerede skattesubjekter. Samtidig må det antages, at anvendelsen af bestemmelsen ikke er udelukket af, at de implicerede skattesubjekter alle udøver reel økonomisk virksomhed.¹⁶¹

I praksis kan dette forhold få betydning, såfremt rettigheder til udbytte, renter eller royalties overdrages mod vederlag til et udenlandsk selskab, fx et finansieringsselskab. Overdragelsen kan indbefatte en *usufruct*-aftale, som er bundet op på præferenceaktier i selskabet, således at overdragelsen får karakter af en fordringsbelåning eller investering. Tilsvarende kan der være tale om en grænseoverskridende *factoring*-aftale.

For det tilfælde, hvor der mellem den oprindelige kreditors domicilstat og debtors domicilstat består ingen eller kun en ugunstig DBO, vil der herved kunne opnås fordele, i det omfang erhververs domicilstat har indgået en (gunstigere) DBO med debtors domicilstat. Herved opnås fordele, som ellers ikke ville have været opnået, hvorved arrangementet vil være sammenligneligt med gennemstrømningsarrangementerne.

Da der ikke er tale om dispositioner mellem interesseforbundne parter, må udgangspunktet antages at være, at arrangementet ikke kan rammes af LL § 3.¹⁶²

Såfremt arrangementet imidlertid kan godtgøres at have haft til formål at opnå overenskomstmæssige skattefordele, vil det efter omstændighederne påhvile den skattepligtige at godtgøre arrangementets forretningsmæssige realitet eller formåls-mæssighed. Således vil fx det forhold, at den skattemæssige fordel af parterne har været indkalkuleret i vederlaget for den pågældende fordring, kunne indikere skattemisbrug.

Den fornødne forretningsmæssige begrundelse bag den pågældende rettighedsoverdragelse må dog antages at kunne godtgøres, såfremt der kan påvises behov for øget likviditet i virksomheden, som bedst tilgodeses på denne måde, eller der i øvrigt er væsentlige økonomiske fordele ved arrangementet. I afvejningen vil det formentligt indgå, om der er tale om en sædvanlig disposition.

Konkluderende vil det antageligt ganske ofte kunne godtgøres, at rettighedsoverdragelsen beror på en forretningsmæssig realitet, i hvert fald for så vidt angår rene låneforhold. Virksomheder og skatterådgivere bør dog – også her – være opmærksom på generalklausulens eksistens.

5.4 Opfyldelse af direktiv- eller overenskomstmæssige betingelser i øvrigt

Misbrug af direktiv- og overenskomstmæssige fordele kan tilsvarende aktualiseres i situationer, hvor der ikke er tale om treaty shopping-lignende arrangementer, men hvor

¹⁶¹ Jf. hertil argumentationen i afsnit 3.4.2.1.2.

¹⁶² Arrangementet omfattes i almindelighed heller ikke af reglerne om transfer pricing i LL § 2, idet bestemmelsens krav om bestemmende indflydelse typisk ikke er opfyldt i disse tilfælde.

opfyldelsen af øvrige betingelser for tildeling af fordelene ikke beror på en reel forretningsmæssig begrundelse.

Action 6 nævner som et eksempel herpå et arrangement, hvor bestyrelsesmøder afholdes i et bestemt land med henblik på efter hovedsædeteorien at statuere domicil i dette land.¹⁶³ Endvidere kan man forestille sig tilfælde, hvor der umiddelbart forudgående for en udbytteudlodning sker en midlertidig forhøjelse af holdingselskabets kapitalandele i det udloddende selskab, således at kildebeskatning undgås.¹⁶⁴ Endeligt kan man forestille sig arrangementer, som særligt har til hensigt at omgå status som fast driftssted.¹⁶⁵

Disse særlige typer af arrangementer er karakteriseret ved, at de typisk forsøger at opfylde og overvinde de betingelser og specielle værnsregler, som regulerer det pågældende forhold. I overensstemmelse med det i afsnit 4.1 anførte taler reglernes forudsigelighed og den skattepligtiges berettigede forventninger for, at LL § 3 som udgangspunkt bør passiveres i disse tilfælde.

