

## **Skattemyndighedernes muligheder for at bekæmpe europæiske gen- nemstrømningselskaber**

- med fokus på EU-retten og EU-Domstolens domme af 26. februar 2019  
i de danske sager om »beneficial ownership«

## **Which Options exist for Tax Authorities when Combating the Use of European Conduit Companies**

- with focus on EU law and the judgements made by the Court of Justice  
of the European Union on the 26<sup>th</sup> of February 2019 in the Danish cases  
on »beneficial ownership«

af NICOLAI BENDIX LARSEN

*Med udgangspunkt i EU-Domstolens domme af 26. februar 2019 i de danske sager om »beneficial ownership«, forsøger specialet at analysere sig frem til gældende ret på området for hvornår de nationale skattemyndigheder kan nægte fordelene i hhv. moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet. Specialets fokus ligger på EU-retten og misbrug af nævnte direktiver med hovedvægt på den situation, hvor et datterselskab i Danmark (kildeland) er ejet af et moderselskab i en anden medlemsstat, som igen er ejet af et eller flere yderligere moderselskaber i tredjelande uden for EU.*

*Ud fra en analyse af dommene konkluderer specialet bl.a., at medlemsstaterne (skattemyndighederne) er forpligtet til at nægte fordelene af EU-direktiverne, hvis der er tale om misbrug. Dette følger af det EU-retlige princip, hvorefter borgerne ikke kan påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre misbrug. Konstateringen af at der foreligger misbrug kræver opfyldelse af dels et objektive element, hvorefter den pågældende transaktion er uforenelig med bestemmelsens formål, til trods for at betingelserne formelt er opfyldt, dels et subjektive element, hvorefter det skal have været den skattepligtiges hensigt at opnå fordelene uretmæssigt, hvilket vil sige at betingelserne er opfyldt på et kunstigt grundlag og med hovedformålet (eller et af hovedformålene) at opnå en skattefordel. Det er skattemyndighederne der bærer bevisbyrden for det objektive og det subjektive element og den skattepligtige skal have mulighed for at føre modbevis. Til at konstatere misbrug giver EU-domstolen en række »holdepunkter«. Ud fra en komparativ analyse af EU-Domstolens præmisser og ordlyden af skatteundgåelsesdirektivets misbrugsklausul i artikel 6 konkluderer specialet, at der er en stor grad af sammenfald mellem det EU-retlige princip om forbud mod misbrug og direktivets artikel 6. EU-Domstolens holdepunkter for misbrug, vil således også vil kunne anvendes i fremtiden, når skattemyndighederne skal konstatere misbrug efter artikel 6 (der i dansk ret er implementeret via ligningslovens § 3).*

*Af EU-Domstolens holdepunkter fremgår det bl.a., at anvendelsen af et »gennemstrømningselskab« mellem den udbytte-/rentebetalende enhed og den retmæssige ejer, for at undgå udbytte-/renteskat, er udtryk for misbrug. Specialet forsøger følgelig at udlede en karakteristik af et sådant »gennemstrømningselskab« ud fra EU-Domstolens præmisser. EU-Domstolens præmisser virker truende overfor brugen af rene holdingselskaber, men ud fra en analyse er det specialets konklusion, at dette næppe kan være EU-Domstolens hensigt at levere et dødsstød til disse selskaber.*

*Moder-/datterselskabsdirektivet indeholder ikke et eksplicit krav om at modtageren skal være »retmæssig ejer«, sådan som det gør sig gældende efter rente-/royaltydirektivet. Specialet konkluderer, at EU-Domstolen*

med sine præmisser synes at indfortolke et lignende krav efter moder-/datterselskabsdirektivet – men bemærker samtidig at rigtigheden heraf indledende har været udsat for kritik i den skatteretlige litteratur, hvorfor der stadig hersker usikkerhed herom.

Endelig indeholder specialet et afsnit, der behandler problemstillingen om, hvorvidt (multinationale) virksomheders skattebetaling og skatteplanlægning bør indgå som en del af virksomhedernes sociale ansvar (Corporate Social Responsibility). Hertil konkluderer specialet, at uanset hvilken overbevisning man er af, vil virksomhederne sandsynligvis kunne opnå fordele ved at indtænke socialt ansvar og undlade en alt for aggressiv skatteplanlægning, der kan føre til dårlig omtale i medierne og følgelig fald i omsætning.

## INDHOLDSFORTEGNELSE

<b>ABSTRACT</b>	<b>2</b>
<b>1. INDLEDENDE</b>	<b>3</b>
1.1. INDLEDNING	3
1.2. PROBLEMSTILLING	4
1.3. AFGRÆNSNING	5
1.4. METODE	5
1.5. KORT OM UDVALGTE BEGREBER	5
1.6. FORHOLDET TIL EU-RETEN	6
<b>2. DEN RETLIGE RAMME</b>	<b>6</b>
2.1. BEGRÆNSET SKATTEPLIGT AF UDBYTTET	6
2.1.1. MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET	6
2.1.1.1. Det tidligere moder-/datterselskabsdirektiv (direktiv 90/435)	7
2.2. BEGRÆNSET SKATTEPLIGT AF RENTER	8
2.2.1. RENTE-/ROYALTYDIREKTIVET	8
2.3. MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET KONTRA RENTE/ROYALTYDIREKTIVET	9
<b>3. EU-DOMSTOLENS DOMME AF 26. FEBRUAR 2019</b>	<b>9</b>
3.1. INDLEDENDE	9
3.2. TRE TEMAER	10
3.2. RETSGRUNDLAG TIL AT BEKÆMPE MISBRUG	10
3.3. HVILKE ELEMENTER UDGØR MISBRUG?	12
3.3.1. HOLDEPUNKTER FOR MISBRUG AF MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET OG RENTE-/ROYALTYDIREKTIVET	14
3.3.1.1. EU-Domstolens holdepunkter som fremtidigt fortolkningsbidrag	15
3.3.2. HVORNÅR ER DER TALE OM ET GENNEMSTRØMNINGSSELSKAB?	17
3.3.2.1. Manglende faktisk økonomisk aktivitet – dødsstød for holdingselskaber?	18
3.4. »RETMÆSSIG EJER« KONTRA »GENNEMSTRØMNINGSSELSKAB«	20
3.4.1. TILSVARENDE KRAV OM RETMÆSSIGT EJERSKAB EFTER MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET?	22
3.4.1.1. Alternativ tolkning af udbyttesageres præmis 111?	23
3.4.1.2. Betydningen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem kildestaten og tredjestaten	26

3.4.1.2.1. Betydningen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst i en dansk kontekst	28
<b>3.5. BEVISBYRDE FOR AT DER FORELIGGER MISBRUG</b>	<b>29</b>
3.5.1. BEVISBYRDEN I EN DANSK KONTEKST	30
<b>4. CSR OG SKAT</b>	<b>31</b>
<b>4.1. INDLEDENDE</b>	<b>31</b>
<b>4.2. BEGREBSDANNELSE - HVAD ER AGGRESSIV SKATTEPLANLÆGNING?</b>	<b>31</b>
<b>4.3. HVAD ER CSR?</b>	<b>33</b>
4.3.1. SKAT SOM EN DEL AF CSR – ELLER ER DET ALENE ET LOVREGULERENDE ANLIGGENDE?	34
<b>4.4. AFSNIT OMKRING FRIVILLIGHED KONTRA LOVGIVET</b>	<b>36</b>
<b>4.5. ET PAR BETRAGTNINGER OMKRING DEN INDBYRDES SKATTEKONKURRENCE</b>	<b>36</b>
<b>5. KONKLUSION</b>	<b>37</b>
<b>6. LITTERATURLISTE</b>	<b>39</b>

## **ABSTRACT**

---

This thesis focusses on EU law and the judgements made by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the 26<sup>th</sup> of February 2019. The judgement is analyzed in order to examine which options exist when tax authorities intend to deny the advantages of the Parent-Subsidiary Directive (PSD) and the Interest and Royalty Directive (IRD) under the argument that the receiving company is merely a conduit for the beneficial owner of the income.

With regard to the source country the thesis' focus lies on Danish law which entails that companies based abroad is subject a limited tax liability when receiving dividends or interest from sources in Denmark. This however does not apply in situations where taxation is to be exempt by the PSD or IRD.

The CJEU conducts its analysis in the light of the general legal principle that EU law cannot be relied on for abusive or fraudulent purposes. The thesis however detects a significant compliance between this legal principle and the later adopted general anti-abuse rule in the »Anti-Tax Avoidance Directive«. This leads to the conclusion that the CJEU's paragraphs on abuse will be relevant in the future.

Among other things, the thesis concludes that when intending to deny the advantages of the PSD and the IRD the tax authorities bears the burden of proof that abuse exists. This entails proving the existence of both an objective element where despite the formal compliance with the objective conditions laid down by the EU rules, the purpose of those rules has not been achieved and a subjective element in which the company at hand has intended to obtain the benefit on a basis of artificially creating the necessary conditions.

The company at hand is to be allowed the opportunity to adduce evidence to the contrary, which could be the existence of economic and commercial justifications.

The CJEU concludes that interposing a conduit company into the group structure between the company that pays dividends or interest and the beneficial owner hereof, represents abusive behavior.

The thesis concludes that passing of all or almost all of the received dividend or interest very soon after their receipt, the lack of economic activity where the company merely obtains insignificant taxable profit as middleman, and the obligation to pass on the received dividend or interest either by contractual or legal obligation but also if this is the case »in substance« is features from which the tax authorities can conclude the existence of a conduit company.

The lack of economic activity puts forward the question whether the CJEU is delivering a deathblow to the use of holding companies. On basis of previous practice from the CJEU the thesis concludes that this is not the case. The CJEU has previously stated that just because management of subsidiaries' assets is the only activity of a parent company, this does not per se indicate the existence of abuse.

This thesis also includes a discussion of the topic of Corporate Social Responsibility (CSR) and whether or not tax should be included into this concept. The thesis concludes that if tax is to be included into CSR this entails compliance with not only the wording of the law but furthermore the »spirit of the laws and regulations«. Some are opposed to this and argues that taxation is an expense for the companies which should not be met by moral requirements. Whether for or against the facts seems to point to a direction where tax will increasingly be added to companies CSR. Given the potential risks of being judged as immoral by the general public, companies may avoid this by practicing less aggressive tax planning and focus on obeying the spirit of the law.

## 1. INDLEDENDE

---

### 1.1. Indledning

Inden for skatteretten er omgåelse og misbrug en evigt tilbagevendende problemstilling, og der er således ikke ligefrem tale om noget nyt fænomen. Det er endog blevet kaldt for »den evige udfordring«. <sup>1</sup> Den evige udfordring er kendetegnet ved »det rindende vands princip«, der går ud på, at lige så hurtigt som myndighederne og lovgiver opdager og dækker ét hul i skattelovgivningen, lige så hurtig finder skattespekulanterne et nyt hul. <sup>2</sup> Dette har i første omgang affødt principper indeholdende mere eller mindre uklare realitetsbetragtninger <sup>3</sup> og senere værnslovgivning, hvor især generelle misbrugs klausuler – de såkaldte *General Anti Avoidance Rules* (GAAR) – på grund af det rindende vands princip er kendetegnet ved en bred formulering.

På området for international skatteundgåelse og skatteunddragelse, har især multinationale koncerners anvendelse af såkaldte »gennemstrømnings selskaber«, til at undgå udbytte- eller rentebeskatning i forbindelse med udbytteudlodninger eller rentebetalinger, pådraget sig stor bevågenhed i såvel international som national regi.

---

<sup>1</sup> Således har Skattevidenskabelig Forening i anledning af sit 50 års jubilæum udgivet et festskrift med titlen, *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*.

<sup>2</sup> Se hertil bl.a. Jan Pedersen i *Den evige udfordring*, s. 124.

<sup>3</sup> Se hertil bl.a. Jan Pedersen i *Den evige udfordring*, s. 114, hvor han betegner realitetsprøvelsen som »... en uskreven og normativ vurdering, der foretages efter en samlet konkret vurdering...«

Dette har ført til en række sager på området, hvor de danske skattemyndigheder har nægtet en række udenlandske moderselskaber fritagelse for begrænset skattepligt af den udbytte- eller renteindtægt, som selskabet har oppebåret fra sit danske datterselskab. De danske skattemyndigheder begrundet dette med, at moderselskaberne efter skattemyndighedernes opfattelse ikke er de »retmæssige ejere« af udbytte- eller renteindtægten. Flere af sagerne ligger i øjeblikket på hhv. Østre og Vestre Landsrets bord, og domstolene har i den forbindelse anmodet EU-Domstolen om at afklare en række præjudicielle spørgsmål vedrørende sagerne. EU-Domstolens afgørelse blev afsagt 26. februar 2019 og er således det nyeste fortolkningsbidrag i følgetonnen om »den evige udfordring«.

Som nævnt har den generelle værnslovgivning (GAAR) en bred formulering. Lovtekst og lovforarbejder giver således ikke meget guidance, når der skal foretages en afgrænsning af hvilke dispositioner eller transaktioner, der kan blive omfattet af reglen. Denne afgrænsning vil således blive foretaget gennem domstols- og administrativ praksis. EU-Domstolens domme af 26. februar 2019 angiver en række holdepunkter, der kan benyttes af de nationale myndigheder og domstole, når de skal vurdere om der er tale om misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet. Dommene giver således et vigtigt fremtidigt fortolkningsbidrag, som specialet vil søge at kortlægge og analysere.

Som modstykke – eller måske nærmere supplement – til denne øgede internationale fokus på løsning af problemet via værnslovgivning, er virksomheders (og særligt multinationale selskabers) skatteplanlægning og skattebetaling så småt begyndt at gøre sit indtog på området for virksomheders samfundsmæssige ansvar, *Corporate Social Responsibility* (CSR). Specialet stiller det spørgsmål, om virksomheders skattepolitik og skattebetaling skal være underlagt en form for samfundsmæssig norm, der i høj grad er styret af moral.

## 1.2. Problemstilling

Specialet vil med udgangspunkt i EU-Domstolens domme af 26. februar 2019, søge at analysere sig frem til gældende ret på området for misbrug af EU-skatte retten – nærmere bestemt misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet via gennemstrømningsselskaber.

Formålet er således at klarlægge hvilke muligheder der eksisterer for de nationale skattemyndigheder til at nægte direktivernes fordele med den begrundelse, at der er gjort brug af et gennemstrømningsselskab mellem den udbytte-/rente betalende enhed og den retmæssige ejer.

Specialets fokus vil således ligge på udbytteudlodninger og rentebetalinger, foretaget fra et dansk datterselskab til sit udenlandske moderselskab, som er hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat, og som igen er ejet af en eller flere aktionærer i en tredjestat uden for EU. Dette er netop problemstillingen i de danske sager, der danner grundlag for ovenfor nævnte EU-dom.

Som nævnt i indledningen er skatteundgåelse og skatteunddragelse ikke noget nyt emne, men et emne der oplever stor fokus. Dette har affødt spørgsmålet om, hvorvidt multinationale koncerner har et samfundsmæssigt ansvar for at betale en fair andel i skat – altså om virksomhedernes skatteplanlægning og skattebetaling skal være en del af virksomhedens samlede *Corporate Social Responsibility* (CSR). Specialet vil i en diskussion søge at belyse emnet fra flere vinkler, for at finde frem til fordele og ulemper ved at inkludere skat som en del af CSR.

### 1.3. Afgrænsning

Specialets hovedvægt vil ligge på EU-skatteretten og misbrug af henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet eller rente-/royaltydirektivet. OECD's modelbeskatningsoverenskomst (MDBO) samt kommentarerne hertil, vil således ikke blive behandlet som en særskilt problemstilling, men alene blive inddraget i specialet hvor dette findes relevant.

Specialet afgrænser sig til de situationer, hvor udbytte- eller rentemodtageren er et udenlandsk selskab, som oppebærer udbytte eller rente fra sit danske datterselskab. Således anvendes kun de danske regler for sådanne udenlandske selskabers begrænsede skattepligt til Danmark.

Problemstillingerne vedrørende de EU-retlige friheder inden for etableringsretten og kapitalens frie bevægelighed,<sup>4</sup> som også er genstand for behandling af EU-Domstolen i dennes domme af 26. februar 2019, vil ikke blive behandlet i specialet.

### 1.4. Metode

Problemstillingens første led vil blive behandlet ved brug af den retsdogmatiske metode, til at systematisere, beskrive, analysere og fortolke gældende ret (*de lege lata*).<sup>5</sup> Specialet vil derfor som første skridt fastlægge den retlige ramme for udenlandske moderselskabers begrænsede skattepligt til Danmark af udbytte- og renteindkomst fra sit danske datterselskab. Da specialets fokus ligger på misbrug af EU-skatteretten via gennemstrømningsselskaber, vil EU-Domstolens principielle<sup>6</sup> domme af 26. februar 2019 blive anvendt som primært fortolkningsbidrag, og danne udgangspunkt for specialets analyse.

Problemstillingens andet led vil blive behandlet via en diskussion, hvor spørgsmålet om hvorvidt virksomheders skatteplanlægning og skattebetaling bør være en del af deres samlede CSR, vil forsøges belyst.

### 1.5. Kort om udvalgte begreber

EU-Domstolens domme af 26. februar 2019 dækker over de forenede sager C-116/17 og C-117/16 (udbytte-sagerne) og C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 (rentesagerne).

Specialet vil fortrinsvis anvende betegnelsen »misbrug« og »misbrugsklausul«, men det bemærkes at disse anses som synonym med betegnelsen »omgåelse« og »omgåelsesklausul«.

Skatteunddragelse eller skattesvig (tax evasion) betegnes som den misbrug, hvor der foreligger en overtrædelse af skattelovgivningen.

Skatteundgåelse/skatteplanlægning/skattespekulation (tax avoidance) anvendes synonymt som det forhold, hvor en given transaktion/disposition i skattejuridisk henseende er lovlig, men bygger på kunstig eller fiktive forhold og derfor udgør en form for misbrug af skattelovgivningen. Skatteplanlægning kan være mere eller mindre aggressiv, hvorfor sådant misbrug udgør en gråzone.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), artikel 49, 54 og 63.

<sup>5</sup> *Retskilder og retsteorier*, side 28.

