

Den generelle omgåelsesklausul på skatteområdet - overført på danske interne skatteregler

SPECIALEAFHANDLING

FORFATTER: PERNILLE GULDMAND MIKKELSEN

VEJLEDER: ANDERS NØRGAARD LAURSEN

ANTAL ANSLAG: 131.945

JUNI 2022

Indholdsfortegnelse

1. Abstract	2
2. Indledning	3
2.1 Problemstilling	3
2.2 Problemformulering	4
2.3 Metodiske overvejelser	5
2.4 Afgrænsning	5
3. LL § 3	6
4. Fortolkningsbidrag	7
4.1 Danske lovforarbejder	8
4.2 ATAD I	10
4.3 EU-Domstolens praksis – Det EU-retlige misbrugsbegreb	11
4.3.1 Det EU-retlige misbrugsbegrebs udvikling	12
4.3.2 De danske sager	14
4.3.3 Misbrugstesten	15
4.3.4 Fortolkning af de danske domme	17
4.4 Sammenfatning	22
5. Den praktiske anvendelse af LL § 3	24
6. En vurdering af dansk praksis om LL § 3	25
6.1 Danske selskabers hjemstedsflytning via en grænseoverskridende skattefri omstrukturering	25
6.2 Skattefri omstrukturering efter objektive regler	35
6.3 Aktieavance eller udbytte?	36
6.4 Skattefordel for et selskab	41
6.5 Sammenfattende vedrørende praksis	45
7. Konklusion	48
8. Litteraturliste	51
9. Bilag	54
9.1 Anvendte forkortelser	54

1. Abstract

On 1st of January 2019 a new general anti-tax avoidance rule(GAAR) took effect. This GAAR-rule applies to direct taxation and represent the Danish implementation of article 6 in EU's Anti-Tax Avoidance directive (ATAD I). The danish GAAR-rule located in section 3, subsection 1-4 of the Danish Tax Assessment Act. This thesis seeks to examine whether the Danish application of the rule, outside the "Beneficial ownership" area in other areas than "the beneficial owner" area, is in accordance with EU-law and relevant practice of the Court of Justice of the European Union.

Firstly, this thesis examines the Danish implementation of the GAAR-rule. Here it is concluded that neither the Danish wording, the preparatory works, or the Directive give much guidance in determining the field of application of the rule.

Secondly, the thesis describes the development of the EU concept of abuse within the area of direct taxation. In this connection, the thesis makes use of the judgements of the Court of Justice of the European Union, with a specific focus on the so called Danish beneficial ownership cases from 2019, in order to construct a frame for the evaluation of Danish practice. The Danish beneficial ownership cases have led to a wide range of discussions in the technical literature regarding the EU concept of abuse and the application of the GAAR-rule in article 6 of ATAD I. These contributions are also included in the frame in order to understand how the GAAR-rule in the Danish Tax Assessment Act should be applied.

Based on the theoretical frame developed in the thesis, 18 Danish administrative rulings regarding the application of section 3 of the Danish Tax Assessment Act are analysed and evaluated. These 18 rulings cover all Danish rulings regarding the application of section 3 of the Danish Tax Assessment Act since the EUCJ's ruled in the Danish beneficial ownership cases. No rulings, outside the beneficial ownership area, from the Danish Tax Tribunal or Danish courts have jet been issued.

This thesis finds that the practice regarding the application of section 3 in the Danish Tax Assessment Act is somewhat inconsistent. Rulings regarding certain specific anti avoidance rules are found to be in line with the EU legal framework. Apart from this, the practice seems to be without a clear direction, apart from the fact that the Tax Council's practice regarding companies' relocations seems very restrictive. There is thus a long way to go before a more general picture emerges of how section 3 of the Danish Tax Assessment Act will/should be applied in Denmark outside the "beneficial owner" area.

2. Indledning

2.1 Problemstilling

I Danmark har lovgivers bestræbelser på at bekæmpe omgåelse og misbrug på skatteområdet indtil for få år siden udelukkende bestået i indførelse af specifikke værnsregler rettet imod bestemte former for omgåelse.¹ Dette ændrede sig først ved lov nr. 540 af 29. april 2015 hvor den første generelle omgåelsesklausul (GAAR-regel) blev indført i dansk skatteret, da man implementerede GAAR-reglen i moder/datterselskabsdirektivet.² Denne værnsregel blev samtidig udvidet til at omfatte de to andre direktiver vedrørende direkte beskatning: fusionsskattedirektivet og rente-/royal direktivet.³ Ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 udvidede man bestemmelsen til at omfatte alle danske skatteregler, og herved blev den nugældende bestemmelse i LL § 3 indført. Udvidelsen er en del af implementeringen af EU's Anti Tax Avoidance Directive i Danmark og indebærer, at EU-rettens misbrugsbegreb nu skal anvendes generelt på både grænseoverskridende og rent interne danske skatteforhold for selskaber. Desuden skal misbrugsbegrebet som følge af en særlig dansk tilføjelse i visse tilfælde anvendes på fysiske personers skatteforhold.