Det må dog antages, at der vil kunne opstå arrangementer, som ikke rammes af disse specielle værnsregler, og som konkret har formålsstridig karakter. I disse tilfælde vil der i almindelighed være tale om omgåelse af de specielle værnsregler. LL § 3 vil efter omstændighederne kunne anvendes i disse tilfælde, idet det konkrete retsfaktum, som udgør den formålsstridige retsudøvelse, som oftest netop ikke er reguleret af værnsreglen. Skattepolitisk bør det dog tilstræbes, at disse tilfælde reguleres dels ved fortolkning af gældende betingelser og specielle værnsregler, dels ved indførelse af nye betingelser og specielle værnsregler.

5.5 **Anbefalinger og fokuspunkter til sikring af den forretningsmæssige realitet**

LL § 3 må antages at have karakter af en undtagelsesbestemmelse, som alene finder anvendelse i klare misbrugstilfælde, og som det følgelig kræver klare holdepunkter at tage i brug.

Det må dog, bl.a. som følge af at bevisbyrden hverken for stk. 1 og 2 eller stk. 3 fuldt ud påhviler skattemyndighederne, overordnet anbefales, at virksomheder og skatterådgivere sikrer behørig dokumentation for de gyldige forretningsmæssige begrundelser, som virksomhedens grænseoverskridende arrangementer hviler på. Dette gælder navnlig, såfremt der er væsentlige skattefordele forbundet med arrangementet.

Overordnet vil enhver ikke skattemæssigt betinget optimering og rationalisering af koncernens struktur, som ikke blot er af marginal betydning for virksomhedens økonomi, som det klare udgangspunkt udgøre en gyldig forretningsmæssig begrundelse.¹⁶⁶ Dette må gælde optimering i relation til andre regler end de skatte-retlige, herunder selskabsretlige, konkurrenceretlige, arbejdsretlige og ansættelsesretlige regler, som efter omstændighederne kan være mere fordelagtige for virksomheden i udenlandske jurisdiktioner.

¹⁶³ *Action 6*, s. 69.

¹⁶⁴ *Ibid.*, s. 76 ff. Der kan i disse tilfælde være tale om omgåelse af ABL § 4 A.

¹⁶⁵ *Ibid.*, s. 75.

¹⁶⁶ Jf. for så vidt angår LL § 3, stk. 1 og 2, udtrykkeligt FSD art. 15(1)(a) smh. med *Foggia*-sagen. Fusionsskatteoven med kommentarer, s. 111 ff. Betragtningerne finder formentlig tilsvarende anvendelse for LL § 3, stk. 3.

Ved anvendelsen af mellemliggende holdingselskaber må det i overensstemmelse hermed antages, at enhver administrationsmæssig årsag, fx hensynet til en hensigtsmæssig cash pooling-struktur, vil udgøre en gyldig forretningsmæssig årsag. Ligeledes såfremt arrangementet fx er begrundet i en hensigtsmæssig grænseover-skridende risikoafgrænsning, hæftelsesmæssig opdeling mellem forskellige dele af virksomheden, organisering af konkrete forretningsområder m.v. Dertil kommer hensynet til koncernfinansierings- og investeringsmæssige interesser, herunder en grænseoverskridende udvidelse af forretningsgrundlaget, ejerskifte, rekonstruktion osv.

På baggrund heraf sammenholdt med bevisbyrdefordelingen i LL § 3, er det efter denne afhandlings opfattelse muligt at opstille de følgende overordnede retningslinjer for, hvorledes en virksomhed eller koncern bedst sikrer den forretningsmæssige realitet, for derved at afskære anvendelsen af LL § 3:

- Ved brug af mellemholdingselskaber bør det sikres, at der foreligger en fysisk manifestation af selskabet i domicilstaten i form af lokaler, personale og udstyr.
- Ved brug af mellemholdingselskaber bør der sikres dokumentation for de gyldige forretningsmæssige årsager på koncernniveau, der ligger til grund for mellemholdingselskabets domicilering i den konkrete stat, fx i form af forretningsplaner, strategier, regnskaber eller lignende dokumentation.
- Ved grænseoverskridende rettighedsoverdragelser bør der sikres dokumentation for de underliggende økonomiske fordele herved.
- Særligt bør den forretningsmæssige realitet sikres dokumenteret ved arrangementer, hvor retsfaktum ikke konkret er reguleret af specielle værnsregler.

Samlet bør virksomheder og skatterådgivere sikre sig, at det kan dokumenteres, at et arrangement reelt er i overensstemmelse med direktivernes eller overenskomstbestemmelsernes formål, som lakonisk kan defineres som hensynet til den grænseover-skridende erhvervs-mæssige aktivitet. Virksomheder og skatterådgivere bør således udfærdige og opbevare enhver dokumentation, som kan anvendes hertil.