<sup>6</sup> EU-Domstolens domme af 26. februar 2019 er efter anmodning fra den danske regering afsagt af *Den Store Afdeling*, der tæller 15 dommere og som oftest anvendes i principielle sager, Jf. TEUF, artikel 251, der henviser til protokol (nr. 3) *vedrørende statuten for den europæiske unions domstol*, artikel 16.

<sup>7</sup> Begrebet »aggressiv skatteplanlægning« uddybes yderligere i afsnit 4.2.

## 1.6. Forholdet til EU-retten

EU-Domstolen har fastslået, at medlemsstaterne har en vis pligt til at fortolke nationale retsregler i EU-konformt, hvilket vil sige, at de skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.<sup>8</sup> Samtidig har EU-retten forrang i forhold til national ret.<sup>9</sup> De danske domstole vil altså være forpligtet til at fortolke de danske retsregler vedrørende udenlandske selskabers begrænsede skattepligt i overensstemmelse med henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet. Da det er EU-Domstolen der har den ultimative fortolkningskompetence i forhold til EU-retten,<sup>10</sup> har Østre og Vestre Landsret derfor stillet en række principielle præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet.

## 2. DEN RETLIGE RAMME

---

### 2.1. Begrænset skattepligt af udbytte

Efter selskabsskattelovens (SEL) § 2, stk. 1, litra c er udenlandske selskaber som udgangspunkt begrænset skattepligtige til Danmark af det udbytte, som de modtager fra danske selskaber, når udbyttet er omfattet af ligningslovens (LL) § 16 A, stk. 1 og 2.<sup>11</sup>

Udbytteskatten udgør 22 %, <sup>12</sup> men det følger af kildeskattelovens (KSL) § 65, stk. 1, at det udloddende danske selskab som udgangspunkt skal indeholde kildeskat på 27 % af det samlede udbytte. En eventuel manglende (eller for lav) indeholdelse medfører et hæftelsesansvar for det udloddende selskab, medmindre der ikke er udvist forsømmelighed, jf. KSL § 69.

Udgangspunktet om begrænset skattepligt af udbytter modificeres dog, hvis der er tale om udbytte på datterselskabsaktier efter aktieavancebeskatningslovens (ABL) § 4 A, og der skal ske frafald eller nedsættelse af beskatningen efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO) med den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Det samme gør sig gældende, hvis der er tale om koncernselskabsaktier efter ABL § 4 B, hvis der – såfremt der havde været tale om datterselskabsaktier – skulle ske frafald eller nedsættelse efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en DBO. I disse tilfælde frafalder Danmark sin beskatningsret, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt.

Det tilkommer ikke specialets formål at foretage en detaljeret redegørelse for, hvornår der er tale om datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier. Men som hovedregel er der tale om datterselskabsaktier, når et selskab ejer mindst 10 % af aktiekapitalen<sup>13</sup> og koncernselskabsaktier når der er obligatorisk national sambeskatning<sup>14</sup> eller frivillig international sambeskatning.<sup>15</sup>

#### 2.1.1. Moder-/datterselskabsdirektivet

Nærværende redegørelse tager udgangspunkt i retsreglerne efter det nugældende moder-/datterselskabsdirektiv, direktiv 2011/96.<sup>16</sup>

---

<sup>8</sup> EU-retten, kap. 6, afs. 3, s. 170 ff.

<sup>9</sup> EU-retten, kap. 6, afs. 4, s. 174 ff.

<sup>10</sup> TEUF, artikel 267.

<sup>11</sup> Efter LL § 16 A, stk. 2 nr. 1 anses som udbytte »alt, hvad der af selskabet udloddes til aktuelle aktionærer...«.

<sup>12</sup> Jf. SEL § 2, stk. 3, 2. pkt.

<sup>13</sup> ABL § 4 A, stk. 1.

<sup>14</sup> SEL § 31, stk. 1.

<sup>15</sup> SEL § 31 A.

<sup>16</sup> Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011.

For at være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2011/96, skal der være tale om et »moderselskab« og »datterselskab«, der samtidig begge lever op til betingelsen om at være et »selskab i en medlemsstat«.

Hvornår der er tale om et selskab i en medlemsstat defineres i direktivets artikel 2, stk. 1, litra a). Heraf fremgår det, at selskabet skal være organiseret i en af de former, der er opført i bilag I, del A. Samtidig skal selskabet være skattemæssigt hjemmehørende i en medlemsstat og må således ikke anses som hjemmehørende uden for EU efter en DBO med en tredjestat. Endeligt skal selskabet være omfattet af en af de former for skat, der er opført i bilag I, del B.

Hvornår der er tale om et moderselskab, defineres i artikel 3, stk. 1, litra a) som et selskab, der opfylder betingelserne i artikel 2 (selskab i en medlemsstat) og samtidig ejer mindst 10% af kapitalen i et selskab beliggende i en anden medlemsstat, som også opfylder betingelserne i artikel 2 (selskab i en medlemsstat). Dette selskab i en anden medlemsstat, vil således være et datterselskab, jf. artikel 3, stk. 1, litra b).

Opfyldes betingelserne ovenfor, angiver direktivets artikel 5, at det overskud som datterselskabet udlodder til sit moderselskab fritages for kildeskat.

#### **2.1.1.1. Det tidligere moder-/datterselskabsdirektiv (direktiv 90/435)**

Gældende på tidspunktet for de transaktioner, der danner baggrund for EU-Domstolens domme af 26. februar 2019, var det nu tidligere moder-/datterselskabsdirektiv (direktiv 90/435), med den senere ændring i 2003.<sup>17</sup>

Direktiv 90/435 indeholdt ikke en generel omgåelsesklausul, men angav alene, at:

*»[direktivet]... ikke [er] til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.«<sup>18</sup>*

Direktiv 90/435 blev ophævet den 17. januar 2012 og erstattet af direktiv 2011/96,<sup>19</sup> der ved en ændring i 2015<sup>20</sup> fik tilføjet en generel misbrugsklausul i artikel 1. Denne blev i dansk ret implementeret via LL § 3, som gjaldt for såvel moder-/datterselskabsdirektivet som rente-/royaltydirektivet.<sup>21</sup>

Udover denne senere tilføjelse af en generel misbrugsklausul i direktiv 2011/96 er det specialeskrivers vurdering, at der ikke materielt er sket yderligere ændringer af betydning for specialets analyse af EU-Domstolens domme af 26. februar 2019.<sup>22</sup>

Det bemærkes derfor, at i afsnit 3.2. anvendes betegnelsen »direktiv 90/435« til at betegne det dagældende moder-/datterselskabsdirektiv. I resten af opgaven anvendes betegnelsen »moder-/datterselskabsdirektiv« som samlet betegnelse, da EU-Domstolens konklusioner vurderes til at få betydning også fremadrettet efter det nugældende direktiv 2011/96.

<sup>17</sup> Ændret ved Rådets direktiv 2003/123/EF af 22. december 2003, jf. udbyttesagernes præmis 2.

<sup>18</sup> Den daværende artikel 1, stk. 2 er i det nuværende direktiv 2011/96 blevet til stk. 4.

<sup>19</sup> Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011.

<sup>20</sup> Rådets direktiv 2015/121 af 27. januar 2015.

<sup>21</sup> Lov nr. 540 af 29. april 2015.

<sup>22</sup> Jf. udbyttesagernes præmis 9-13.



## 2.2. Begrænset skattepligt af renter

Efter SEL § 2, stk. 1, litra d er udenlandske selskaber som udgangspunkt begrænset skattepligtige til Danmark af de renter, som de modtager fra danske selskaber, når der er tale om »kontrolleret gæld« efter skattekontrollovens § 3 B.

Der vil eksempelvis vil der tale om kontrolleret gæld, hvis det rentemodtagne (rentebetalende) selskab har bestemmende indflydelse over betaleren (modtageren), hvorved forstås direkte eller indirekte ejerskab af mere end 50% af kapitalen eller råderet over mere end 50% af stemmerne.

Efter KSL § 65 D, skal det udbetalende selskab indeholde »renteskat« på 22 % af den samlede rentebetaling eller godskrivning, hvis det modtagende selskab er skattepligtigt efter SEL § 2, stk. 1, litra d. En eventuel manglende (eller for lav) indeholdelse medfører et hæftelsesansvar for det udloddende selskab, medmindre der ikke er udvist forsømmelighed, jf. KSL § 69.

Som det var tilfældet med udbytte, falder renterne ud af den begrænsede skattepligt, hvis beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter rente-/royaltydirektivet eller en DBO med det modtagne selskabs hjemstat. For renter gælder det dog yderligere det krav, at de betalende og det modtagne selskab skal have været associeret i rente-/royaltydirektivets forstand i en sammenhængende periode på mindst et år.<sup>23</sup>

### 2.2.1. Rente-/royaltydirektivet<sup>24</sup>

Efter rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1 skal der ske frafald af beskatning i det land, hvor det rente/royalty-betalende selskab er beliggende, uanset om beskatningen sker ved kilden eller skatteansættelse. Fritagelsen for beskatning er forudsat af, at modtageren af rentebetalingen også er den retmæssige ejer heraf. Direktivets artikel 1, stk. 4 definerer begrebet »retmæssig ejer« som den der »... modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.« Herudover er det et krav, at det betalende selskab og den retmæssige ejer er »associerede«.<sup>25</sup> Der er tre måder hvorpå der kan være tale om et associeret selskab:<sup>26</sup>

- i. et selskab direkte besidder mindst 25 % af kapitalen i det andet selskab, eller
- ii. det andet selskab direkte besidder mindst 25 % af kapitalen i det første selskab, eller
- iii. et tredje selskab direkte besidder mindst 25 % af kapitalen i både det første selskab og det andet selskab

Udover at direktivet direkte foreskriver, at modtageren også skal være den retmæssige ejer, indeholder direktivet i artikel 5 en bestemmelse mod svig og misbrug.

Artikel 5, stk. 1 angiver – på samme måde som det tidligere moder-/datterselskabsdirektiv (direktiv 90/435) – at direktivet ikke udelukker anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster til bekæmpelse af svig eller misbrug.

Artikel 5, stk. 2 angiver, at medlemsstaterne *kan* nægte direktivets fordele, hvis der er tale om transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug, som væsentligste eller en af væsentligste bevæggrunde.

---

<sup>23</sup> SEL § 2, stk. 1, litra d, 3. og 4. pkt.

<sup>24</sup> Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 (rente-/royaltydirektivet).

<sup>25</sup> Rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 7.

<sup>26</sup> Rente-/royaltydirektivets artikel 3, stk. 1, litra b.

Artikel 5 var på tidspunktet for transaktionerne behandlet i EU-Domstolens domme af 26. februar 2019 ikke direkte implementeret i dansk lovgivning. Dette skete først i 2015, med indførelsen af misbrugs klausulen i LL § 3.<sup>27</sup>

### **2.3. Moder-/datterselskabsdirektivet kontra rente/royaltydirektivet**

Som det kort bemærkes ovenfor, indeholder rente-/royaltydirektivet et eksplicit krav om, at modtageren af renten også skal være den retmæssige ejer heraf, for at direktivets fordele kan finde anvendelse. Et lignende krav fremgår ikke eksplicit af moder-/datterselskabsdirektivet (hverken det tidligere direktiv 90/435 eller det nuværende direktiv 2011/96).

Dette er således et centralt punkt i den følgende analyse af EU-Domstolens domme af 26. februar i udbytte- og rentesagerne.

## **3. EU-DOMSTOLENS DOMME AF 26. FEBRUAR 2019**

---

### **3.1. Indledende**

EU-Domstolens domme af 26. februar 2019 omhandler i korte træk udbytteudlodninger og rentebetalinger foretaget fra danske datterselskaber til disses direkte moderselskaber, der er beliggende inden for EU, hvorfor disse overførsler som udgangspunkt er omfattet af den fritagelse for kildebeskatning, der følger af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5 og rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1. De danske skattemyndigheder har dog i deres afgørelser i de konkrete sager nægtet at fratage kildebeskatningen med henvisning til, at de udbytte- og rentemodtagne moderselskaber beliggende i EU, ikke er de »retmæssige ejere«.

I udbyttesagerne ankes de danske skattemyndigheders afgørelser til Landsskatteretten, der omstøder disse. Af sag C-117/16 fremgår det dog, at Landsskatteretten var enig med skattemyndighederne i, at det udbytte modtagne selskab ikke var den retmæssige ejer af udbyttet. Alligevel fandt Landsskatteretten at udlodningen var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivets fritagelse, da der i dansk ret ikke var implementeret en lovbestemmelse mod misbrug og hverken retsgrundsætninger eller praksis kunne tilsidesætte den pågældende disposition.<sup>28</sup> I rentesagerne er det skattemyndighedernes afgørelser (og Landsskatterettens eventuelle stadfæstelse), der indbringes for domstolene.

Som nævnt i afsnit 2.1.1.1. var det tidligere moder-/datterselskabsdirektiv (direktiv 90/435) gældende på tidspunktet for de transaktioner, der udgør udbyttesagerne. Dette præger EU-Domstolens domsafsigelse, men som specialet vil argumentere for, vil EU-Domstolens præmisser også få betydning i fremtiden.

Da EU-Domstolens præmisser i udbyttesagerne og rentesagerne for en stor dels vedkommende er identisk, vil sagerne som udgangspunkt blive behandlet samlet, og kun behandles separat, hvor dette synes mest hensigtsmæssigt. Dette giver dog også en række udfordringer, for til trods for en lang række ligheder mellem moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet, er der også fundamentale forskelle, jf. afsnit 2.3.

---

<sup>27</sup> Jf. Lov nr. 540 af 29. april 2015.

<sup>28</sup> Jf. udbyttesagernes præmis 61 og Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse i SKM2012.26.LSR, der formodes at være identisk med sag C-117/16.

Dommene analyseres med henblik på at udlede gældende ret for, hvornår de nationale skattemyndigheder i de europæiske medlemslande kan nægte at fratage kildeskatning efter moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet med den begrundelse, at modtageren ikke er den retmæssige ejer, men derimod et gennemstrømningselskab. De enkelte sagers faktum vil derfor alene blive inddraget i et begrænset omfang, hvor dette skønnes relevant.

### 3.2. Tre temaer

EU-Domstolen vælger at behandle samtlige præjudicielle spørgsmål under tre temaer. *Det første tema* omhandler hvorvidt der findes et retsgrundlag til at nægte skattefritagelsen i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5 og rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1. Herudover omhandler det for rentesagernes vedkommende også fortolkning af begrebet »retmæssig ejer« efter rente-/royaltydirektivet. *Det andet tema* omhandler de elementer, der eventuelt udgør misbrug samt bevisreglerne herfor. *Det tredje tema* omhandler fortolkning af EUF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed og kapitalens frie bevægelighed<sup>29</sup> – hvilket ikke vil blive behandlet, jf. afsnit 1.3.

Specialet vil i første omgang behandle spørgsmålet om hvorvidt der findes et retsgrundlag til at nægte direktivernes fordele, der er en del af det første tema. I forlængelse heraf vil specialet behandle de elementer der eventuelt udgør misbrug. Her vil specialet fortage en komparativ analyse af EU-Domstolens misbrugsvurdering over for misbrugsvurderingen efter skatteundgåelsesdirektivets misbrugsvurdering i artikel 6. Herefter vil specialet analysere EU-Domstolens fortolkning af begrebet »retmæssig ejer« over for begrebet »gennemstrømningselskab« og undersøge hvorvidt EU-Domstolen indfortolker et krav om retmæssigt ejerskab i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet. Endelig vil specialet behandle spørgsmålet om fordeling af bevisbyrde.

### 3.2. Retsgrundlag til at bekæmpe misbrug

Som nævnt i afsnit 2.1.1.1 og afsnit 2.2.1 var »misbrugsklausulerne« i rente-/royaltydirektivets artikel 5 og det tidligere moder-/datterselskabsdirektivs (direktiv 90/435) artikel 1, stk. 2 ikke direkte implementeret i dansk lovgivning.

EU-Domstolen var derfor i de præjudicielle spørgsmål spurgt ind til, hvorvidt bekæmpelsen af misbrug af direktiverne, med henvisning til artikel 1, stk. 2 i direktiv 90/435 og rente-/royaltydirektivets artikel 5, var forudsat, at der var implementeret en specifik national bestemmelse eller at der findes grundsætninger eller lignende, der kan fortolkes i overensstemmelse med direktivbestemmelserne.<sup>30</sup>

Spørgsmålet er særligt interessant, da parterne i de respektive sager har erklæret sig enige i, at hverken den danske »realitetsgrundsætning« eller princippet om »rette indkomstmodtager« danner grundlag for at tilside-sætte de pågældende transaktioner.<sup>31</sup> <sup>32</sup> Baggrunden for de præjudicielle spørgsmål skal findes tilbage i EU-Domstolens dom af 5. juli 2007 i C-321/05, *Hans Markus Kofoed* (Kofoed-sagen), der også er genstand for de skattepligtiges argumentation.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> TEUF, artikel 49 og 63.

<sup>30</sup> Udbyttesagerne spørgsmål 1, litra a) og rentesagerne spørgsmål 2, litra a).

<sup>31</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse sag C-116/16 og C-117/16 præmis 96, og C-115/16 præmis 100, C-118/16 præmis 110, C-119/16 præmis 98 samt C-299/16 præmis 100.

<sup>32</sup> Specialet skal ikke gå ind i en nærmere redegørelse for princippet omkring rette indkomstmodtager, ej heller diskussionen om hvorvidt der i dansk ret eksisterer en sådan realitetsgrundsætning.

<sup>33</sup> U84, R112. (herefter refereret til som »U« for *udbyttesagerne* og »R« for *rentesagerne*, når der henvises til præmisser).

Sagen omhandlede det daværende fusionsskattedirektiv, direktiv 90/434,<sup>34</sup> der indeholdt en misbrugsklausul i artikel 11, stk. 1, litra a, hvorefter medlemsstaterne kunne nægte at anvende direktivets bestemmelser i tilfælde af forhold, der:

*»som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse; såfremt en af de ... omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger...«*

Ifølge EU-Domstolen afspejlede bestemmelsen *»... det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug.«*<sup>35</sup> Da direktivbestemmelsen ikke var direkte implementeret i dansk ret undersøgte EU-Domstolen, om bestemmelsen alligevel kunne finde anvendelse.<sup>36</sup> EU-Domstolen konkluderede, at medlemsstaterne er forpligtet til at sikre direktiver fuld virkning i overensstemmelse med deres formål.<sup>37</sup> Det var derfor den forelæggende rets opgave at undersøge, om der i dansk ret er en almindelig bestemmelse eller grundsætning om bekæmpelse af misbrug eller skattesvig/-unddragelse, der kan fortolkes i overensstemmelse med direktivbestemmelsen.