Udvidelsen af GAAR-reglen i LL § 3 taler ned i den klassiske udfordring indenfor skattemisbrug, nemlig afvejningen mellem de to fundamentale hensyn: bekæmpelse af skattemisbrug overfor hensynet til skatteydernes retssikkerhed, herunder muligheden for at forudberegne de skattemæssige konsekvenser af ens dispositioner.⁴ Grundlæggende svækker generelle omgåelsesklausuler skattesystemets forudberegnelighed,⁵ og her er udvidelsen af LL § 3 ingen undtagelse. Bestemmelsens anvendelsesområde er fortsat forbundet med stor usikkerhed og på nuværende tidspunkt foreligger der i dansk kontekst kun afgørelser fra administrative skattemyndigheder, herunder størstedelen fra Skatterådet, når der bortses fra landsretsdommene i de såkaldte "beneficial owner" sager. Det kan tage en del år før højere instanser, får sat et væsentligt aftryk på omgåelsesklausulens anvendelse, og derfor er det administrative skattemyndigheder som Skatterådet, der på kort sigt kommer til at fastlægge bestemmelsens anvendelsesområde.

Det EU-retlige misbrugsbegreb er tidligere blevet omtalt som *djævlens i skyggerne*, med henvisning til, at det EU-retlige misbrugsbegreb før vedtagelsen af GAAR-reglen i moder/datterselskabsdirektivet, tidligere kun viste sig i ulovreguleret form gennem EU-domstolens praksis, men igennem den direkte implementering i direktiver begyndte misbrugsbegrebet at krybe ud af skyggerne.⁶ Ved

¹ Michelsen, m.fl., 2019, s. 132

² Bundgaard m.fl., 2021, s. 97

³ Bundgaard m.fl., 2021, s. 97

⁴ Bolander, 2015 s. 23-24

⁵ Hansen, 2015, s. 13

⁶ Jensen, 2015, s. 56

implementeringen igennem skatteundgåelsesdirektivet må det EU-retlige misbrugsbegreb anses for at være trådt ud i lyset og direkte ind i EU-medlemsstaternes skatteregler, som ellers har været et uharmoniseret område. Derfor er det interessant at se, hvordan de danske skattemyndigheder håndterer denne nytilkomne omgåelsesklausul i sin seneste form, samt om den anvendes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb.

2.2 Problemformulering

Formålet med denne afhandling er at beskrive og bedømme den hidtidige danske praksis om anvendelse af LL § 3. Dette omfatter dels en vurdering af den danske regels ordlyd og forarbejder og dels en vurdering af om dansk praksis er i overensstemmelse med omgåelsesklausulens EU-retlige grundlag (direktiv og EU-domstolens praksis). For at undersøge dette, vil afhandlingen tage udgangspunkt i følgende problemformulering:

Er dansk praksis om anvendelsen af den generelle misbrugsklausul i LL § 3 i overensstemmelse med Anti-Tax Avoidance Direktivet og det EU-retlige misbrugsbegreb?

Som grundlag for vurderingen af dansk praksis redegøres der for den danske implementering af direktivets omgåelsesregel med fokus på de bidrag, som lovforarbejderne giver til forståelsen af, hvornår omgåelsesklausulen kan anvendes. Denne redegørelse vil omfatte en gennemgang af bemærkninger til lovforslaget samt skatteministerens besvarelse af spørgsmål stillet under det lovforberedende arbejde.

Herefter analyseres den danske regels EU-retlige baggrund. Denne analyse vil omfatte en omtale af ATAD I, en analyse af de dele af EU-domstolens praksis, der generelt vedrører det EU-retlige misbrugsbegreb, samt en redegørelse og vurdering af udvalgte dele af den litteratur der findes om det EU-retlige misbrugsbegreb. Ud fra denne gennemgang og analyse opstilles en ramme for vurderingen af den danske praksis.

Endelig gennemgås den hidtidige danske praksis, der primært består af afgørelser fra Skatterådet. Denne praksis sammenholdes med den opstillede EU-retlige ramme, og leder frem til en konkret, kritisk vurdering af, om den hidtidige danske praksis er i overensstemmelse med det danske lovgrundlag og EU-retten.

Praksis omkring den særlige danske merimplementering i LL § , stk. 4, der ikke har et EU-retligt grundlag, analyseres isoleret på grundlag af bestemmelsens ordlyd og forarbejder.