6. **KONKLUSION**

LL § 3 udgør den eneste nugældende lovfæstede generalklausul mod skattemisbrug i dansk skatteret, dog alene med virkning for direktiv- og overenskomstmæssige fordele. Bestemmelsen finder således – i overensstemmelse med de almindelige karakteristika for generalklausuler – anvendelse på arrangementer, som udgør formålsstridig retsuddøvelse i relation til disse fordele, dvs. arrangementer, som strider mod formålet med princippet om fri bevægelighed, som lakonisk kan defineres som hensynet til den grænseoverskridende erhvervs-mæssige aktivitet.

Det konkluderes, at LL § 3, stk. 1 og 2, må fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis om skattemisbrug, som samlet kan betegnes det EU-retlige misbrugsbegreb. Følgelig vil generalklausulen i udgangspunktet udgøre en sole purpose test-klausul, idet den finder anvendelse på rent kunstige arrangementer.

Endvidere konkluderes, at LL § 3, stk. 3, som udgangspunkt ikke omfattes af det EU-retlige misbrugsbegreb.¹⁶⁷ Bestemmelsen må i stedet fortolkes i overensstemmelse med G20/OECD's *Action 6*, i det omfang dette er foreneligt med den konkrete DBO.

Det vurderes herefter, at der foreligger en vis materiel forskel mellem de to generalklausuler, ligesom stk. 3 i større omfang pålægger skatteyderen bevisbyrden for arrangementets forretningsmæssige begrundelse, end det er tilfældet for stk. 1 og 2. De direktivmæssige fordele vil således i sammenlignelige tilfælde principielt kunne blive indrømmet i større omfang end de overenskomstmæssige fordele, hvilket skattepolitisk må anses for uhensigtsmæssigt.

I de tilfælde, hvor den pågældende type af skattemisbrug reguleres af en speciel værnsregel, konkluderes det, at der vil være mindre råderum for generalklausulens anvendelse. Generalklausulen vil således alene finde anvendelse, såfremt det anfægtede retsfaktum ikke særligt reguleres af en speciel værnsregel. LL § 3 vil herefter fx kunne aktualiseres, såfremt betingelsen om retmæssigt ejerskab ikke finder anvendelse. Det må antages, at bestemmelsen kun har begrænset betydning i relation til reglerne om skattefrie omstruktureringer sideløbende med værnsreglerne i FUL og ABL.

LL § 3 må herefter navnlig antages at kunne få betydning for arrangementer, hvorved der sker anvendelse af et mellemliggende selskab eller rettighedsoverdragelser til opnåelse af skattemæssige fordele ved overførsel af udbytte, renter eller royalties.

Anvendes sådanne konstellationer, må det derfor anbefales virksomheder og skatterådgivere at tilsikre, at der sikres og opbevares dokumentation for den gyldige forretningsmæssige begrundelse bag det grænseoverskridende arrangement, som det i vidt omfang vil påhvile den skattepligtige at godtgøre eksistensen af. I den forbindelse må det bemærkes, at bestemmelsen også finder anvendelse på allerede etablerede arrangementer, såfremt de konkrete dispositioner i arrangementet skal periodiseres til 1. maj 2015 eller senere.

Endeligt vil LL § 3 formentligt i sig selv medføre en præventiv effekt, som yderligere bidrager til, at bestemmelsen i praksis ikke vil blive anvendt i større omfang. For så vidt kan LL § 3 dermed siges at tilgodese formålet med den politiske skattelypakke.

Den ikke ubetydelige retsusikkerhed og uforudsigelighed omkring bestemmelsens rækkevidde bevirker på den anden side, at det risikeres, at ellers legitime og konkurrenceøgende arrangementer ikke tilvejebringes i Danmark. På paradoksalt vis risikerer indførslen af LL § 3 således i realiteten at modvirke formålet med direktiverne og overenskomsterne, som bestemmelsen ellers er vedtaget for at tilgodese. Bestemmelsens samfunds- og virksomhedsøkonomiske konsekvenser vil vise sig efter en vis inkubationstid.

¹⁶⁷ Jf. dog afsnit 3.6.