Skatteministeriet opsummerede deres tolkning af EU-Domstolen præmisser således:

*»... [EU-Domstolen] har ønsket at understrege, at den omstændighed, at der ikke var gennemført særlige regler til implementering af fusionsskattedirektivets artikel 11, ikke er til hinder for, at et tilsvarende resultat kan opnås på grundlag af almindelige nationale retsregler eller principper fortolket i overensstemmelse med artikel 11.«*<sup>38</sup>

I lyset af Kofoed-sagen var opfattelsen af retstilstanden således, at hvis en anti-misbrugsbestemmelse i et direktiv ikke var direkte implementeret i national lovgivning, og der ikke var grundlag for at tilsidesætte et forhold via nationale principper eller grundsætninger, var medlemsstaten afskåret fra at gøre bestemmelsen gældende over for skatteyderen. Dette skyldes, at EU-Domstolen i Kofoed-sagen ydermere havde udtalt, at et direktiv ikke i sig selv og uafhængigt af national lovgivning til gennemførelse heraf, kan skabe forpligtelser for borgerne og derfor *ikke som sådan* kan påberåbes over for borgere.<sup>39</sup> Således havde også Generaladvokaten i sine forslag til afgørelse i de respektive sager advokeret for, at Danmark ikke skulle have mulighed for at anvende direktiv 90/435's artikel 1, stk. 2 og rente-/royaltydirektivets artikel 5 direkte, da en medlemsstat *»... ikke over for en borger [kan] påberåbe sig en direktivbestemmelse, som den ikke selv har gennemført.«*<sup>40</sup>

I en enslydende argumentation i begge sager, gør EU-Domstolen kort og kontant op med denne opfattelse og henviser til sin egen praksis, hvorefter der findes et *»... almindeligt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug.«*<sup>41</sup> (herefter benævnt som »det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug«).

Det påhviler borgerne at overholde dette princip og det påhviler medlemsstaterne at nægte fordelene af EU-retlige bestemmelser, hvis der er tale om misbrug.<sup>42</sup> EU-Domstolen finder derfor, at det er uden betydning,

---

<sup>34</sup> Rådets direktiv af 23. juli 1990, 90/434/EØF.

<sup>35</sup> Kofoed-sagen, præmis 38.

<sup>36</sup> Kofoed-sagen, præmis 40.

<sup>37</sup> Kofoed-sagen, præmis 41 – hvilket stemmer overens med princippet om direktivkonform fortolkning, jf. afsnit 1.6.

<sup>38</sup> SKM2007.843.DEP.

<sup>39</sup> Kofoed-sagen, præmis 42 og 45.

<sup>40</sup> Jf. bl.a. Generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-115/16, præmis 103 og C-116/16, præmis 99.

<sup>41</sup> U70, R96.

<sup>42</sup> U71-72, R97-98.

hvorvidt der findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser imod misbrug.<sup>43</sup> Dette betyder, at selv uden nationale bestemmelser eller grundsætninger, der kan fortolkes i overensstemmelse med direktiv 90/435's artikel 1, stk. 2 og rente-/royaltydirektivets artikel 5 skal de nationale myndigheder og domstole håndhæve det EU-retlige princip om forbud mod misbrug, og nægte direktivfordelene i tilfælde af misbrug.

I forhold til argumentationen om, at direktiver ikke kan skabe forpligtelser for borgerne, bemærker EU-Domstolen blot, at:

*»... nægtelsen af en fordel i henhold til et direktiv ikke [indebærer], at den berørte borger pålægges en forpligtelse i medfør af dette direktiv, men er blot en konsekvens af konstateringen af, at de objektive betingelser for opnåelsen af den tilstræbte fordel [...] alene er opfyldt formelt«<sup>44</sup>*

Med sine præmisser underkender EU-Domstolen således Landsskatterettens praksis fra udbyttesagerne, der gik ud på, at fordelene i direktiv 90/435 ikke kunne nægtes, da der på daværende tidspunkt ikke var implementeret en misbrugsbestemmelse i dansk ret, samtidig med at der ikke var retspraksis for at underkende de pågældende transaktioner.

EU-Domstolen bemærker dog samtidig, at skattepligtige har *ret* til at drage fordel af medlemsstaternes indbyrdes skattekonkurrence, der er en konsekvens af den begrænsede harmonisering på området for direkte skatter. Det er derfor ikke i sig selv udtryk for misbrug, hvis en skattepligtig indretter sig således, at man opnår den mest fordelagtige skattemæssige position.<sup>45</sup>

### **3.3. Hvilke elementer udgør misbrug?**

Efter at have fastslået, at det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug kan finde anvendelse selv uden nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser mod misbrug, går EU-Domstolen over til at besvare spørgsmålet om, hvilke elementer der udgør misbrug.

Endnu engang er EU-Domstolens præmisser i henholdsvis udbyttesagerne og rentesagerne stort set identiske, hvorfor misbrugsvurderingen må være ens for henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet.

Med henblik på at bevise at der foreligger misbrug, henviser Domstolen i begge sager til sin egen praksis, der kræver godtgørelse af dels et objektivt element og dels et subjektivt element.

*Det objektive element* omhandler, hvorvidt det ud fra de faktiske objektive omstændigheder fremgår, at til trods for at de objektive betingelser i den pågældende bestemmelse formelt set er opfyldt, er transaktionen eller dispositionen uforenelig med det *formål* som den pågældende EU-lovgivning forfølger.<sup>46</sup>

*Det subjektive element* består i, at det skal have været den erhvervsdrivendes hensigt at opnå den givne fordel, ved kunstigt at skabe de nødvendige betingelser for at opnå fordelene.<sup>47</sup> Når der tales om den erhvervsdrivendes

---

<sup>43</sup> U83, R111.

<sup>44</sup> U91, R119.

<sup>45</sup> U80-81, R108-109.

<sup>46</sup> U97, R124.

<sup>47</sup> U97, R124.

*hensigt*, henviser dette til, at det skal have været hovedformålet med transaktionen at opnå en *uberrettiget* fordel.<sup>48</sup> Opnåelsen af fordelen er uberettiget fordi, at skønt de objektive betingelser for at opnå fordelen er opfyldt, er dette sket på baggrund af »... *rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse*...«<sup>49</sup> Vurderingen af det subjektive element skal ske ud fra en samlet række af objektive omstændigheder<sup>50</sup> og den skattepligtige skal have mulighed for at føre modbevis i form af f.eks. økonomiske og forretningsmæssige begrundelser.<sup>51</sup>

Hertil skal præciseres, at det afgørende er, hvorvidt de faktiske objektive omstændigheder peger i retning af en hensigt om at opnå en uretmæssig fordel. Det er altså ikke den skattepligtiges subjektive hensigt, der er afgørende, men derimod en samlet objektiv bedømmelse af de begrundelser m.v., som den skattepligtige har fremført som modbevis.

Når der henvises til »hovedformålet«, fremgår det ikke hvordan dette konkret skal afgrænses. Det må dog kunne konstateres, at formålet ikke *udelukkende* behøver at være grundet i opnåelse af en skattefordel.<sup>52</sup> Opnåelse af en skattefordel behøver end ikke være det eneste hovedformål med transaktionen, da EU-Domstolen fastslår, at det alene behøver at være ét af hovedformålene.<sup>53</sup>

Selv om at EU-Domstolen angiver, at transaktionen skal savne *enhver* økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, må der således alligevel kunne forekomme tilfælde, hvor transaktionen (til dels) indeholder en økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, men hvor der alligevel ud fra en samlet vurdering bliver tale om misbrug, da hovedformålet har været at opnå en skattefordel.<sup>54</sup>

Alt i alt må ovenstående umiddelbart kunne illustreres som en form for vægtskål, hvor man ud fra samtlige objektive omstændigheder, samt den skattepligtiges modbevis, foretager en afvejning af, hvor stor en del der er båret af skattemotiverede hensyn i forhold til den skattepligtiges økonomiske og forretningsmæssige begrundelser. Såfremt der er tale om tilstrækkelig økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, vil transaktionen eller arrangementet ikke udgøre misbrug, selv om der konkret opnås en skattefordel.

Som nævnt vil transaktioners kunstige karakter være tegn på, at der foreligger misbrug. Da det ikke tilkommer EU-Domstolen at foretage en vurdering af de faktiske omstændigheder i sagerne, giver den i stedet en række *holdepunkter*, der kan bruges i den samlede vurdering af om der foreligger misbrug på baggrund af et kunstigt arrangement. Disse holdepunkter kan Østre og Vestre Landsret efterfølgende anvende i deres bedømmelse af sagernes faktiske omstændigheder.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> U98 og R125, Jf. sag C-155/13, *SICES m.fl.*, præmis 33.

<sup>49</sup> U98, R125

<sup>50</sup> Sag C-155/13, *SICES m.fl.*, præmis 33.

<sup>51</sup> Jf. U99, R126, se hertil også bl.a. C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, præmis 82.

<sup>52</sup> U79, R107.

<sup>53</sup> U100 og R127.

<sup>54</sup> Jf. Domstolens praksis i sag C-425/06, *Part Service*, præmis 62 og C-251/16, *Cussens m.fl.*, præmis 60. Af begge sager fremgår det, at opnåelse af en afgiftsfordel kan udgøre hovedformålet med transaktionen, selvom at der også foreligger *erhvervs*mæssige hensyn. Sagerne omhandler afgiftsfordele, men da Domstolen i udbytte- og rentesagerne selv henviser til de pågældende domme i relation til skattefordele, må forholdet også gøre sig gældende på området for direkte skatter.

<sup>55</sup> U99 og R126.

Endeligt skal det også kort nævnes, at EU-Domstolen i tidligere praksis har fastslået, at der ikke må opstilles regler eller generelle formodninger for, at visse typer af situationer pr. automatik anses som misbrug.<sup>56</sup> Der skal således ske en konkret vurdering fra sag til sag.

### 3.3.1 Holdepunkter for misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet

Som det første konkluderer EU-Domstolen i præmis 100 af udbyttesagerne og præmis 127 i rentesagerne, at:

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

Ifølge EU-Domstolen vil der navnlig være tale om et sådant kunstigt arrangement, hvis man indskyder et gennemstrømningsselskab mellem det udbytte-/rentebetalende selskab og den retmæssige ejer heraf, for på den måde at undgå udbytte-/renteskat. Et gennemstrømningsselskab vil således kunne være udtryk for misbrug.

I forlængelse af den ovenfor citerede præmis fastslår EU-Domstolen, at det *således* udgør et holdepunkt for at der foreligger et kunstigt arrangement, hvis den modtagne udbytte-/rentebetaling *»... i sin helhed eller stort set i sin helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf [videreoverføres]... til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af [moder-/datterselskabsdirektivet / rente-/royaltydirektivet]...«*<sup>57</sup> EU-Domstolen kommer ikke med en nærmere uddybning af, hvad der ligger i *»stort set i sin helhed«* og *»ganske kort tid efter modtagelsen«*. Det bliver således op til de nationale myndigheder og retsinstanser at klarlægge dette gennem administrativ praksis og retspraksis.

Som et yderligere holdepunkt for at der er tale om et kunstigt arrangement, angiver EU-Domstolen, at dette er tilfældet, hvis det videreoverførende selskab *»... alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, når det opererer som gennemstrømningsselskab for at muliggøre pengestrømmen fra debitorselskabet til den enhed, som er de overførte beløbs retmæssige ejer.«*<sup>58</sup> I forlængelse heraf fastslår EU-Domstolen, at hvis selskabets *eneste aktivitet* består i at modtage udbytte-/rentebetaling for herefter at videreoverføre det modtagne beløb til dettes retmæssige ejer eller til andre gennemstrømningsselskaber, er det *godtgjort* at der er tale om et gennemstrømningsselskab.

Endnu et holdepunkt for at der foreligger et kunstigt arrangement kan være et gennemstrømningsselskabs *»... manglende beføjelser til at råde økonomisk over [det modtagne udbytte/de modtagne renter]«*, fordi selskabet ikke har *»... rettighederne til at bruge og nyde [disse midler].«* Denne manglende råderet kan eksistere via en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreoverføre det modtagne beløb, men kan også vise sig selv i fravær af en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse, hvis det kan konstateres, at selskabet *»substantielt«* ikke har retten til at *bruge og nyde* udbytte-/rentebetalingen.<sup>59</sup>

Endeligt nævner EU-Domstolen, at kontrakter der giver anledning til pengestrømme mellem de selskaber som, er involveret i den/de pågældende transaktioner, tillige udgør et holdepunkt for at antage, at der foreligger et

---

<sup>56</sup> Dette er senest kommet til udtryk i sag C-6/16, *Eqiom og Enka*, præmis 32 samt de forenede sager C-504/16 og C-613/16, *Deister Holding og Juhler Holding*, præmis 62.

<sup>57</sup> U101, R128.

<sup>58</sup> U103, R130.

<sup>59</sup> U105, R132.

kunstigt arrangement. Her vil måden hvorpå transaktionerne er finansieret, samt en vurdering af de mellem-liggende selskabers egenkapital, kunne have indflydelse.<sup>60</sup> Det må i den henseende formodes, at EU-Domstolen bl.a. skeler til tilfælde af koncerninterne lån og såkaldt tynd kapitalisering.

Alle disse holdepunkter for hvornår der kan være tale om misbrug, kan bestyrkes, hvis der er sammenfald eller tidsmæssig nærhed mellem ikrafttrædelse af »... ny vigtig skattelovgivning... [og] iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncern.«<sup>61</sup>

Transaktionernes kompleksitet kan altså være tegn på misbrug – især hvis det sker i tidsmæssig nærhed til ny skattelovgivning. Det giver således god mening, at hvis de finansielle transaktioners kompleksitet overstiger hvad der kan siges at være »nødvendigt« eller »normalt« for en sådan koncern, kan dette måske være en indikation af, at der er tale om et forsøg på skatteundgåelse. I den forbindelse har Jan Pedersen karakteriseret skattespekulation ved, at det ofte involvere komplicerede transaktioner og komplekse selskabsretlige konstruktioner, der sjældent har en erhvervsmæssig begrundelse.<sup>62</sup> Også Skatterådets senere års administrative praksis på området for den tidligere § 3 i ligningsloven,<sup>63</sup> synes at være særligt fokuseret på opnåelsen af en skattefordel gennem et komplekst arrangement.<sup>64</sup> EU-Domstolen bemærker da også i forhold til forelæggelsesafgørelsernes illustrationer af de i sagerne omhandlede koncerners struktur, at disse er særdeles komplekse.<sup>65</sup>

EU-Domstolens ovenstående holdepunkter tager sit afsæt i det EU-retlige princip om forbud mod misbrug. Spørgsmålet bliver derfor hvilken betydning dette vil få for fremtiden, når det skal vurderes om der er tale om misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet eller EU-skatte retten generelt. Dette vil blive behandlet straks nedenfor.

Samtidig synes EU-Domstolen at have fokus på brugen af gennemstrømningselskaber. Specialet vil derfor i afsnit 3.3.2. søge at udlede, hvad der ud fra EU-Domstolens holdepunkter vil karakterisere et gennemstrømningselskab.

### **3.3.1.1. EU-Domstolens holdepunkter som fremtidigt fortolkningsbidrag**

Siden den tidsperiode, som de konkrete sager i udbytte- og rentesagerne omhandler, er der i 2015 tilføjet en misbrugsklausul til direktiv 2011/96 (moder-/datterselskabsdirektivet), som i dansk ret blev implementeret via LL § 3.<sup>66</sup> Denne misbrugsklausul er i sin ordlyd (stort set) videreført i skatteundgåelsesdirektivets<sup>67</sup> artikel 6, der finder anvendelse for hele det skatteretlige område, og som i dansk ret er implementeret via en (stort set) ordret gengivelse i en opdatering af LL § 3.

Artikel 6 har følgende ordlyd:

*Stk. 1: »Ved beregning af selskabsskattetilsvaret ser en medlemsstat bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel,*

---

<sup>60</sup> U105, R132.

<sup>61</sup> U106, R133.

<sup>62</sup> RR.2017.06.22, Jan Pedersen, afsnit 3. Jan Pedersens begreb »skattespekulation« synes i det væsentligste at være synonymt med begrebet skatteundgåelse (tax avoidance), jf. afsnit 4.2 nedenfor.

<sup>63</sup> Implementeringen af moder-/datterselskabsdirektivets (direktiv 2011/96) misbrugsklausul ved lov nr. 540 af 29. april 2015.

<sup>64</sup> Jf. SU 2018, 172, Jakob Bundgaard m.fl., afsnit 3. Udledt af forfatterne på baggrund af 11 skatterådsafgørelser.

<sup>65</sup> U36, R29.

<sup>66</sup> Ved lov nr. 540 af 29. april 2015.

<sup>67</sup> Rådets direktiv 2016/1164.



som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

*Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.*«

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

Af bestemmelsen kan der udledes tre betingelser. *For det første* skal der være tale om et arrangement eller serier af arrangementer, der har som hovedformål (eller et af dem) at opnå en skattefordel. *For det andet* skal denne skattefordel virke mod formålet og hensigten med skatteretten. *For det tredje* må arrangementet eller serierne af arrangementer ikke være reelle, hvilket vil sige at de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.<sup>68</sup>

Bortset fra variationer i den anvendte terminologi, synes EU-Domstolens udtalelse i præmis 100 i udbyttesa-  
gerne og præmis 127 i rentesagerne (citeret ovenfor i afsnit 3.3.1) til forveksling at ligne artikel 6. Således kan der af præmisserne ligeledes udledes tre betingelser, hvorefter der er tale om et »kunstigt arrangement« og dermed misbrug.