7. ANVENDTE FORKORTELSER

<i>BEPS</i>	Base Erosion and Profit Shifting
<i>CCCTB</i>	Common Consolidated Corporate Tax Base
<i>DBO</i>	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
<i>DEP</i>	Skatteministeriets Departement
<i>EU (EF)</i>	Den Europæiske Union (tidligere De Europæiske Fællesskaber)
<i>EØS</i>	Europæisk Økonomisk Samarbejdsområde
<i>GAAR</i>	General Anti-Avoidance Rule (generalklausul, omgåelsesklausul)
<i>G20</i>	Group of Twenty Finance Ministers and Central Bank Governors
<i>H</i>	Højesterets dom eller kendelse
<i>J</i>	Juristen
<i>JV</i>	Den juridiske vejledning (SKAT)
<i>KOM</i>	Meddelelse fra EU-Kommissionen
<i>LSR</i>	Landsskatterettens kendelser eller meddelelser
<i>OECD</i>	Organisation for Economic Co-operation and Development
<i>SKM</i>	Skattemæssige meddelelser
<i>SO</i>	Skattepolitisk Oversigt
<i>SR</i>	Statsautoriseret Revisor-Skat
<i>SREV</i>	Skatterevisoren
<i>SU</i>	Skat Udland
<i>TfS</i>	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
<i>U, UfR</i>	Ugeskrift for Retsvæsen
<i>V</i>	Vestre Landsrets dom eller kendelse
<i>Ø</i>	Østre Landsrets dom eller kendelse

8. RETSKILDER

8.1 Nationale retskilder

8.1.1 Lovgivning

Aktieavancebeskatningsloven, lovbkg. 2015-01-17 nr. 92 med ændringer (*ABL*)
Arve- og gaveafgiftsloven, lovbkg. nr. 712 af 15. oktober 1991 (ophævet)
Fusionskatteloven, lovbkg. 2012-11-14 nr. 1120 med ændringer (*FUL*)
Grundloven, lovbkg. 1953-06-05 nr. 169 (*GRL*)
Kildeskatteloven, lovbkg. 2010-12-07 nr. 1403 med ændringer (*KSL*)
Ligningsloven, lovbkg. 2014-09-15 nr. 1041 med ændringer (*LL*)
Retsplejeloven, lovbkg. 2014-12-09 nr. 1308 med ændringer (*RPL*)
Selskabsskatteloven, lovbkg. 2015-05-20 nr. 680 med ændringer (*SEL*)
Skatteforvaltningsloven, lovbkg. 2011-02-23 nr. 175 med ændringer (*SFL*)
Statsskatteloven, lovbkg. 1922-04-10 nr. 149 med ændringer (*SL*)

8.1.2 Forarbejder, betænkninger m.v.

Betænkning nr. 1060/1985, *Reglerne om beskatning af udenlandsk indkomst i Danmark og for ophør af skattepligten til Danmark*

L 137 (1985)

L 167 (2014-15)

Skatteministeriet, *Høringsskema til Folketingets Skatteudvalg*, L 167 (2014-15)

8.1.3 **Retspraksis**

SKM 2003.62 H

TfS 1997.473 H

TfS 2012.182 Ø

U 1960.535 H

U 1983.699 H

U 1997.1150 H

U 1998.584 H

U 2015.2044 H

8.1.4 **Administrativ praksis**

JV C.D.6.3.4.

SKM 2007.807 DEP

SKM 2007.843 DEP

TfS 2004.87 LR

TfS 2010.502 LSR

TfS 2010.974 LSR

8.2 **Internationale retskilder**

8.2.1 **EU-retsforskrifter**

EUT C 326, *Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-traktaten, TEUF)*

Direktiv 2003/49/EF, *Rente-/royaltydirektivet (RRD)*

Direktiv 2009/133/EF, *Fusionskattedirektivet (FSD)*

Direktiv 2011/96/EU, som ændret ved direktiv 2015/121/EU, samlet *Moder-/datterselskabsdirektivet (MDD)*

8.2.2 **EU-retspraksis**

C-55/94 (*Gebhard*)

C-28/95 (*Leur-Bloem*)

C-264/96 (*ICI*)

C-110/99 (*Emsland-Stärke*)

C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*)

C-9/02 (*du Saillant*)

C-446/03 (*Marks & Spencer*)

C-196/04 (*Cadbury Schweppes*)

C-524/04 (*Thin Cap*)

C-231/05 (*Oy AA*)
C-321/05 (*Hans Markus Kofoed*)
C-303/07 (*Aberdeen Property Fininvest Alpha*)
C-330/07 (*Jobra*)
C-182/08 (*Glaxo Wellcome*)
C-352/08 (*Zwijnenburg*)