*For det første* skal der være tale om en koncern, hvis hovedformål (eller et af dem) er at opnå en skattefordel. *For det andet* skal opnåelsen af skattefordelen være uforenelig med formålet og hensigten bag den pågældende lovgivning. *For det tredje* skal koncernen ikke være tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet samt have en rent formel struktur, hvilket vil sige en manglende økonomisk og forretningsmæssig begrundelse.<sup>69</sup>

På baggrund af EU-Domstolens præmisser har Antonio Barba de Alba og Diego Arribas i deres artikel, *The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*, fremført det synspunkt, at Domstolen med dommene har udvidet den EU-retlige definition af skatteundgåelse (i forhold til det tidligere anvendte begreb omkring »rent kunstige arrangementer«). De nævner desuden, at der kan argumenteres for at EU-Domstolen dermed har assimileret de to misbrugsbegreber i henholdsvis skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 og det almindelige EU-retlige princip om forbud mod misbrug. Forfatterne mener at EU-Domstolen således er fortalere for kompatibiliteten mellem de to begreber.<sup>70</sup>

Det er derfor specialeskrivers opfattelse, at skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 er en afspejling af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod misbrug.<sup>71</sup> Dette, sammenholdt med den

---

<sup>68</sup> Første betingelse kan betegnes som det subjektive element, anden betingelse kan betegnes som det objektive element, og den tredje betingelse kan betegnes som »realitetstesten«. Se hertil SR.2017.315, Anders Nørgaard Laursen, afsnit 4.1 (omhandler den daværende misbrugsklausul i LL § 3, der implementerede moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsklausul. Men da ordlyden er videreført i den nye version af § 3, der implementerer den generelle misbrugsklausul i skatteundgåelsesdirektivet, er disse observationer stadig relevante).

<sup>69</sup> Igen dækker første betingelse over det subjektive element og anden betingelse dækker det objektive element jf. afsnit 3.3.

<sup>70</sup> *The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*: »Accordingly, it could be argued that the court has **broadened** the EU definition of tax avoidance with these judgments. Further, one may suggest that these judgments are **endorsing the compatibility** of the GAAR (secondary law) with the general principle of EU law that prohibits abusive practices (primary law) by leveling the concept of abuse for EU purposes.« (egen fremhævelse).

<sup>71</sup> Dette fremgår også af EU-Kommissionens forslag til skatteundgåelsesdirektivet, COM(2016) 26 final, afsnit 5, *Nærmere redegørelse for de enkelte bestemmelser i forslaget*, vedrørende *En generel anti-misbrugsregel*.

korte komparative analyse ovenfor, peger således i retning af en formodning for, at EU-Domstolens holdepunkter for hvornår der kan antages at foreligge et kunstigt arrangement og således misbrug, der af afsagt i relation det almindelige EU-retlige princip om forbud mod misbrug, også vil være relevante i fremtiden, når der skal ske fortolkning efter den generelle misbrugs klausul i skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 (eller LL § 3 efter dansk ret).

Endelig vækker EU-Domstolens meget vidtrækkende definition af anvendelsesområdet for det EU-retlige princip om forbud mod misbrug det spørgsmål, om begrebet til en vis grad overflødig gør generelle misbrugsbestemmelser som f.eks. artikel 6 i skatteundgåelsesdirektivet. Princippet vil jo finde anvendelse uanset eksistensen af misbrugsbestemmelser som artikel 6 og uanset disse bestemmelser implementering i national ret eller ej.<sup>72</sup>

### 3.3.2 Hvornår er der tale om et gennemstrømningsselskab?

Domstolens holdepunkter for, hvornår der kan antages at være tale om et kunstigt arrangement og dermed misbrug, synes at indeholde en del elementer, der traditionelt har været anvendt i en analyse af »retmæssigt ejerskab«. <sup>73</sup> Domstolens koncept omkring misbrug synes således i dennes præmisser at være *sammenflettet*<sup>74</sup> med konceptet omkring »retmæssigt ejerskab«, der igen er sammenflettet med konceptet omkring »gennemstrømningsselskab«.

EU-Domstolen nævner specifikt, at brugen af et gennemstrømningsselskab – som ikke har nogen økonomisk begrundelse<sup>75</sup> – mellem den udbytte- eller rentebetaltende enhed og den retmæssige ejer, vil udgøre et kunstigt arrangement og dermed misbrug. Derfor vil specialet nedenfor søge at udlede Domstolens afgrænsning af begrebet »gennemstrømningsselskab«. Dette er sætligt relevant i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet, der ikke indeholder et eksplicit krav om retmæssigt ejerskab.

Af Domstolens holdepunkter for at antage at der foreligger misbrug, kan der udledes, at det er kendetegnende for et gennemstrømningsselskab, at:

- 1) udbytte-/rentebetalingen i sin helhed eller stort set i sin helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf, videreoverføres <sup>76</sup>
- 2) selskabets *eneste* aktivitet er at videreoverføre den modtagne udbytte-/rentebetaling til den retmæssige ejer heraf, hvilket kan udledes, hvis selskabet mangler *faktisk økonomisk aktivitet* <sup>77</sup>
- 3) selskabet, som muliggør pengestrømmen fra det udbetalende selskab til den retmæssige ejer, *alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst* som følge heraf <sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> Se hertil SR.2019.174, Niels Winther-Sørensen, afsnit 2.

<sup>73</sup> *The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends: »The indicators of abuse in the judgement may be seen as indications that overlap the criteria for analyzing beneficial ownership.«*

<sup>74</sup> Jonathan Schwarz bruger ordet »intertwined« i, *Beneficial Ownership: CJEU Landmark ruling.*

<sup>75</sup> Jf. U114, R139.

<sup>76</sup> U101, R128.

<sup>77</sup> U104, R131.

<sup>78</sup> U103, R130.

- 4) selskabet har en manglende beføjelse til at råde økonomisk over den modtagne udbytte-/rentebetaling, hvilket kan vise sig via en kontraktuel, juridisk eller *substantiel* forpligtelse til at videreoverføre det modtagne beløb<sup>79</sup>

Der kan ikke umiddelbart udledes noget om, hvorvidt der er tale om kumulative omstændigheder, der alle skal være til stede, før at der kan være tale om en sådan *gennemstrømningsenhed*, som EU-Domstolen mener *navnlig* er udtryk for et kunstigt arrangement.<sup>80</sup> Men da kendetegnene som nævnt er udledt af en række holdepunkter for misbrug er det nærliggende at konkludere, at dette ikke nødvendigvis er tilfældet.

Alligevel må det kunne konkluderes, at ifølge EU-Domstolen er et gennemstrømningsselskab særligt kendetegnet ved *ikke* at være den retmæssige ejer, da selskabet fungerer som mellemlid mellem den betalende enhed og den retmæssige ejer. Således må dette også betyde, at for at der kan være tale om et gennemstrømningsselskab, skal der faktisk have fundet gennemstrømning sted. Dette giver god mening, da det generelt må siges, at det næppe giver meget mening at tale om et gennemstrømningsselskab, hvis der ikke har fundet gennemstrømning sted.<sup>81</sup>

Som det er angivet af EU-Domstolen vil det utvivlsomt være godtgjort, at der er tale om et gennemstrømningsselskab, hvis det mellemliggende selskabs eneste aktivitet er at modtage og videreoverføre udbytte- eller rentebetalinger. I den forbindelse vil selskabet mangle faktisk økonomisk aktivitet.

Spørgsmålet bliver nu, om dette helt underminere brugen af holdingselskaber, der netop er kendetegnet ved at have en (meget) begrænset aktivitet, og hvor det må formodes, at der ofte vil ske udbytteudlodninger eller rentebetalinger til holdingselskabets ejere, der eventuelt kan ende med at blive klassificeret som videreoverførsler – der som nævnt kan indikere misbrug i visse tilfælde.

### **3.3.2.1 Manglende faktisk økonomisk aktivitet – dødsstød for holdingselskaber?**

Som nævnt fastslår Domstolen, at hvis selskabets *eneste aktivitet* er at modtage og videreoverføre udbytte-/rentebetalinger, er det godtgjort at der er tale om et gennemstrømningsselskab, hvilket kan indikere at der er tale om misbrug.

Dette vil komme til udtryk i selskabets manglende faktiske økonomiske aktivitet, hvilket skal udledes via en undersøgelse af »... *samtlige relevante elementer vedrørende bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det råder over.*« Undersøgelsen skal ifølge Domstolen ske »... *i lyset af de særlige kendetegn ved den pågældende økonomiske aktivitet...*«<sup>82</sup>

Domstolen uddyber ikke nærmere hvad den præcist mener med »*i lyset af de særlige kendetegn ved den pågældende økonomiske aktivitet*«, men man kan forestille sig at det betyder, at der ved aktivitetsbedømmelsen skal tages hensyn til f.eks. holdingselskaber, der i sin egenskab netop er kendetegnet ved at have (meget) begrænset økonomisk aktivitet, når dets formål ofte alene består i at forvalte aktier.

---

<sup>79</sup> U105, R132.

<sup>80</sup> Jf. U100, R127.

<sup>81</sup> Se hertil SU 2010, 144, Jakob Bundgård, afsnit 6.

<sup>82</sup> U104, R131.

Af EU-Domstolens praksis i de forenede sager C-504/16, *Deister Holding AG* og C-613/16, *Juhler Holding A/S* (Deister-Juhler), fremgår det således, at blot fordi et moderselskabs eneste aktivitet og indkomst relaterer sig til forvaltning af dets aktier i datterselskaber, medfører dette ikke i sig selv at der er tale om et kunstigt arrangement uden økonomisk realitet.<sup>83</sup> EU-Domstolen nævner ikke selv denne praksis i udbytte- og rentesagerne, men afviser den således heller ikke, hvorfor det må formodes, at denne praksis stadig er udtryk for gældende ret.

Generaladvokaten havde i sine forslag til afgørelse i udbytte- og rentesagerne henvist til EU-Domstolens praksis i Deister-Juhler og udledt, at der således kun bør stilles ringe krav til et holdingselskabs aktivitet. Således mener Generaladvokaten, at

»... hvis der faktisk foreligger en gyldig stiftelse og selskabet reelt kan kontaktes på dets hjemsted og råder over de nødvendige fysiske og personalemæssige ressourcer på stedet med henblik på at opfylde sit formål, kan der ikke være tale om et fiktivt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet.«<sup>84</sup>

Generaladvokatens ræsonnement giver umiddelbart god mening, da det ikke kan tænkes at være EU-Domstolens hensigt med udbytte-/rentesagerne, at gøre enhver brug af rene holdingselskaber ubrugelige i skatteretlig henseende. I lyset af EU-Domstolens præmisser i bl.a. Deister-Juhler-sagen, har *Blazej Kuzniacki* endog anset EU-Domstolen for at være en »beskytter« af skatteoptimering via holdingselskaber.<sup>85</sup> Det virker således fornuftigt, at barren for omfanget af den økonomiske aktivitet sættes lavere, når der er tale om holdingselskaber. Umiddelbart virker Generaladvokatens ræsonnement til at bygge på betragtninger, der i forvejen kendes fra EU-Domstolens praksis på området for *reel* kontra *fiktiv* etablering på en medlemsstats område.

Her har EU-Domstolen tidligere fastslået, at for ikke at stride mod etableringsfriheden, skal national værnsløvgivning skal udformes således, at den alene sigter mod at ramme rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet.<sup>86</sup>

Hvis der således er tale om en *reel etablering* i en medlemsstat, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed i den pågældende medlemsstat, er der ikke tale om et kunstigt arrangement. Den erhvervsmæssige virksomhed skal ske »... ved hjælp af en fast indretning i [den pågældende medlemsstat] i et ikke nærmere angivet tidsrum.«<sup>87</sup> Vurderingen af, om der foreligger en reel etablering skal »... konstateres på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, angående bl.a. graden af [selskabets] fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr.«<sup>88</sup> Hvis der er tale om et rent »postkasse«- eller »skærm«-selskab, vil der være tale om et rent kunstigt arrangement.<sup>89</sup>

Igen skal det fremhæves, at ovenstående *ikke* er noget som Domstolen selv direkte henviser til i udbytte- og rentesagerne. Alligevel må det formodes, at EU-Domstolen med sin henvisning til en manglende faktisk øko-

---

<sup>83</sup> Deister-Juhler, præmis 73.

<sup>84</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse i bl.a. C-116/16, præmis 55 og C-115/16, præmis 67.

<sup>85</sup> *The ECJ as a Protector of Tax Optimization via Holding Companies*.

<sup>86</sup> Med sag C-264/96, *ICI*, præmis 26 indførte Domstolen begrebet *rent kunstige arrangementer*, som Domstolen uddybede i sag C-196/04, *Cadbury Schweppes* (Cadbury), præmis 55, jf. *Europæisk skatteret I*, s. 140 ff.

<sup>87</sup> Cadbury p. 54.

<sup>88</sup> *Ibid.* p. 67.

<sup>89</sup> *Ibid.* p. 68.

nomisk aktivitet, alene har til hensigt at udelukke opnåelsen af direktivernes skattemæssige fordele i de tilfælde, hvor det mellemliggende selskabs aktivitet er så lille, at det i realiteten kun eksisterer på papiret.<sup>90</sup> Dette skal også ses i sammenhæng med det krav efter såvel moder-/datterselskabsdirektivet som rente-/royaltydirektivet om, at der er tale om et »selskab i en medlemsstat«, hvilket jo fordrer en reel etablering og ikke blot en kunstig/formel etablering.<sup>91</sup>

Det må derfor kunne konkluderes, at det forhold at et selskabs formål alene består i forvaltning af aktiver, *ikke* i sig selv kan begrunde at der er tale om et kunstigt arrangement uden økonomisk realitet, jf. Domstolens nævnte praksis på området. Der skal således »noget mere« til, for at arrangementet ikke kan anses for reelt.

Den svære opgave ligger herefter hos de nationale skattemyndigheder og domstole, der ender med at skulle foretage grænsedragningen mellem en begrænset økonomisk aktivitet, der kan anses som tilstrækkelig og dermed en reel etablering/reelt arrangement og en begrænset økonomisk aktivitet, der anses som utilstrækkelig, og derfor ikke reel.

Endeligt skal det dog igen bemærkes, at et selskabs manglende faktiske økonomiske aktivitet alene indgår som element i en samlet bedømmelse ud fra samtlige relevante forhold.<sup>92</sup>

#### **3.4. »retmæssig ejer« kontra »gennemstrømningselskab«**

Som nævnt i afsnit 3.3.2 synes der ud fra EU-Domstolens karakteristik af et gennemstrømningselskab særligt at kunne udledes, at dette netop kendetegnes ved *ikke* at være den retmæssige ejer. Hvis den direkte modtager af en udbytte- eller renteindkomst, således vurderes til at være et gennemstrømningselskab, kan selskabet pr. definition ikke være den retmæssige ejer. Et af elementerne i vurderingen bygger på, at gennemstrømningselskabet har en kontraktuel, juridisk eller substantiel forpligtelse til at videreoverføre til tredjemand, hvorfor selskabet *ikke* har beføjelse til at råde økonomisk over det modtagne beløb.

I forhold til fortolkningen af begrebet »retmæssig ejer« efter rente-/royaltydirektivet, fastslår EU-Domstolen i rentesagerne præmis 88-89, at dette henviser til den enhed, der reelt modtager renterne. Dette er ifølge EU-Domstolen en henvisning til den økonomiske realitet, hvorefter man kun kan anses som retmæssig ejer renterne, hvis man modtager disse til eget brug og ikke som formidler for en anden person. Det handler således ikke om at identificere den formelle ejer af renterne, men den enhed som »... økonomisk set modtager de oppebårne renter og derfor har mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf.«<sup>93</sup>

Altså vil den retmæssige ejer være kendetegnet ved at være den enhed, der i sidste ende har den økonomiske råderet over det modtagne beløb. Modsat kendetegnes et gennemstrømningselskab netop ved bl.a. det forhold, at selskabet *ikke* har den økonomiske råderet over det modtagne beløb.

Hertil kommer, at EU-Domstolen på baggrund af de præjudicielle spørgsmål svarer bekræftende på, at ved fortolkning af begrebet »retmæssig ejer« efter rente-/royaltydirektivet, vil artikel 11 i OECD's MDBO af 1996 med senere ændringer af denne samt kommentarerne hertil, være relevante for fortolkningen af direktivet. EU-

---

<sup>90</sup> Denne opfattelse deles også af Generaladvokaten. Se hertil bl.a. forslag til afgørelse i sag C-116/16, præmis 52 og 71, samt forslag til afgørelse i sag C-115/16, præmis 64 og 84.

<sup>91</sup> Se hertil SR.2017.315, Anders Nørgaard Laursen, afsnit 4.3.

<sup>92</sup> U117, R142.

<sup>93</sup> R89.

Domstolen begrundet dette med, at direktivet er *inspireret* af artikel 11 og forfølger samme formål som denne, nemlig at undgå international dobbeltbeskatning.<sup>94</sup>

Definitionen af begrebet »retmæssig ejer« i kommentarerne til OECD's MDBO skal således også inddrages og ud fra tilføjelserne ved revisionen af kommentarerne i 2003<sup>95</sup> udleder EU-Domstolen:

*»... at begrebet »retmæssig ejer« hverken omfatter gennemstrømmingsselskaber eller er anvendt i en snæver teknisk forstand, men er anvendt med henblik på at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteundgåelse og skatteunddragelse.«<sup>96</sup> (egen fremhævelse)*

Af OECD's kommentarer fremgår det yderligere, at skønt et gennemstrømmingsselskab vil være den formelle ejer af den pågældende udbytte-/renteindkomst, er selskabet normalt ikke den retmæssige ejer, hvis selskabet har *»... meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en nullitet eller administrator...«<sup>97</sup>*

I forhold til rente-/royaltydirektivet lægger EU-Domstolen altså vægt på, at begrebet »retmæssige ejer« søger at identificere den reelle modtager af den pågældende renteindkomst og *ikke* den formelle modtager. Samtidig fremgår det, at begrebet anvendes med henblik på bl.a. at forhindre skatteundgåelse.

Der synes således at forekomme et vist overlap i begreberne »retmæssig ejer« og »gennemstrømmingsselskab«.

Konstateringen af at der er tale om et gennemstrømmingsselskab må dog være forudsat, at der faktisk er sket gennemstrømning<sup>98</sup> og samtidig vil konstateringen være en del af den samlede bedømmelse af, om der foreligger misbrug. Konstateringen er derfor underlagt opfyldelse af det objektive og det subjektive element, jf. afsnit 3.3. Omvendt er det i forhold til rente-/royaltydirektivet en forudsætning at den retmæssige ejer er et selskab i en medlemsstat, som opfylder de objektive betingelser i direktivet. Altså vil en konstatering af, at den retmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende i en tredjestat medføre, at direktivets fordele ikke kan finde anvendelse. Det er i et sådant tilfælde unødvendigt at konstatere misbrug af direktivet, jf. ordlyden af rentesagerens præmis 138.<sup>99</sup>

Da moder-/datterselskabsdirektivet ikke eksplicit indeholder et tilsvarende krav om, at den retmæssige ejer skal være et selskab i en medlemsstat, vil en nægtelse af direktivets fordele være underlagt en konstatering af, at der foreligger misbrug – f.eks. ved brug af et gennemstrømmingsselskab.

---

<sup>94</sup> R90. EU-Domstolen henviser til EU-Kommissionens forslag (KOM(1998) 67 endelig udg.), der blev forelagt den 6. marts 1998 og hvoraf det i afsnit II – bemærkninger til artikel 2, stk. 1, litra a) fremgår, at definitionen af »renter« er baseret på definitionen af OECD's MDBO af 1996.

<sup>95</sup> Der er tale om punkt 8 og 8.1 til artikel 11, der i sin ordlyd fortsat er gældende i 2017-versionen (henholdsvis punkt 9.1 og 10.1). Hertil skal tilføjes, at præcis samme ordlyd fremgår af kommentarerne til artikel 10 vedrørende udbytte (i 2017-versionen henholdsvis punkt 12.1 og 12.3).

<sup>96</sup> R92, jf. R6.

<sup>97</sup> Jf. U6, R6.

<sup>98</sup> Jf. afsnit 3.3.2.

<sup>99</sup> R138, jf. R86 sammenholdt med R89.

Spørgsmålet bliver nu, om EU-Domstolen i sine præmisser i udbyttesagerne, indfortolker et tilsvarende krav om retmæssigt ejerskab i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet, så retsstillingen mellem de to direktiver bliver ens.

#### 3.4.1. Tilsvarende krav om retmæssigt ejerskab efter moder-/datterselskabsdirektivet?

Med præmis 111 i udbyttesagerne synes EU-Domstolen umiddelbart at indfortolke et krav om, at moder-/datterselskabsdirektivets fordele er forudsat af, at den retmæssige ejer er et selskab i en medlemsstat, da:

*»Såfremt den retmæssige ejer af en udbytteudlodning har sit skattemæssige hjemsted i en tredjestat, er nægtelsen af den fritagelse, der er fastsat i artikel 5 i [moder-/datterselskabsdirektivet], i øvrigt på ingen måde underlagt en konstatering af, at der foreligger svig eller retsmisbrug.«* (egen fremhævelse)

Dette er identisk med den retsstilling som EU-Domstolen fremstiller i rentesagernes præmis 89 og 138, hvoraf det fremgår, at alene en enhed, der er skattemæssigt hjemmehørende i EU, kan være den retmæssige ejer efter rente-/royaltydirektivet. Det bemærkes at 1. pkt. af præmis 138, er identisk med udbyttesagernes præmis 111.

Denne retsstilling betyder, at hvis det kan konstateres at den retmæssige ejer af en udbytteudlodning er skattemæssigt hjemmehørende i en tredjestat, finder moder-/datterselskabsdirektivets fordele ikke anvendelse, uanset om der er konstateret misbrug eller ej. Ud fra en modsætningsslutning må en sådan retsstilling også betyde, at så længe udbyttets retmæssige ejer er et selskab i en medlemsstat, som opfylder samtlige objektive betingelser i moder-/datterselskabsdirektivet, finder direktivets fordele anvendelse.

En sådan modsætningsslutning vil også være overensstemmende med retsstillingen i forhold til rente-/royaltydirektivet, hvor det af rentesagernes præmis 94 fremgår, at blot fordi det selskab der modtager renterne, ikke er den retmæssige ejer heraf, betyder det ikke at direktivets skattefritagelse ikke kan finde anvendelse:

*»Det er således tænkeligt, at sådanne renter i henhold hertil er fritaget i kildestaten, såfremt det selskab, som modtager renterne, overfører beløbet til en retmæssig ejer, der er hjemmehørende i EU og derudover opfylder samtlige de betingelser, der i [rente-/royaltydirektivet] er fastsat for at kunne være omfattet af en sådan fritagelse.«*

Retsstillingen efter såvel moder-/datterselskabsdirektivet som rente-/royaltydirektivet synes således umiddelbart at være identisk og indebærer, at der *ikke* eksisterer et krav om at den direkte eller umiddelbare modtager af en udbytte- eller renteindkomst også er den retmæssige ejer heraf – men at det alene er et krav, at den retmæssige ejer er hjemmehørende i EU og ellers opfylder direktivernes objektive betingelser.

EU-Domstolen begrundet sin konstatering i udbyttesagernes præmis 111 med, at moder-/datterselskabsdirektivets formål alene er at fjerne forskelsbehandling af selskaber inden for EU og undgå dobbeltbeskatning, når et datterselskab i en medlemsstat udlodder udbytte til sit moderselskab i en anden medlemsstat. Det er altså ikke foreneligt med formålet, når den retmæssige ejer af udbyttet er skattemæssigt hjemmehørende i en tredjestat.<sup>100</sup>

I forhold til rentesagerne er begrundelsen mere eller mindre givet i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, der *udelukkende* har til formål at skattefritage, hvis den retmæssige ejer af renterne er et selskab hjemmehørende i en anden medlemsstat.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> U112-113.

<sup>101</sup> R138.

Hvis den ovenfor nævnte retsstilling faktisk er udtryk for gældende ret efter moder-/datterselskabsdirektivet, og direktivets fordele skal nægtes hvis den retmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende i en tredjestat, bliver spørgsmålet, om fortolkningen af hvem der er »retmæssig ejer« efter moder-/datterselskabsdirektivet, følger den tolkning, som EU-Domstolen har foretaget i forhold til rente-/royaltydirektivet – og yderligere, om kommentarerne til artikel 10 i OECD's MDBO, ligeledes kan finde anvendelse.

EU-Domstolen blev faktisk direkte spurgt ind til dette i udbyttesagernes præjudicielle spørgsmål. Men på grund af den måde spørgsmålene var stillet, fandt EU-Domstolen det desværre *ufornødent* at besvare disse spørgsmål.<sup>102</sup>

Alligevel forekommer det på baggrund af konstateringerne i afsnit 3.4. nærliggende at konkluderer, at en definition af begrebet »retmæssig ejer« efter moder-/datterselskabsdirektivet i det væsentligste må formodes at ville følge definitionen efter rente-/royaltydirektivet. Hvorvidt kommentarerne til artikel 10 i OECD's MDBO ligeledes kan finde anvendelse, forekommer derimod indre oplagt i lyset af EU-Domstolens begrundelse for at inddrage kommentarerne til MDBO'en ved fortolkning af rente-/royaltydirektivet, da det ikke af forarbejderne<sup>103</sup> til moder-/datterselskabsdirektivet fremgår, at direktivet er *inspireret* af MDBO'en.

#### **3.4.1.1. Alternativ tolkning af udbyttesagernes præmis 111?**

Hvorvidt udbyttesagernes præmis 111 er udtryk for gældende ret efter moder-/datterselskabsdirektivet, eller om EU-Domstolen har skabt forvirring for sig selv (og alle os andre), når den forsøger at behandle udbyttesagerne og rentesagerne under samme fane og med en stor portion »copy/paste« har allerede skabt røre i skattejuridiske kredse.

*Antonio Barba de Alba* og *Diego Arribas* bemærker i deres artikel *The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*, at et selvstændigt krav om retmæssigt ejerskab ikke er i overensstemmelse med EU-Domstolens tidligere praksis på området, hvorefter fordelene i moder-/datterselskabsdirektivet – såfremt de objektive betingelser er opfyldt – kun kan nægtes i tilfælde af *avoidance or abuse* (undgåelse eller misbrug).

Forfatterne stiller derfor spørgsmålstegn ved, hvorvidt EU-Domstolens dom i udbyttesagerne skal tolkes således, at der rent faktisk eksisterer et selvstændigt krav om retmæssigt ejerskab i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet, hvorefter det er unødvendigt at konstatere misbrug. De fremlægger således en alternativ fortolkning, der bygger på EU-Domstolens præmis 117 i udbyttesagerne, som omhandler bevisbyrden for at der foreligger misbrug.

Af præmis 117 fremgår det, at:

*»Såfremt en skattemyndighed i kildestaten har til hensigt at nægte et selskab, som har udbetalt udbytte til et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, den fritagelse, der er fastsat i artikel 5 i [moder-/datterselskabsdirektivet], med den begrundelse, at der foreligger retsmisbrug, påhviler det derimod denne myndighed at godtgøre, at de elementer, som udgør et sådant misbrug, foreligger ved at tage hensyn til samtlige relevante forhold, bl.a. den omstændighed, at det selskab, til hvilket udbyttet er blevet udloddet, ikke er udbyttets retmæssige ejer.«* (egen fremhævelse)

<sup>102</sup> Der er tale om spørgsmål to, tre samt fire litra a)-c) i udbyttesagerne, som ikke besvares, jf. U93-94.

<sup>103</sup> Jf. KOM(2010) 784 endelig (forslag til direktiv 2011/96, der er det nuværende moder-/datterselskabsdirektiv).



Som præmissen er formuleret, indgår det forhold at den direkte modtager eventuelt ikke er den retmæssige ejer, som led i den samlede bedømmelse af om der foreligger misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. Ifølge forfatterne åbner dette op for, at retmæssigt ejerskab således *ikke* er et selvstændigt krav i forhold til direktivet, men at direktivets fordele alene kan nægtes, hvis der konstateres misbrug.

Hertil skal det bemærkes, at ganske som det var tilfældet for udbyttesagerne præmis 111, der er identisk med rentesagerne præmis 138, 1. pkt., er udbyttesagerne præmis 117 identisk med rentesagerne præmis 142. I rentesagerne præmis 142 giver EU-Domstolen således *også* udtryk for, at hvorvidt modtageren er retmæssig ejer eller ej, er et element i vurderingen af om der foreligger misbrug af rente-/royaltydirektivet.

Det forekommer derfor ikke oplagt at konstatere, at udbyttesagerne præmis 117 i sig selv kan udgøre belæg for en argumentation om, at retsstillingen efter udbyttesagerne præmis 111 ikke skulle være udtryk for EU-Domstolens tolkning af gældende ret efter moder-/datterselskabsdirektivet og dermed ikke bør tages til efterretning.

Baggrunden for forvirringen skal ifølge specialeskriver måske findes i, at EU-Domstolen i præmis 111 i udbyttesagerne og den tilsvarende præmis 138 i rentesagerne lægger op til, at det ud fra de faktiske omstændigheder kan godtgøres, *hvem* der er den retmæssige ejer af en given udbytte- eller rentebetaling, og at denne er hjemmehørende i en tredjestat. Udbyttesagerne præmis 117 og den tilsvarende præmis 142 i rentesagerne omhandler derimod spørgsmålet om bevisbyrden for at der foreligger misbrug. I den henseende var EU-Domstolen i såvel udbyttesagerne som rentesagerne direkte i de præjudicielle spørgsmål spurgt ind til, om en nægtelse af fordelene efter henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet på det grundlag, at modtageren i en medlemsstat ikke også var den retmæssige ejer, medfører en forpligtelse til at angive hvem der så anses som værende den retmæssige ejer.<sup>104</sup>

Hertil konkluderer EU-Domstolen, at en medlemsstats skattemyndigheder *ikke* er forpligtet til at fastlægge *hvem* der konkret er udbytte- eller rentebetalingens retmæssige ejer. Såfremt medlemsstaten har tænkt sig at nægte direktivernes fordele med den begrundelse at der foreligger misbrug, fordi den direkte modtager efter deres overbevisning ikke er den retmæssige ejer, skal medlemsstaten alene godtgøre, »... *at den hævdede retmæssige ejer blot er et gennemstrømningsselskab, hvorigennem et retsmisbrug har fundet sted.*«<sup>105</sup>

Domstolen begrundet dette med, at de potentielle retmæssige ejere kan vise sig at være ukendte, f.eks. på grund af at de nødvendige oplysninger mangler, eller på grund af kompleksiteten af de finansielle konstruktioner. Domstolen mener derfor ikke at man kan kræve af skattemyndighederne, at de skal fremlægge bevis for *hvem* der anses for at være retmæssig ejer, da det kan vise sig en umulig bevisbyrde at løfte.<sup>106</sup> Denne konklusion giver umiddelbart god mening, da de selskaber som er involveret i de pågældende transaktioner, alt andet lige må være nærmest til at frembringe de oplysninger, der er nødvendige for at sagen kan blive fuldt belyst.

Ud fra EU-Domstolens præmisser kan der ifølge specialeskriver således umiddelbart udledes to forskellige situationer:

---

<sup>104</sup> Spørgsmål fem i sag C-115/16, spørgsmål seks i sag C-118/16 og spørgsmål fire i sag C-119/16 og C-299/16, samt spørgsmål otte i sag C-116/16 og C-117/16.

<sup>105</sup> U118, R143.

<sup>106</sup> U118, R143.

*I den første situation*, der følger af præmis 111 i udbyttesagerne og præmis 138 i rentesagerne, må det formodes, at medlemsstaten ud fra de faktiske omstændigheder er i stand til at godtgøre, at udbytte- eller rentebetalingens retmæssige ejer er hjemmehørende i en tredjestat og derfor skal direktivernes fordele nægtes anvendelse. *Hvem* der faktisk er den retmæssige ejer, er således ikke en ubekendt faktor.

*I den anden situation*, der følger af præmis 117 i udbyttesagerne og præmis 142 i rentesagerne, og som skal ses i sammenhæng med den efterfølgende præmis 118 i udbyttesagerne og 143 i rentesagerne, er medlemsstaten måske derimod ikke i stand til ud fra de faktiske omstændigheder at godtgøre *hvem* der konkret er den retmæssige ejer af den pågældende udbytte- eller rentebetaling, men alene i stand til at godtgøre, at den direkte modtager *ikke* er den retmæssige ejer.

Anskues EU-Domstolens præmisser på ovenstående måde fremgår det, at de nationale skattemyndigheder kan anvende det forhold, at den direkte modtager *ikke* er den retmæssige ejer i en samlet vurdering af, hvorvidt der foreligger misbrug af direktiverne. Omvendt er det unødvendigt at foretage en konkret vurdering af om der foreligger misbrug eller ej, hvis skattemyndighederne kan godtgøre at udbytte- eller rentebetalingens retmæssige ejer er hjemmehørende i en tredjestat.

Da der således er tale om to distinkte situationer, hvorfor det er specialeskrivers opfattelse, at Domstolens præmis 117 i udbyttesagerne – set i lyset af den sammenhæng den indgår i sammen med præmis 118 – ikke umiddelbart antages at kunne udgøre et belæg i en argumentation om, at Domstolens udtalelse i præmis 111, ikke skulle være udtryk for gældende ret.

Konsekvensen af den retsstilling, som EU-Domstolen umiddelbart opstiller i sine præmisser i udbyttesagerne og rentesagerne er, at hvis de nationale skattemyndigheder kan godtgøre, at den retmæssige ejer af en udbytteudlodning eller en rentebetaling er skattemæssigt hjemmehørende i en tredjestat, kan de nægte skattefritagelsen i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5 og rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, uden konkret at skulle konstatere misbrug.

Man kan så stille det spørgsmål, om dette reelt har en betydning i praksis. Således bemærker Niels Winther-Sørensen til rente-/royaltydirektivets krav om retmæssigt ejerskab, at dette måske ikke har nogen selvstændig betydning, da en konstatering af at den umiddelbare modtager ikke er den retmæssige ejer, normalt også vil udgøre en situation hvor der foreligger misbrug.<sup>107</sup> Samtidig synes EU-Domstolen at være af den opfattelse, at det *med al sandsynlighed* vil være umuligt for skattemyndighederne og domstolene i kildelandet at fastlægge hvem der er udbyttet/renternes retmæssige ejer.<sup>108</sup> Ud fra den forudsætning, vil en nægtelse af fordelene jo alligevel som oftest skulle begrundes via en argumentation om, at den hævdede retmæssige ejer blot er et gennemstrømningsselskab hvorigennem der er sket misbrug.

Alligevel må der (hvert fald i teorien) kunne forekomme tilfælde, hvor et selskab i en tredjestat efter EU-Domstolens definition er den retmæssige ejer, da selskabet økonomisk set modtager indkomsten og således råder over beføjelsen til at fastlægge anvendelsen heraf,<sup>109</sup> men hvor der konkret ikke er tale om misbrug. Dette kunne f.eks. være fordi at det mellemliggende europæiske selskab har en tilstrækkelig forretningsmæssig

---

<sup>107</sup> SR.2019.174, Niels Winther-Sørensen, afsnit 5.2.

<sup>108</sup> U119, R144.

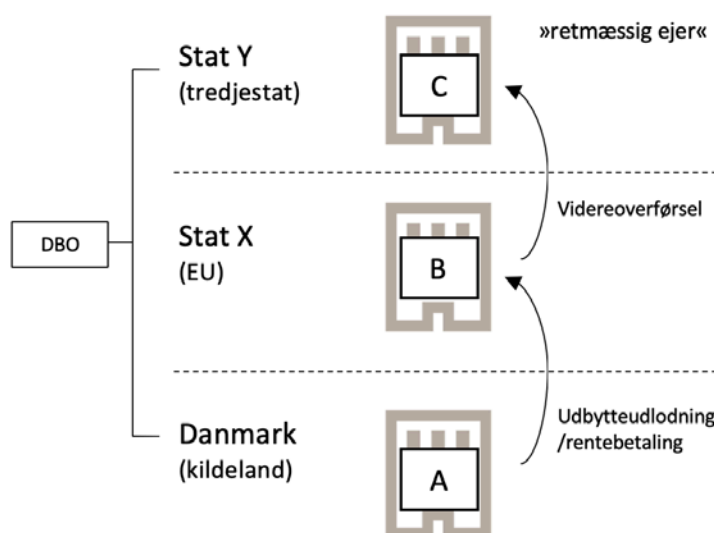
<sup>109</sup> Jf. afsnit 3.4 og R122.

begrundelse<sup>110</sup> og/eller fordi der konkret ikke opnås en skattefordel via det mellemliggende selskab. Med andre ord er det *subjektive element* i misbrugsvurderingen ikke opfyldt. Fraværet af en skattefordel kunne f.eks. være tilfældet, hvis der mellem kildestaten og tredjestaten eksisterer en DBO, der bevirker, at såfremt det mellemliggende selskab fjernes, ville den direkte overførsel medføre et tilsvarende frafald af kildebeskatningen.