C-126/10 (*Foggia*)
C-287/10 (*Tankreederei*)

Forslag til afgørelse af C-196/04 fra Generaladvokat Philippe Léger fremsat den 2. maj 2006

Forslag til afgørelse af C-352/08 fra Generaladvokat J. Kokott fremsat den 16. juli 2009

8.2.3 **EU-betænkninger, meddelelser m.v.**

CCCTB/RD\004, *Workshop on the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) – Anti-Abuse Rules in the CCCTB*

CNS 2013/0400, *Forslag til ændring af direktiv 2011/96/EU af 5. december 2014*

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

KOM (2011) 121, *Forslag til Rådets direktiv om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag (CCCTB-direktivforslaget)*

KOM (2012) 722, *En handlingsplan til styrkelse af bekæmpelsen af skattesvig og skatteunddragelse*

KOM (2012) 8806, *Henstilling om aggressiv skatteplanlægning*

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

IP/07/1878, *Direct Taxation: The European Commission calls for a more targeted and better coordinated application of Member States' anti-abuse rules*

8.2.4 **Traktater og modeloverenskomster**

BKI nr. 34 af 29/04/1980 (*Wienertraktaten*)

BKI nr. 1 af 18/02/2008 (*Dansk-amerikanske DBO*)

OECD's modeloverenskomst vedrørende indkomst og formue af 15. juli 2014

8.2.5 **Fremmede nationale retskilder**

Lag 1995:575 mot skatteflykt (*skatteflyktslagen*)

Le Livre des procédures fiscales, 15.08.1981 (*Livre des procédures fiscales*)

Abgabenordnung, Jahressteuergesetzes 2008 vom 20.12.2007, BGBl. I S. 3150 (*Abgabenordnung*)

U.S. Supreme Court Reports 293-465 (1935) (*Gregory v. Helvering*)

9. LITTERATUR

Ved litteraturhenvisninger anvendes de kursiverede titler, medmindre andet er angivet.

9.1 Bøger

Banoun, Bettina, *Omgåelse av skattereglerne*, 1. udgave, Cappelen Akademisk Forlag, 2003

Bundgaard, Jakob, *Skatteret & Civilret*, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2006

Dam, Henrik, *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, 1. udgave, Gad Jura, 2005

Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Poul, *EU-retten*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010

Evald, Jens, *Retsmisbrug i formueretten*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001

Garde, Jens m.fl., *Forvaltningsret – sagsbehandling*, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007

Germer, Peter, *Indledning til Folkeretten*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010

Michelsen, Aage, *International skatteret*, 3. udgave, Forlaget Thomson, 2003

Michelsen, Aage, *Lærebog om indkomstskat*, 14. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011

Neve Damgaard, Sanne, *EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012

Næsborg Jensen, Søren, *EU-selskabsskatteret*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997

OECD, *OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer*, redigeret af Niels Winter-Sørensen, 6. udgave, Magnus Informatik A/S, 2015

Pedersen, Jan, *Skatteudnyttelse*, 1. udgave, Gads Forlag, 1989

Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 1*, 6. udgave, Karnov Group, 2013

Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 2*, 6. udgave, Karnov Group, 2013

- Pedersen, Jan m.fl., *Skatteretten 4*, 6. udgave, Karnov Group, 2013
- R. Stokholm, Jeppe, *EU skatteret*, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2008
- Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik og Højlund Christensen, Lasse, *Den civile retspleje*, 3. udgave, Pejus, 2015
- Rønfeldt, Thomas, *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udgave, Karnov Group, 2013
- Rønfeldt, Thomas, *Skatteværn og EU-frihed*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010
- Serup, Michael, *Generationsskifte – omstrukturering*, 2. udgave, Forlaget Thomson, 2004
- Serup, Michael, *Fusionskatteloven med kommentarer*, 4. udgave, Karnov Group, 2012
- Vinther, Nikolaj, *Civilrettens styring af skatteretten*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag og Magnus Informatik A/S, 2004
- Weizman, Leif, *Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994
- Winther-Sørensen, Niels m.fl., *Skatteretten 3*, 6. udgave, Karnov Group, 2013
- Zimmer, Frederik, *Form and substance in tax law*, volume LXXXVIIa, Oslo, 2002