### 3.4.1.2. Betydningen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem kildestaten og tredjestaten

I såvel udbyttesagerne som rentesagerne var EU-Domstolen spurgt ind til betydningen af, at den retmæssige ejer af en udbytte- eller rentebetaling, der overføres via gennemstrømningselskaber, er hjemmehørende i en tredjestat som kildestaten har en DBO med, hvorefter kildelandet ved direkte udlodning til den retmæssige ejer, alligevel skulle have frafaldet kildebeskatningen.

Problemstillingen kan illustreres således, hvor Danmark agerer kildeland:



Figur 1

I eksemplet er A et dansk datterselskab, der udlodder udbytte til sit moderselskab B i en anden medlemsstat, som efterfølgende videreudlodder udbyttet til sit eget moderselskab C, der er den retmæssige ejer af udbyttet. Der er indgået en DBO mellem Danmark (kildestaten) og Stat Y, som medfører, at Danmark skal frafalde retten til at kildebeskatte udbytteindtægten. Det forudsættes selvfølgelig, at alle enheder i eksemplet opfylder de respektive objektive betingelser i henholdsvis direktiverne samt den fiktive DBO mellem Danmark og Stat Y.

Helt konkret ønskede de forelæggende retter at få belyst om en sådan situation vil udgøre misbrug som medfører, at B er fraskåret fra at påberåbe sig fordelene i henholdsvis moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet.

<sup>110</sup> Synspunktet fremføres f.eks. i *The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*: »... a recipient of dividends can be part of a non-artificial agreement (e.g., for having substance and relevant non-tax reasons supporting its existence), despite not being the beneficial owner of the dividends...«

I en endnu engang identisk ordlyd konkluderer EU-Domstolen i både udbyttesagerne og rentesagerne, at eksistensen af en DBO mellem kildestaten og den stat hvor den retmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende, *ikke* i sig selv kan udelukke eller rejse tvivl om, at der foreligger misbrug, hvis det ud fra samtlige faktiske omstændigheder er godtgjort, at der er tale om »... *rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål uretmæssigt at drage fordel af [direktivernes skattefritagelse]...*«. <sup>111</sup>

Samtidig anerkender EU-Domstolen dog også i 1. pkt. af udbyttesagernes præmis 110 og rentesagernes præmis 137, at hvis en direkte udlodning til den retmæssige ejer i en tredjestat ville medføre, at beskatningen alligevel skulle frafalde af kildemedlemsstaten, kan det heller ikke udelukkes, at koncernkonstruktionen så *ikke* er udtryk for misbrug.

Hertil har Niels Winther-Sørensen bemærket, at hvis der uden eksistensen af et gennemstrømningselskab mellem det udbytte- eller rentebetalende selskab og den retmæssige ejer, fortsat vil være skattefrihed, kan det være svært at se, at arrangementet har til formål at opnå en skattefordel. Som nævnt i specialets afsnit 3.3, er det et krav for at kunne konstatere misbrug, at det *subjektive element* er til stede, hvilket vil sige, at det skal være hensigten at opnå en skattefordel. Niels Winther-Sørensen tolker derfor EU-Domstolens udtalelse således:

*»... at man normalt ikke vil kunne statuere retsmisbrug og derved nægte fordelene efter moder-/datterselskabsdirektivet eller rente/royaltydirektivet, hvis en direkte betaling fra det danske selskab til det pågældende selskab (som forudsættes at være den retmæssige ejer af betalingen) ville have været skattefri«*<sup>112</sup>

Det giver således god mening, at i fravær af en reel skattefordel ved den pågældende konstruktion, er det redundant at tale om misbrug og Niels Winther-Sørensens tolkning synes som en bekvemt pragmatisk løsning på den komplicerede problemstilling EU-Domstolen synes at skabe med sine præmisser.

Samtidig synes den tolkning som Niels Winther-Sørensen fremfører, der ud fra et logisk synspunkt giver god mening, dog at være svær at forene med ordlyden udbyttesagernes præmis 111 og rentesagernes præmis 138, hvorefter direktivernes fordele skal nægtes, alene fordi den retmæssige ejer er hjemmehørende i en tredjestat, uanset om der foreligger misbrug eller ej.

Hvis ordlyden udbyttesagernes præmis 111 og rentesagernes præmis 138 skal anses som udtryk for gældende ret, kan der altså umiddelbart opstå situationer, hvor såvel fordelene efter moder-/datterselskabsdirektivet som rente-/royaltydirektivet skal nægtes, da den retmæssige ejer (C i eksemplet ovenfor) er et selskab i en tredjestat, men hvor koncernstrukturen efter en konkret vurdering ikke er udtryk for misbrug af direktiverne, da det mellemliggende selskab (B i eksemplet ovenfor) efter en konkret vurdering ikke opfylder det *subjektive element* i misbrugsvurderingen – enten fordi der ikke opnås en skattefordel af EU-lovgivningen og/eller fordi B har en tilstrækkelig økonomisk og forretningsmæssig begrundelse – hvorfor der ikke er tale om misbrug af direktiverne.

---

<sup>111</sup> U108, R135.

<sup>112</sup> SR.2019.174, Niels Winther-Sørensen, afsnit 3.1.

Hvis dette virkelig er EU-Domstolens hensigt, bliver spørgsmålet om det er konstateringen af at der *ikke* er tale om misbrug der har forrang, således at Niels Winther-Sørensen's tolkning er udtryk for gældende ret, eller om det er hensynet til at den retmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende i en tredjestat, der har forrang.

Det synes ikke umiddelbart muligt af EU-Domstolens præmisser at udlede noget endegyldigt svar på denne problemstilling. Men det er muligt at EU-Domstolen ikke selv har været opmærksom på denne problemstilling, da den som nævnt ovenfor i afsnit 3.4.1.1. synes at have den opfattelse, at det *med al sandsynlighed* vil være umuligt for skattemyndighederne at fastlægge den retmæssige ejer, når moderselskabet i en medlemsstat selv har et moderselskab, som igen har endnu et moderselskab. Når den retmæssige ejer ikke kan fastlægges, vil direktivernes fordele kun kunne nægtes ved konstatering af misbrug.

Alternativt kan man måske forestille sig, at EU-Domstolen i et tilfælde som eksemplet i figur 1 alene tilkendegiver, at såfremt en direkte betaling til den retmæssige ejer i en tredjestat havde medført et tilsvarende frafald af kildebeskatning, kan den pågældende medlemsstat (Danmark) frit fritage fra kildebeskatning, hvis den nationale lovgivning tillader dette – det kan bare *ikke* ske med hjemmel i direktiverne.

#### **3.4.1.2.1. Betydningen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst i en dansk kontekst**

I en dansk kontekst vil denne alternative fortolkning betyde, at man skal se på om fritagelsen i SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt. og litra d, 3. pkt. kan finde anvendelse på baggrund af DBO'en mellem Danmark og Stat Y.

Det forudsættes stadig at der er tale om et tilfælde, hvor C er retmæssig ejer og hjemmehørende i en tredjestat, men hvor hele konstruktionen ikke er udtryk for misbrug af direktiverne, da der konkret ikke opnås en skattefordel af direktiverne, ved at indskyde B mellem A og C.

Det forudsættes at B som udgangspunkt vil blive anset som »rette indkomstmottager« efter dansk ret, selvom at selskabet ikke er den retmæssige ejer.<sup>113</sup>

Spørgsmålet er så, om koncernen efter dansk ret kan påberåbe sig en DBO mellem Danmark (kildelandet) og Stat Y, når det er B (som er hjemmehørende i Stat X), der er rette indkomstmottager.

I SKM2012.26.LSR (der omhandlede udbytteudlodning) kom Landsskatteretten frem til, at hvis B skal anses for rette indkomstmottager, vil det være DBO'en mellem Danmark og Stat X der er afgørende, når det skal vurderes om der skal ske frafald af beskatning efter SEL § 2, stk. 1, litra c. At B ikke er den retmæssige ejer af udbyttet, fordi dette er videreoverført til den retmæssige ejer C, medfører *ikke* at dette udgangspunkt ændres. I den konkrete sag begrundede Landsskatteretten dette med, at der ikke af hverken kommentarerne til den pågældende DBO eller MDBO'en åbnede muligheden for anvendelse af en anden overenskomst.

I SKM2018.376.HR blev en Hollandsk indregistreret fond ikke anset som et selvstændigt skattesubjekt, hvorfor det var den bagvedliggende ejer (hjemmehørende i Storbritannien), der var rette indkomstmottager. DBO'en mellem Danmark og Holland kunne således ikke finde anvendelse og Højesteret bemærkede, at:

---

<sup>113</sup> I dansk ret vil »rette indkomstmottager« som hovedregel være den som har den retlige adgang til indkomsten, jf. RR.SM.2016.8, Anders Nørsgaard Laursen, afsnit 4. »Rette indkomstmottager« er desuden ikke umiddelbart sammenfaldende med begrebet »retmæssig ejer«, jf. bl.a. SKM2011.57.LSR og SKM2012.26.LSR.

*»Inden der skal tages stilling til anvendelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, skal der således tages stilling til, hvem der efter dansk ret er rette indkomstmodtager.«*

Efter dansk ret vil frafald af kildebeskatning umiddelbart skulle vurderes ud fra DBO'en med den stat, hvor den rette indkomstmodtager er hjemmehørende, uanset denne er retmæssig ejer eller ej.

Dette betyder altså, at såfremt B i eksemplet givet ovenfor heller ikke kan anses som retmæssig ejer efter DBO'en mellem Danmark og Stat X, vil der hverken være hjemmel til at frafalde dansk kildebeskatning efter direktiverne eller DBO'en. Samtidig vil forholdet efter dansk ret ikke kunne bedømmes ud fra DBO'en mellem Danmark og Stat Z, da den retmæssige ejer C, ikke er rette indkomstmodtager.

Til trods for denne ikke-pragmatiske analyse af udfaldet efter dansk ret, kan det dog næppe tænkes, at denne retsstilling i praksis vil blive opretholdt. Især ikke anset til, at hvis indskydelsen af B havde været udtryk for misbrug, ville LL § 3, stk. 3 medføre, at skatteberegningen skulle se ud fra det reelle arrangement – hvilket ville sige udbytteudlodning/rentebetaling fra A til C og følgelig frafald af dansk kildebeskatning på baggrund af DBO'en med Stat Y.

Det skal derfor bemærkes, at Skatteministeriet i SKM2012.121.ØLR afgav en proceserklæring, der anlagde en noget mere pragmatisk tilgang.<sup>114</sup> Sagen omhandlede et dansk datterselskabs udbytteudlodning til sit direkte moderselskab hjemmehørende i Luxembourg. SKAT anså ikke moderselskabet i Luxembourg for at være den retmæssige ejer af udbyttet, hvorfor det var deres holdning, at det danske datterselskab var forpligtet til at indeholde udbytteskat. I den forbindelse afgav Skatteministeriet følgende proceserklæring i sin procedure for Østre Landsret:

*»... uanset om Skatteministeriet måtte få medhold i den nedlagte påstand ... vil det endelige kildeskattekrav skulle nedsættes, i det omfang [det direkte moderselskab i Luxembourg] dokumenterer, at de bagvedliggende investorer er bosiddende i EU-lande og/eller lande med hvilke Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.«*

Dette tyder således på, at hvis B i eksemplet ovenfor fremlægger bevis for at den retmæssige ejer C, er hjemmehørende i en stat, der har en DBO med Danmark, vil de danske skattemyndigheder frafalde kildebeskatningen.

### **3.5. Bevisbyrde for at der foreligger misbrug**

Moder-/datterselskabsdirektivet indeholder ikke bestemmelser om, hvem der bærer bevisbyrden for at der er tale om misbrug.

Efter rente-/royaltydirektivet fremgår det derimod, at kildestaten kan pålægge det rentemodtagne selskab at godtgøre, at selskabet er den retmæssige ejer – altså at selskabet økonomisk set er den reelle modtager af renterne og derfor har de nødvendige beføjelser til frit at fastlægge anvendelsen heraf, sådan som Domstolen har defineret begrebet i præmis 122 af rentesagerne.

Herudover bemærker Domstolen i både udbyttesagerne og rentesagerne, at de nationale skattemyndigheder af den skattepligtige kan afkræve de beviser, der er nødvendige for at foretage en korrekt skatteansættelse. Det

---

<sup>114</sup> Det skal bemærkes at sagen omhandler tiden forud for indførelsen af misbrugsklausulen i LL § 3.

må således handle om beviser for, at den skattepligtige opfylder direktivernes objektive betingelser. Hvis den skattepligtige ikke fremlægger sådanne, kan anmodningen om fritagelse afslås.<sup>115</sup>

Herefter fastslår Domstolen kortfattet, at såfremt en national skattemyndighed mener at pågældende transaktion(er) er udtryk for misbrug, påhviler det skattemyndigheden ud fra samtlige relevante forhold at godtgøre eksistensen af de elementer, der udgør misbrug.

Det erindres i den forbindelse, at konstateringen af misbrug fordrer at skattemyndigheden fører bevis for såvel det objektive element, hvorefter transaktionen skal uforenelig med den pågældende lovgivnings formål og det subjektive element, hvorefter den skattepligtige skal have haft til hensigt at opnå en uretmæssig fordel. Det erindres også, at Domstolen samtidig har fastslået, at den skattepligtige skal have mulighed for at føre modbevis.<sup>116</sup>

Som nævnt i afsnit 3.4.1.1 påhviler det *ikke* de nationale skattemyndigheder at fastlægge den retmæssige ejer af en udbytte- eller rentebetaling, når de ønsker at nægte direktivernes fordele på baggrund af misbrug. Baggrunden herfor er, at dette ifølge Domstolen kan vise sig at være umuligt, bl.a. henset til »... kompleksiteten af visse finansielle konstruktioner og muligheden for, at de mellemliggende selskaber, der er involveret i konstruktionen, er hjemmehørende uden for EU.«<sup>117</sup>

### 3.5.1. Bevisbyrden i en dansk kontekst

I dansk ret vil en misbrugsvurdering skulle foretages ud fra LL § 3, der implementerer<sup>118</sup> skatteundgåelsesdirektivets misbrugsklausul i artikel 6. Af lovforslaget hertil fremgår det, at:

*»Ved vurderingen af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør misbrug, påhviler det Skatteforvaltningen at foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. På baggrund heraf skal Skatteforvaltningen fastslå, om der er tale om et arrangement med det hovedformål, eller at et af hovedformålene er, at opnå en skattefordel, der virker mod indholdet eller formålet med direktiverne.«<sup>119</sup>*

Det vil således være skattemyndighederne der i første omgang skal fremlægge bevis for såvel det objektive som det subjektive element. Lykkedes det skattemyndighederne at løfte deres bevisbyrde, vil den skattepligtige herefter have mulighed for at føre bevis for, at der faktisk er tale om et *reelt* arrangement, hvilket under tiden er betegnet som »realitetstesten«.<sup>120</sup> Lykkedes det den skattepligtige at løfte sin bevisbyrde og godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt at velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, vil misbrugsklausulen ikke kunne finde anvendelse.

Det kan således fastslås at bevisbyrdefordelingen i forhold til skatteundgåelsesdirektivets artikel 6, implementeret via LL § 3, følger samme fremgangsmåde som den Domstolen angiver i udbytte- og rentesagerne.

---

<sup>115</sup> U116, R141.

<sup>116</sup> U97-99 og R124-126, jf. U117, R142. Se hertil afsnit 3.3.

<sup>117</sup> U118, R143.

<sup>118</sup> Lov nr. 1726 af 27. december 2018, med virkning fra den 1. januar 2019, jf. lovens § 9, stk. 1.

<sup>119</sup> Jf. L 28, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.3.2. (implementeringen ikke medfører ændringer i den materielle vurdering af misbrug, der fulgte af den tidligere ligningslovs § 3, jf. L 28, s. 99)

<sup>120</sup> Se hertil SR.2017.315, Anders Nørgaard Laursen, afsnit 4.1.

## 4. CSR OG SKAT

### 4.1. Indledende

Hele den problematik omkring misbrug i den internationale skatteret, som den såkaldte *aggressive skatteplanlægning* har afstedkommet, har konkret ført til en stigende mængde internationale værneregler – under tiden også betegnet om omgåelsesklausuler eller misbrugsklausuler.

Det er dog ikke kun på lovgivningens område, at problematikken har ført til debat. Således er det en igangværende debat, hvorvidt virksomhederne bærer et samfundsmæssigt, etisk ansvar for selv at sørge for, at de betaler en *fair andel i skat*<sup>121</sup> – undertiden betegnet som *bæredygtig skat*.<sup>122</sup>

Indledende vil specialet foretage en kort begrebsdannelse i forhold til hvad begrebet »aggressiv skatteplanlægning« dækker over. Herefter vil specialet i et diskussionsafsnit undersøge hvorvidt virksomheders skattebetaling og skatteplanlægning bør være underlagt en norm ud fra betragtninger omkring samfundsmæssigt, socialt ansvar under betegnelsen *Corporate Social Responsibility* (CSR).

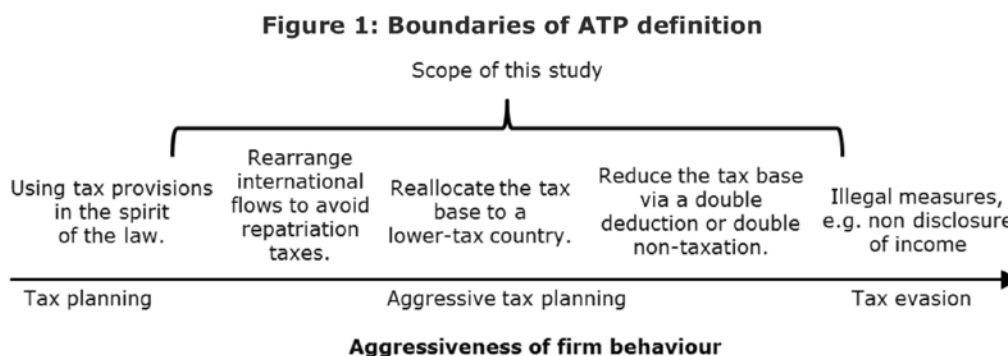
### 4.2. Begrebsdannelse - hvad er aggressiv skatteplanlægning?

EU-Kommissionen har i sin rapport om *Aggressive tax planning indicators*<sup>123</sup> defineret »aggressiv skatteplanlægning« som:

*»taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability.«<sup>124</sup>*

Ifølge EU-kommissionen er aggressiv skatteplanlægning en form for ubestemt størrelse, der befinder sig mellem almindelig skatteplanlægning – der kan indeholdes i formålet og hensigten med skattelovgivningen (*the spirit of the law*) – og decideret skatteunddragelse eller skattesvig (*tax evasion*).

EU-Kommissionen illustrerer dette således i rapporten (figur 2):



EU-Kommissionen bemærker i rapporten, at begrebet *aggressiv skatteplanlægning* og *skatteundgåelse* (*tax avoidance*)<sup>125</sup> begge beskriver adfærd, der søger at reducere virksomhedens skattetilsvær på en måde der er

<sup>121</sup> Se TFS 2015, 238, Peter Koerver Schmidt.

<sup>122</sup> Se RR.2011.06.36, Finn L. Meyer og Anders Bjørn.

<sup>123</sup> European Commission - *Aggressive tax planning indicators*, Final Report af 7. Marts 2018.

<sup>124</sup> Ibid., afsnit 2.1.

<sup>125</sup> I skatteundgåelsesdirektivet er *tax avoidance* i den danske version oversat til *skatteundgåelse*.



uforenelig med skattelovgivningens formål og hensigt. EU-Kommissionen anser derfor begreberne for synonyme.<sup>126</sup>

Ifølge OECD refererer *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) til:

»... *tax planning strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to make profits 'disappear' for tax purposes or to shift profits to locations where there is little or no real activity but the taxes are low, resulting in little or no overall corporate tax being paid.*«<sup>127</sup>

OECD's angivelse af, hvad BEPS-projektet refererer til, minder således til forveksling om EU-Kommissionens definition af aggressiv skatteplanlægning.

I en dansk kontekst har Jan Pedersen skelnet mellem begrebet *skatteunddragelse* og *skattespekulation*.<sup>128</sup>

Ifølge Jan Pedersen er skatteunddragelse kendetegnet ved at der er tale om en overtrædelse af skattelovgivningen. Hvis overtrædelsen har karakter af forsæt eller grov uagtsomhed kan der tillige være tale om *skattesvig*. Skatteunddragelse omfatter f.eks. situationer, hvor den skattepligtige undlader at oplyse om indkomster fra udlandet. Denne definition af skatteunddragelse harmoniserer med EU-Kommissionens forståelse af *tax evasion*, som de dispositioner, der utvivlsomt er i strid med skattelovgivningen.

Modsat dækker begrebet skattespekulation<sup>129</sup> ifølge Jan Pedersen over dispositioner, der ud fra den pågældende skattelovgivnings ordlyd er lovlig, men alligevel kan blive anset for at udgøre misbrug, hvis de er tilrettelagt og »... *har sin hele eksistens eller dog sit hovedindhold alene ud fra hensigten om opnåelsen af en skattefordel.*« Når Jan Pedersen henviser til at dispositionen er *tilrettelagt*, er det fordi at skattespekulation er kendetegnet ved at have en »... *usædvanlig, kunstig og fiktiv karakter.*« når dispositionen har et skattemæssigt formål frem for »... *sædvanlige driftsmæssige og økonomiske formål...*«. Skattespekulation befinder sig derfor ofte i et »gråt område« hvor »aggressiviteten« af skattespekulationen kan få betydning.

Begrebet *skattespekulation* harmoniserer således umiddelbart med EU-Kommissionens forståelse af *tax avoidance*, jf. ovenfor, og som ifølge EU-Kommissionen er sammenfaldende med begrebet *aggressiv skatteplanlægning*.

Det skal dog nævnes, at begrebet aggressiv skatteplanlægning ikke fremstår som et »... *skarptskåret juridisk begreb, men snarere må betegnes som et politisk koncept...*«, som Peter Koerver Schmidt konkluderer.<sup>130</sup>

Uanset usikkerheden i den nærmere afgrænsning og begrebsdannelse må hovedessensen være, at skattemæssige dispositioner – der efterlever de objektive betingelser i skattelovgivningen og dermed som udgangspunkt er lovlig – alligevel kan ende ud med at være udtryk for aggressiv skatteplanlægning, da dispositionen bl.a. er

---

<sup>126</sup> Se European Commission - Aggressive tax planning indicators Final Report TAXUD/2016/DE/319 FWC No. TAXUD/2015/CC/131, af 7. Marts 2018, side 22, fodnote 2.

<sup>127</sup> Jf. svaret til spørgsmål nr. 119, BEPS – Frequently Asked Questions, <https://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyasked-questions.htm> (sidst besøgt 2. juni 2019).

<sup>128</sup> RR.2017.06.22, Jan Pedersen, afsnit 1.2.

<sup>129</sup> Begrebet *skattespekulation* må anses for at være synonymt med *skattetænkning* eller *skatteplanlægning*. Se hertil SPO.2010.181, Rasmus Kristian Feldthusen, afsnit 2.

<sup>130</sup> TfS 2015, 238, Peter Koerver Schmidt, afsnit 3.

uforenlig med den pågældende skattelovgivnings formål og hensigt. Det er på baggrund af disse betragtninger, at OECD har søsat sit BEPS-projekt<sup>131</sup> og som efterfølgende for EU's vedkommende, har afstedkommet vedtagelsen af skatteundgåelsesdirektivet.<sup>132</sup>

### 4.3. Hvad er CSR?

Virksomheders sociale ansvar eller samfundsansvar går som oftest under betegnelsen *Corporate Social Responsibility* (CSR). Traditionelt set har CSR omhandlet virksomhedernes holdninger, ageren og tiltag i forhold til bl.a. sociale og miljømæssige aspekter, samt arbejdstagerrettigheder – det er således »*virksomhedens ansvar for deres indflydelse på samfundet.*«, som EU-kommissionen har defineret det i deres meddelelse vedrørende en ny EU-strategi for virksomheders sociale ansvar.<sup>133</sup> Der er tale om hensyn som en virksomhed *frivilligt* inddrager i sine forretningsaktiviteter – der er altså tale om tiltag der går ud over de lovmæssige forpligtelser.<sup>134</sup>

Tidligere har der ikke været direkte fokus på virksomhedernes ageren på området for skat, og derfor heller ikke den skatteplanlægning som virksomhederne har foretaget som en del af den almindelig omkostningsminimering.

Dette har dog ændret sig, hvor der særligt inden for det seneste årti, har været en stigende fokus på området.

Ovenfor nævnte EU-Kommissionsmeddelelse fra 2011, berører således ganske kort problemstillingen i forhold til virksomheders ageren på området for skatter. EU-Kommissionen vil nemlig bestræbe sig på at fremme de tre principper for god skatteforvaltning; gennemsigtighed, udveksling af oplysninger og loyal skattekonkurrence. Hertil *opfordres* virksomhederne til – hvor det er relevant – også at efterleve disse tre principper.<sup>135</sup> Det er altså et yders begrænset bidrag EU-Kommissionens meddelelse fremkommer med. Der tale om frivillige elementer, hvor virksomhederne alene opfordres til at efterleve principperne.

OECD kommer derimod lidt nærmere ind på problemstillingen i sine *Guidelines for Multinational Enterprises*, også fra 2011.<sup>136</sup> Heraf fremgår det, at virksomheder bør bidrage til de offentlige finanser i de stater hvor de opererer, ved at betale den skat de er forpligtet til. Det fremgår også, at virksomhederne ikke alene bør efterleve ordlyden af den pågældende skattelovgivning, men tillige ånden (*the spirit*) bag lovgivningen. Ifølge OECD efterlever virksomhederne ånden bag skattelovgivningen, såfremt:

»An enterprise complies with the spirit of the tax laws and regulations **if it takes reasonable steps to determine the intention of the legislature** and interprets those tax rules consistent with that intention in light of the statutory language and relevant, contemporaneous legislative history.«<sup>137</sup> (egen fremhævelse)

For virksomhederne handler det således ikke alene om at holde sig inden for de grænser som skattelovgivningen sætter ved sin ordlyd, men de skal yderligere forholde sig til lovgivers intention med lovgivningen. Som navnet også angiver, er der alene tale om guidelines til virksomhederne, hvorfor der er tale om frivillige principper.<sup>138</sup>

---

<sup>131</sup> Base Erosion and Profit Shifting.

<sup>132</sup> Jf. bl.a. 2. og 3. betragtning til skatteundgåelsesdirektivet.

<sup>133</sup> KOM(2011) 681 endelig, afsnit 3.1.

<sup>134</sup> Ibid., afsnit 1.

<sup>135</sup> Ibid., afsnit 3.3.

<sup>136</sup> *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, kapitel XI.

<sup>137</sup> Ibid., kapitel XI, punkt 100.

<sup>138</sup> Ibid., Preface, første punkt, s. 13.

Hvorvidt der dog længere reelt er tale om frivillighed på dette punkt, vil specialet betvivle nedenfor i afsnit 4.4.

#### **4.3.1. Skat som en del af CSR – eller er det alene et lovregulerende anliggende?**

Debatten på området har bl.a. omhandlet hvorvidt skat overhovedet bør indgå som en del af virksomhedernes CSR, eller om det alene er et anliggende for lovregulering.

Således er Mads Øvlisen ikke i tvivl. I et interview med Berlingske fra 2012<sup>139</sup> udtaler han bl.a.:

*»Jeg mener helt klart, at skat er en omkostning. Set ud fra en virksomheds eller et regnskabsmæssigt synspunkt er det en omkostning. Vi betaler ikke skat af velgørenhed. Vi betaler skat, fordi det er en omkostning for at operere i vores samfund«*

Mads Øvlisen mener ikke at virksomhedernes skattebetalinger skal styres af et *CSR-båret* moralkodeks, men alene af skattelovgivningen. Derfor bør virksomheder, der efterlever skattelovgivningen fuldt ud ikke *hænges til tørre som uansvarlige samfundsborgere*. Det er let at fatte sympati for Mads Øvlisens udtalelse, men man må nok også bare konstatere, at grænsen for hvornår man overholder skattelovgivningen og hvornår man ikke gør, ikke altid er knivskarp.

Netop problemstillingen omkring virksomhedernes renommé, når de bliver hængt ud i medierne for at være grådige skattesnydere, er særligt interessant. Hvorvidt virksomhederne holder sig inden for rammerne af skattelovgivningen eller ej, kan således principielt ende med at være mere eller mindre ligegyldigt, hvis den brede befolkning på et (måske) fejlagtigt eller uoplyst grundlag, ender med at vende ryggen til pågældende virksomhed.

Christiana HJI Panayi, der er *Senior Lecturer in Tax Law* på *Queen Mary University of London* har i en artikel fra 2015<sup>140</sup> fremført en række eksempler på multinationale virksomheder, der på baggrund af bl.a. medieomtale havde tiltrukket sig opmærksomheden fra den engelske politikere. Således skulle bl.a. Starbucks, Amazon og Google over for det engelske parlaments *Public Accounts Committee*, redegøre for og forsvare deres konkrete skatteplanlægningspolitik og lave faktisk betalte selskabsskat.

Starbucks havde alene betalt 8,6 millioner pund i selskabsskat over de seneste 14 år forud for høringen og havde intet betalt de seneste to år. Starbucks havde bl.a. foretaget betalinger til *related companies*, hvilket havde medvirket til at reducere selskabets beskatningsgrundlag. Starbucks havde ikke gjort noget ulovligt, men af frygt for en boykot fra befolkningens side, gik de med til at betale 20 millioner pund i selskabsskat over de næste to år (2013 og 2014), uanset hvordan forretningen gik.

Amazon havde en igangværende omstrukturering af koncernens operation på det europæiske marked. Dette indbefattede etableringen af Amazon EU SARL i Luxembourg, der efterfølgende overtog hele aktiviteten på det britiske marked. På den måde ville salg foretaget i Storbritannien blive faktureret til og beskattet i Luxembourg i stedet for Storbritannien. Det samme gjorde sig gældende for et ukendt antal øvrige medlemsstater.

<sup>139</sup> Artikel i Berlingske den 30. september 2012, <https://www.berlingske.dk/oekonomi/ovlisen-ser-skat-som-enomkostning-ikke-som-csr> (sidst besøgt 5. maj 2019). Heraf fremgår også, at Mads Øvlisen (på daværende tidspunkt) adjungeret professor ved CBS inden for CSR og medlem af bestyrelsen i FN's Global Compact.

<sup>140</sup> *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?*

Efter internationalt pres på Amazon, valgte koncernen at ændre sin strukturering i EU således, at salg foretaget i Storbritannien (og et ukendt antal andre medlemsstater), vil blive beskattet der.

Frygten for at blive *hængt til tørre* i medierne, sådan som Mads Øvlisen også påpeger, vil altså udgøre en reel faktor, uanset om man er af den holdning at skat bør anses som en del af virksomheders CSR eller ej.

Dette har således medført en ny dimension virksomhederne skal forholde sig til, når de foretager skatteplanlægning for at minimere virksomhedens omkostninger. For alt efter hvor *aggressiv*, umoralsk eller grådig denne skatteplanlægning bliver opfattet af medierne og i sidste ende forbrugerne, kan det ende med at blive en dyr fornøjelse for virksomheden, når et svækket renommé kan medføre fald i omsætning.

Men som det fremgår af afsnit 4.2., er det ikke altid let at definere, hvornår en virksomheds skatteplanlægning skal anses for at være *for aggressiv*. Dette, krydret med fejlinformation og en international skatteret, der er kendetegnet ved at være kompliceret og under konstant forandring, giver grobund for, at medierne fejlagtigt stempler en virksomhed som *skattesnyder*, selv om at dette ikke nødvendigvis er tilfældet.

Jakob Bundgaard udtaler i en kronik fra 2015<sup>141</sup>, at grænsen for videregivelse af urigtige informationer var nået med sagen om telefonselskabet 3's skatteforhold. Kort fortalt handler misæren om de skatteretlige regler for selskabers fremførsel af tidligere års underskud, således at disse kan modregnes i efterfølgende års positive skattepligtige indkomst.<sup>142</sup> Jakob Bundgaard mener at medierne og politikernes kritik af 3, bygger på centrale misforståelser ved dette skatteretlige koncept.

*»Dette centrale princip synes at volde visse politikere og medier betydelige forståelsesmæssige vanskeligheder. Princippet er velkendt i det meste af verden. Det kræver således ikke nogen form for aggressiv skatteplanlægning at undgå betaling af dansk selskabsskat, så længe det overskud, der genereres, ikke overstiger det underskud, der allerede tidligere er opstået og fremført til bedre tider.«*

Specialet skal ikke gå nærmere ind i en behandling af den konkrete sag. Men det vidner om, at dette hurtigt kan få konsekvenser, når Jakob Bundgaard samtidig beretter om, at Socialdemokratiets skatteordfører opfordrede forbrugerne til at genoverveje brugen af selskabet 3.

Der kan således argumenteres for, at uanset man er pro skat som en del af CSR eller ej, kan virksomhederne drage fordel af at føre en mindre aggressiv skatteplanlægningspolitik eventuelt kombineret med en øget medtransparens omkring denne politik – både overfor omverdenen (forbrugerne), men også i forhold til skattemyndighederne. Ved at praktisere åbenhed og transparens overfor skattemyndighederne og eventuelt rådføre sig med myndighederne, inden et planlagt skattemotiveret tiltag igangsættes, kan virksomheden opnå større sikkerhed for, at skattemyndighederne ikke på et senere tidspunkt anfægter dispositionen. Selv hvis domstolene i sidste ende – efter flere år under vejs – underkender skattemyndighedernes opfattelse, kan skaden allerede være sket for virksomhedens omdømme.

SKAT startede således i 2011 et projekt under navnet *Tax Governance*. Projektet består af et samarbejde mellem virksomheden og SKAT, som tilbydes de største virksomheder i Danmark. Pr. 2017 omfattede projektet

---

<sup>141</sup> *Skatterådgivning er ikke snyd*, kronik af Jakob Bundgaard i Berlingske den 12. februar 2015, <https://www.berlingske.dk/kronikker/skatteraadgivning-er-ikke-snyd> (sidst besøgt den 6. maj 2019).

<sup>142</sup> Se SEL § 12. Reglerne berøres ikke yderligere i specialet.

30 af de største virksomheder i Danmark.<sup>143</sup> Når en virksomhed tilslutter sig samarbejdet, skal den igennem fire faser. Her vil SKAT bl.a. vurdere virksomhedens risikoprofil i forhold til afrapportering af skat og virksomhedens interne kontroller. Dette vil ske gennem dialogmøder og SKAT vil løbende foretage tests af f.eks. virksomhedens interne kontroller. Målsætningen er, at som virksomheden bliver mere og mere *compliant*, vil mængden af kontrol fra SKAT's side reduceres gradvis (virksomheden kan dog aldrig blive fuldstændigt fritaget fra kontrol).

#### 4.4. Afsnit omkring frivillighed kontra lovgivet

Som nævnt i afsnit 4.3. er *frivillighed* en central del af begrebet omkring CSR og der er således tale om tiltag, der går ud over hvad der er krævet af lovgivningen.<sup>144</sup>

I forhold til virksomheders skatteplanlægning og deres samfundsmæssige ansvar, manifesterer dette sig netop ved, at virksomhederne opfordres til at efterleve mere end blot ordlyden af skattelovgivningen, men tillige den bagvedliggende hensigt og formål.

Man kan spørge sig selv, om dette ikke allerede følger af netop lovgivningen, efter at EU med skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 har indført en generel misbrugs klausul, som i dansk ret er implementeret via LL § 3. Heraf fremgår det således, at:

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

Som det fremgår af ovenstående, vil et pågældende arrangements uforenelighed med formålet og hensigten bag den konkrete skattelovgivning, indgå som et element i vurderingen af, om forholdet er udtryk for aggressiv skatteplanlægning (skatteundgåelse), der skal tilsidesættes som misbrug.

Man kan således argumentere for, at misbrugs klausulen i LL § 3 bliver en form for lovfæstet forpligtelse til at efterleve mere end en given skatteregels ordlyd og objektive betingelser. Dette harmonerer ikke umiddelbart med præmissen om, at CSR er forankret i og omkring frivillighed.