9.2 Artikler

- Beierholm, Ann-Charlotte og Hansen, Søren Jesper, *OECD's Base Erosion and Profit Shifting initiative*, SU 2013.272
- Bjørn, Ole, *Skattehuller*, SREV 2005.4.10
- Bundgaard, Jakob, *Den skatteretlige behandling af transaktioner foretaget i skattebesparelsesøjemed – del II*, TfS 2003.316
- Bundgaard, Jakob, *Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership*, SU 2012.98
- Bundgaard, Jakob og Koerver Schmidt, Peter, *Dobbeltbeskatningsoverenskomster og skatteundgåelse*, SU 2010.253
- Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels, *Retmæssig ejer ved intern koncernfinansiering – del 2*, SR 2007.508
- Christensen, Jens Peter: *Skatteretten, Grundloven og Højesteret*, Festskrift til Jan Pedersen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011

Friis Hansen, Søren, *Skatteydere er også en slags mennesker! - »Realitetsgrundsætningen« er i strid med menneskerettighederne*, U 2008B.59

Friis Hansen, Søren, *Realitetsgrundsætningens naturgivne retsusikkerhed*, U 2008B.378

Kjær, Susanne, *Skattefri omstrukturering – forretningsmæssig begrundelse*, SR 2005.348

Koch-Nielsen, Robert, *Omgåelse og pro forma*, U 1971B.103

Koerver Schmidt, Peter og Bundgaard, Jakob, *Ensretning i den internationale skatteret – Om muligheden for indførelse af CCCTB i lyset af Luxleaks*, SU 2015.38

Lassen, Julius, *Nogle Bemærkninger om Proformaværk og Omgaaelse*, U 1890.609

Michelsen, Aage, *Er der behov for en omgåelsesklausul i skatteretten*, SO 1984.96

Pedersen, Jan, *Duplik om den skatteretlige realitetsgrundsætning*, U 2008B.220

Pedersen, Jan, *Mere om forholdet mellem skatteret og privatret*, SR 1992.101

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

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

Pedersen, Jan, *Skatteflugt og skattely – et essay*, J 2014/5, s. 141

Poulsen, Martin, *Gennemstrømningselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering*, SU 2008.89

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

Poulsen, Martin, *Skattelypakken – ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret*, SR 2015.97

Redaktionen, SR, *Skattelypakken og retssikkerheden*, SR 2015.46

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

Strobel, I. A., *Forholdet mellem skatteret og privatret*, SR 1991.377

Vinther, Nikolaj, *Imødegåelse af skatteretlig omgåelse gennem det forretningsmæssige kriterium*, J 2004/6, s. 310

Vinther, Nikolaj og Werlauff, Erik, *Skattehensyn er lovlige hensyn – brug og misbrug i EU-retten*, TfS 2006.603

9.3 Øvrig litteratur og diverse

Advokatrådet, *Høring over udkast til forslag om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven og skatteforvaltningsloven*, brev af 20. februar 2015 (*Høringssvar fra Advokatrådet*)

Danske Advokater, *Høring over udkast til forslag om ændring af ligningsloven m.fl.*, brev af 25. februar 2015 (*Høringssvar fra Danske Advokater*)

Dansk Erhverv, *Høring af skattelypakke*, brev af 20. februar 2015 (*Høringssvar fra Dansk Erhverv*)

Dansk Industri, *Høringssvar vedr. udkast til lovforslag om ændring af ligningsloven m.v.*, brev af 24. februar 2015 (*Høringssvar fra Dansk Industri*)

Danske Revisorer, FSR, *Ændring af ligningsloven m.fl. (Skattelypakke mv.)*, brev af 25. februar 2015 (*Høringssvar fra FSR*)

Grauberg, Tambet, *Anti-tax-avoidance Measures and Their Compliance with Community Law*, Juridica International, <http://www.juridicainternational.eu/?id=14194>, 2015

The International Consortium of Investigative Journalists, *Luxembourg Leaks: Global Companies' Secrets Exposed*, <http://icij.org/project/luxembourg-leaks>, 2015 (*Luxleaks*)
KPMG, *The KPMG Guide to CCCTB*, KPMG International Cooperative, 2011

OECD, *International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies*, OECD Publishing, 1987

OECD/G20, *Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, OECD Publishing, 2014 (*Action 1*)

OECD/G20, *Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, OECD Publishing, 2014 (*Action 6*)

OECD/G20, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013 (*Action Plan*)

OECD/G20, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013

OECD/G20, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, OECD Publishing, 2013