Selvom at nogle af virksomhedernes »forpligtelser« i forbindelse med skat og CSR således måske allerede er pålagt virksomhederne via lovgivningen, kan virksomhederne umiddelbart stadig have en interesse i at praktisere åbenhed og samarbejde, som det fremgår af forudgående afsnit ovenfor.

#### 4.5. Et par betragtninger omkring den indbyrdes skattekonkurrence

Skatteplanlægning er som nævnt muliggjort via de strukturforskelle der eksisterer i og mellem stater og medlemsstaters skattesystemer og skattesatser. Ideen bag det indre marked i EU er, at dette netop skal være ét indre marked. Men på det skatteretlige område synes dette at udgøre en illusion, der giver anledning til problemstillinger som f.eks., når direktiver som moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet begrænser medlemsstaternes beskatningskompetence. Dette åbner op for »direktivshopping«, hvor koncerner med fordel

---

<sup>143</sup> SR.2017.248, Hans From, underdirektør SKAT – Store Selskaber.

<sup>144</sup> Se hertil bl.a. KOM(2011) 681 endelig, afsnit 1, s. 4.

placerer et moderselskab i den medlemsstat, der har de mest gunstige skattevilkår i form af f.eks. de mest lempelige DBO'er med tredjestater.<sup>145</sup>

Denne indbyrdes skattekonkurrence har ført til, at en komité nedsat af Europa-Parlamentet konkluderer, at visse medlemsstater (heriblandt Cypern, Luxembourg og Holland) opfører sig som skattely (*tax havens*).<sup>146</sup> Også EU-Kommissionen har igennem flere år arbejdet mod en mere ensartet selskabsbeskatning inden for EU med deres CCCTB-projekt (Common Consolidated Corporate Tax Base), der går ud på at harmonisere beskatningen af virksomheder der opererer i flere medlemsstater. Projektet er endnu engang blevet relanceret i 2016, og er et forslag om en »one stop shop« mekanisme, hvor der betales én samlet selskabsskat, hvilket bl.a. skal modvirke skatteundgåelse.<sup>147</sup>

Specialet skal ikke søge at spå om EU-Kommissionens projekt nogensinde vil blive til virkelighed, men så længe der eksisterer strukturforskelle også inden for EU, vil der være mulighed for at drage fordel heraf, hvad enten det er berettiget eller uretmæssigt.

## 5. Konklusion

---

Med udgangspunkt i EU-Domstolens domme af 26. februar 2019 har specialet analyseret sig frem til, at skattemyndighederne er forpligtet til at nægte fordelene i moder/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet, hvis de påberåbes på baggrund af misbrug. Konklusionen stammer fra EU-Domstolens egen praksis, hvorefter der eksisterer et generelt EU-retligt princip om, at borgerne ikke kan påberåbe sig EU-retlige bestemmelser, hvis det er med henblik på misbrug.

Hvis skattemyndighederne mener at der er tale om misbrug, påhviler det myndighederne at godtgøre at dette er tilfældet. Dette fordrer eksistensen af dels et objektivt element, der betyder at til trods for at en bestemmelses betingelser formelt er opfyldt, er transaktionen uforenelig med bestemmelsens formål, og dels et subjektivt element, hvorefter det skal have været den skattepligtiges hensigt at opnå fordelene uretmæssigt, hvilket vil sige at betingelserne er opfyldt på et kunstigt grundlag med det hovedformål at opnå en skattefordel.

Den skattepligtige skal have mulighed for at føre modbevis for denne formodning, i form af økonomiske og foreningsmæssige begrundelser.

Specialet konkluderer, at misbrugsvurderingen således bliver en form for vægtskål, hvor man på den ene side har transaktionens skattemotiverede hensigt og på den anden side har de eventuelle økonomiske og forretningsmæssige begrundelser.

EU-domstolen giver en række holdepunkter, på baggrund af hvilke det er muligt at konstatere misbrug. Hvis en koncern ikke afspejler den økonomiske realitet og har en formel struktur, med det hovedformål (eller et af hovedformålene) at opnå en skattefordel, der er uforenelig med formålet og hensigten med skattelovgivningen,

---

<sup>145</sup> *International skatteret*, kapitel 15, afsnit 8, side 478.

<sup>146</sup> TAX3 Report af 26. marts 2019, jf. ICIJ, *Seven EU Countries Labeled 'Tax Havens' in Parliament Report*.

<sup>147</sup> Se hertil, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb\\_en - heading\\_2](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_en - heading_2)

er der tale om misbrug. Dette er navnlig tilfældet, hvis der indskydes et gennemstrømningsselskab mellem det udbytteudloddende/rentebetalende selskab og den retmæssige ejer.

Skattemyndighederne i kildestaten kan altså nægte direktivernes fordele hvis modtageren i en medlemsstat er et gennemstrømningsselskab og selskabet ikke har nogen økonomisk begrundelse (hvilket henviser til en manglende faktisk økonomisk aktivitet).

EU-Domstolens holdepunkter for misbrug indeholder en række kendetegn for et gennemstrømningsselskab. Specialet udleder disse som følgende elementer; videreoverførsel af hele (eller stort set hele) den modtagne udbytte-/rentebetaling ganske kort tid efter modtagelsen heraf, en manglende faktisk økonomisk aktivitet, hvor selskabet alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst når det fungerer som mellemed, samt en kontraktuel, juridisk eller substantiel forpligtelse til at videreoverføre til en tredjemand. Det fremgår ikke hvorvidt der er tale om kumulative betingelser, men da disse fremføres som led i EU-Domstolens forskellige holdepunkter for misbrug, vurderer specialet at dette ikke nødvendigvis er tilfældet.

Holdingselskaber indeholder ofte mange af de elementer som EU-Domstolen fremfører som holdepunkter for misbrug via et gennemstrømningsselskab, hvorfor det er spørgsmålet om præmisserne er et dødsstød for rene holdingselskaber. Specialet konkluderer dog på baggrund af EU-Domstolens tidligere praksis på området, at blot fordi et selskabs eneste aktivitet består i forvaltning af aktiver, medfører dette ikke i sig selv at der er tale om et kunstigt arrangement uden økonomisk realitet.

EU-Domstolens præmisser af afsagt med hjemmel i det EU-retlige princip om forbud mod misbrug. Ud fra en komparativ analyse af centrale dele af EU-Domstolens præmisser og ordlyden af misbrugsklausulen i skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 (der er tilkommet i tiden efter de i sagerne omhandlende transaktioner), er det specialeskrivers vurdering, at der er en stor grad af sammenfald mellem disse. Konklusionen bliver derfor, at EU-Domstolens holdepunkter for misbrug også vil være relevante når skattemyndighederne i fremtiden skal foretage misbrugsvurderingen i lyset af skatteundgåelsesdirektivets artikel 6.

I forhold til rente-/royaltydirektivet er det et eksplicit krav, at den retmæssige ejer skal være et selskab i en medlemsstat, som opfylder direktivets objektive betingelser. Noget tilsvarende fremgår ikke eksplicit af moder-/datterselskabsdirektivet, men EU-Domstolen synes hertil at indfortolke et lignende krav. Dette betyder, at såfremt skattemyndighederne er i stand til at godtgøre at den retmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende i en tredjestat, kan direktivernes fordele nægtes uden at der konkret behøver at være tale om misbrug.

Såfremt den retmæssige ejer er hjemmehørende i en tredjestat, der har indgået en DBO med kildelandet, hvor efter en direkte udlodning til den retmæssige ejer ville medføre, at kildelandet skulle fratage sin beskatningsret, kan dette ikke i sig selv udelukke at der foreligger misbrug af direktiverne. Samtidig udelukkes det heller ikke af EU-Domstolen, at målet med koncernstrukturen i et sådant tilfælde ikke er udtryk for misbrug. Hvorledes dette skal tolkes fremgår ikke klart af EU-Domstolens præmisser og forholdet besværliggøres yderligere, da den blotte konstatering af at den retmæssige ejer er hjemmehørende i en tredjestat, umiddelbart synes at medføre, at direktivernes fordele ikke kan finde anvendelse.

EU-domstolens præmisser giver således (teoretisk) mulighed for en situation, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende i en tredjestat, men der konkret ikke er tale om misbrug, f.eks. fordi at der ikke opnås en skattefordel da en direkte betaling uden brug af et mellemliggende selskab, ville medføre tilsvarende fratagelse

af kildebeskatning, eller fordi det mellemliggende selskab har en tilstrækkelig økonomisk og forretningsmæssig begrundelse.

Det fremgår ikke helt tydeligt, om dette er den ønskede retsstilling fra EU-Domstolens side. Specialet fremfører derfor den teori, at EU-Domstolen måske ikke er opmærksom på problematikken, da den er af den opfattelse, at skattemyndighederne i en situation hvor et moderselskab i en medlemsstat selv har et moderselskab, som igen også har et moderselskab, med al sandsynlighed umuligt kan fastlægge hvem der er den retmæssige ejer. Ud fra den præmis, vil der sandsynligvis aldrig opstå en situation, hvor direktivernes fordele nægtes alene fordi den retmæssige ejer er hjemmehørende i en tredjestat.

Multinationale selskabers aggressive skatteplanlægning har de senere år været oppe til debat. Konkret er spørgsmålet om skatteplanlægning og -betaling skal være et element i virksomhedernes samlede CSR. Specialet analyserer sig frem til, at aggressiv skatteplanlægning dækker over dispositioner der juridisk holder sig inden for ordlyden af skattelovgivningen, men som alligevel virker mod hensigten med pågældende lovgivning. Der er således tale om en gråzone for aggressiviteten af skatteplanlægningen kan få betydning.

Specialet konkluderer, at på området for skat går virksomhedernes CSR ud på, at de ikke blot skal efterleve lovens ordlyd, men tillige dennes formål og lovgivers bagvedliggende intentioner. Samtidig fremføres eksempler på at efterlevelse af ordlyden ikke længere er nok, da virksomhederne kan ende med at få skadet deres renommé, selv uden at have ageret i uoverensstemmelse med skattelovgivningen. Hvad enten man således er pro skat som en del af virksomhedernes CSR eller ej, kan virksomhederne umiddelbart opnå fordele ved ikke uhemmet at søge at minimere deres skattebetaling, da det i sidste ende kan påføre skade på virksomhedens renommé.

## 6. Litteraturliste

---

### Artikler

#### Skat Udland:

SU 2010, 144, Jakob Bundgaard, *Første slag om »beneficial ownership« er udkæmpet – det endelige venter forude.*

SU 2018, 172, Jakob Bundgaard m.fl., *Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 Ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR.*

#### Skattepolitisk Oversigt:

SPO.2010.181, Rasmus Kristian Feldthusen, *Bæredygtig skat – Om virksomheders økonomiske fingeraftryk.*

#### R&R ONLINE:

RR.2011.06.36, Finn L. Meyer og Anders Bjørn, *Tax Governance – en del af god Corporate Governance.*



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

RR.2017.06.22, Jan Pedersen, *International skatteflugt Del I Skatteflugtsproblemet – Juridisk, Økonomisk og Politisk.*

#### SR-SKAT ONLINE:

SR.2017.248, Hans From, underdirektør SKAT – Store Selskaber, *Skat forbedrer Tax Governance.*

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

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

#### Tidsskrift for Skatter og Afgifter:

TfS 2015, 238, Peter Koerver Schmidt, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility.*

#### Kluwer International Tax Blog:

Jonathan Schwartz, *Beneficial Ownership: CJEU Landmark ruling*, Kluwer International Tax Blog, 27. februar 2019, <http://kluwertaxblog.com/2019/02/27/beneficial-ownership-cjeu-landmark-ruling/> (sidst besøgt den 2. Juni 2019)

Antonio Barba de Alba og Diego Arribas, *The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases in Dividends*, Kluwer International Tax Blog, 27. marts 2019, <http://kluwertaxblog.com/2019/03/27/the-interplay-between-beneficial-ownership-and-abuse-in-the-danish-cases-on-dividends/> (sidst besøgt den 12. Maj 2019).

#### INTERTAX:

Christiana HJI Panayi, *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?*, INTERTAX, Volume 43, Issue 10, p. 544-558, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015.

Blazej Kuzniacki, *The ECJ as a Protector of Tax Optimization via Holding Companies*, INTERTAX, Volume 47, Issue 3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2019

#### Andet:

Vibe Hyltoft, *Øvlisen ser skat som en omkostning ikke som CSR*, Berlingske den 30. september 2012, <https://www.berlingske.dk/oekonomi/ovlisen-ser-skat-som-enomkostning-ikke-som-csr> (sidst besøgt den 5. maj 2019)

Jakob Bundgaard, *Skatterådgivning er ikke snyd*, kronik i Berlingske den 12. februar 2015, <https://www.berlingske.dk/kronikker/skatteraadgivning-er-ikke-snyd> (sidst besøgt den 6. maj 2019)

Simon Bowers, *Seven EU Countries Labeled 'Tax Havens' in Parliament Report*, International Consortium of Investigative Journalists den 4. Marts 2019, <https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/seven-eu-countries-labeled-tax-havens-in-parliament-report/> (sidst besøgt den 2. juni 2019)

## **Bøger**

Aage Michelsen m.fl., *International skatteret*, 4. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København 2017. (International skatteret)

Jakob Bundgaard m.fl., *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing A/S, København 2015. (Den evige udfordring)

Karsten Engsig Sørensen m.fl., *EU-retten*, 6. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (EU-retten)

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011. (Retskilder og retsteorier)

Thomas Rønfeldt, *Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn*, 1. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København 2013. (Europæisk skatteret I)

## **OECD**

OECD's modelbeskatningsoverenskomst og kommentarerne til artikel 10 og 11 (2003 versionen og 2017 versionen)

Frequently Asked Questions, <https://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm> (sidst besøgt den 2. juni 2019)

*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises\\_9789264115415-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises_9789264115415-en) (sidst besøgt den 2. juni 2019).

## **Afgørelser mv.**

### EU-domme:

C-264/96, *ICI*

C-196/04, *Cadbury Schweppes* (Cadbury)

C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*

C-321/05, *Hans Markus Kofoed* (Kofoed-sagen)

C-425/06, *Part Service*

C-155/15, *SICES m.fl.*

C-6/16, *Egiom og Enka*

C-251/16, *Cussens m.fl.*

Forenede sager C-116/16 og C-117/16, *T Danmark* og *Y Danmark* (udbyttesagerne)

Forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, *N Luxembourg 1 m.fl.* (rentesagerne)

Forenede sager C-504/16 og C-613/16, *Deister Holding og Juhler Holding* (Deister-Juhler)

Administrative afgørelser:

SKM2012.26.LSR (formodes at være identisk med C-117/16)

SKM2011.57.LSR

Generaladvokatens forslag til afgørelse:

C-115/16, *N Luxembourg I mod Skatteministeriet*

C-116/16, *Skatteministeriet mod T Danmark*

C-117/16, *Skatteministeriet mod Y Danmark ApS*

C-118/16, *X Denmark A/S mod Skatteministeriet*

C-119/16, *C Danmark I mod Skatteministeriet*

C-299/16, *Z Danmark mod Skatteministeriet*

**Nationale retskilder**

Love:

Lov nr. 540 af 29. april 2015, Lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love (Skattelypakke om trusts, værdiansættelse af aktiver i forbindelse med bindende svar og international omgængelsesklausul samt udskydelse af selvangivelsesfristen for selskaber m.v., lempelse af sanktionen ved manglende registrering af underskud og korrektion af satserne for vægtafgift af personbiler m.v.)

Lov nr. 1726 af 27. december 2018, Lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love (Implementering af dele af direktivet om skatteundgåelse og direktivet om skattetvistbilæggelse og forskellige ændringer af momssystemdirektivet)

Lovbekendtgørelser:

LBK nr. 66 af 22. januar 2019 (Ligningsloven)

LBK nr. 1164 af 6. september 2016 (Selskabsskatteloven)

LBK nr. 1148 af 29. august 2016 (Aktieavancebeskatningsloven)

LBK nr. 117 af 29. januar 2016 (Kildeskatteloven)

LBK nr. 1264 af 31. oktober 2013 (Skattekontrolloven)

Lovforslag:

L 28 (2018-19), fremsat den 3. oktober 2018. *Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love.*

## **EU-retskilder**

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

### Moder-/datterselskabsdirektivet:

Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990, *om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater*. Ændret ved Rådets direktiv 2003/123/EF af 22. december 2003.

Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011, *om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (ombearbejdning)*. Ændret ved Rådets direktiv 2015/121 af 27. januar 2015, *om ændring af en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater*.

### Rente-/royaltydirektivet:

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

### Fusionskattedirektivet:

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

### Skatteundgåelsesdirektivet:

Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016, *om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion*.

### Lovforslag:

KOM(2010) 784 endelig, *Forslag til Rådets direktiv – om en fælles beskatning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (Ombearbejdning)*.

KOM(1998) 67 endelig udg., *Forslag til Rådets direktiv – om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede virksomheder i forskellige medlemsstater*.

COM(2016) 26 final, *Forslag til Rådets direktiv – om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde*.

### Meddelelser mv. fra EU-Kommissionen:

KOM(2011) 681 endelig, Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – En ny strategi 2011-2014 for virksomheders sociale ansvar, Bruxelles, den 25. oktober 2011.

European Commission - *Aggressive tax planning indicators*, Final Report TAXUD/2016/DE/319 FWC No. TAXUD/2015/CC/131, af 7. marts 2018.

## Rapporter fra Europa-Parlamentet:

TAX3 Committee Final Report, P8\_TA-PROV(2019)0240 Report on financial crimes, 26. marts 2019  
<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/tax3/home.html> (sidst besøgt den 2. juni 2019) (TAX3 Report af 26. marts 2019)

## **Andet**

SKM2007.843.DEP (Skatteministeriets meddelelse vedrørende Kofoed-sagen)

## **Forkortelser**

Aktieavancebeskatningsloven (ABL)

Dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO)

Kildeskatteloven (KSL)

Ligningsloven (LL)

Modelbeskatningsoverenskomst (MDBO)

Selskabsskatteloven (SEL)

## **Figurer**

Figur 1 (afsnit 3.4.1.2) er konstrueret af specialeskriver.

Figur 2 (afsnit 4.2) er taget fra European Commission - *Aggressive tax planning indicators*, Final Report TAXUD/2016/DE/319 FWC No. TAXUD/2015/CC/131, af 7. marts 2018.