2.3 Metodiske overvejelser

Indenfor retsdogmatisk metode fortolker og systematiserer man retligt materiale med henblik på at udlede gældende ret.⁷ Følgende afhandling tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode med henblik på at udlede gældende ret i forhold til LL §3. Gældende ret vil udledes på baggrund af en analyse af EU-retlige kilder, herunder direktiver og retspraksis fra EU-domstolen. Desuden vil en række danske retskilder herunder gældende love, forarbejder, samt administrativ praksis blive inddraget, fordi afhandlingen tilstræber at fastlægge gældende ret i Danmark. Afhandlingen vil først fastlægge den retlige ramme for det EU-retlige misbrugsbegreb, hvorefter denne ramme vil blive anvendt til en systematisk og metodisk gennemgang af de relevante retskilder for at finde gældende ret.

Desuden vil afhandlingens inddragelse af retspolitiske⁸ synspunkter være begrænset.

Den præjudicerende værdi af Skatterådets bindende svar er generelt af lavere værdi, fordi der er tale om administrativ praksis. Administrativ praksis binder ikke overordnede myndigheder eller domstolene.⁹ EU-domstolen er den øverste instans, og vil i sidste ende udstikke rammerne for, hvornår bestemmelsen kan bringes i anvendelse på medlemsstatsniveau. Men der vil gå adskillige år, før Landsskatteretten, danske domstole og eventuelt EU-Domstolen sætter væsentlige aftryk på praksis om anvendelsen af LL § 3, og Skatterådets praksis må derfor forventes at få stor praktisk betydning i en længere årrække. De få afgørelser, som er afsagt af andre instanser vedrørende LL § 3, omhandler problematikken om beneficial-ownership, som afhandlingen jf. Afsnit 2.4 har afgrænset sig fra.

2.4 Afgrænsning

ATAD I overfører et EU-retligt misbrugsbegreb, der hidtil har været udviklet og anvendt i forhold til EU-retlige frihedsrettigheder og EU-direktiver på nationale skatteregler fra medlemsstat til medlemsstat. Dette er en ny problemstilling, som er omdrejningspunktet for denne afhandling. Afhandlingen vil således beskrive og vurdere dansk praksis om anvendelsen af de EU-retlige principper på rent nationale skatteregler. Dermed afgrænses afhandlingen fra dansk praksis om misbrug af direktiver, herunder de danske ”beneficial ownership”-domme. Beneficial ownership-dommene vil dog blive inddraget i afhandlingens fastlæggelse af det EU-retlige misbrugsbegreb, idet de vurderes at være noget det nyeste og det mest toneangivende praksis indenfor området fra misbrug på nuværende tidspunkt. Dermed vurderes det, at afgørelserne vil have betydelig indvirkning på, hvordan misbrugs klausulen i LL §3 skal fortolkes. Skatterådets afgørelser angående beneficial ownership vil ikke indgå i afhandlingens vurdering af dansk praksis. Indenfor skatteretlig litteratur er der enighed

⁷ Neergaard m.fl., 2020, s. 128

⁸ Jf. Andersen, 2002, s. 42 og 106

⁹ Michelsen m.fl., 2019, s. 113 og 115

om, at EU-domstolen afgørelser i de danske beneficial ownership-dommene er banebrydende. Afhandlingen vil kun beskæftige sig med afgørelser fra 2019 og frem idet afgørelser forud for dette tidspunkt ikke kan have inddraget den seneste og ganske banebrydende praksis om misbrugsbegrebet fra EU-domstolen.

Afhandlingen vil desuden ikke behandle afgørelser vedrørende misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster (DBO).

3. LL § 3

Ved lov nr. 1726 af 27. december 2017 blev den såkaldte GAAR-regel indsat i LL § 3, stk. 1-3. Bestemmelserne afløste den hidtidige bestemmelse om misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslag nr. L28 (folketingsåret 2018/19), at reglen er en implementering af GAAR-reglen i Direktiv 2016/1164/EU ("Skatteundgåelsesdirektiv I" eller "ATAD I").¹⁰

LL § 3, stk. 1-3 har følgende ordlyd:

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

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

Stk. 3. Indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal foretages på baggrund af det reelle arrangement eller serie af arrangementer, hvis der ses bort fra arrangementer eller serier af arrangementer efter stk. 1."¹¹

Samtidig med den danske implementering af ATAD I's artikel 6 i LL § 3, stk. 1-3 er der i LL § 3, stk. 4 indsat en særlig dansk regel. LL § 3 stk. 4 har følgende ordlyd:

*"Stk. 4. Stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serierne af arrangementer, når deltagerne er skattepligtige omfattet af kildeskattelovens §§ 1 eller 2 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2."*¹²

¹⁰ Bemærkninger til L28 (2018/2019), s. 23 ff.

¹¹ LBKG 2021-08-17 nr. 1735 om påligning af indkomstskat til staten

¹² LBKG 2021-08-17 nr. 1735 om påligning af indkomstskat til staten

Grundet denne merimplementering er det ikke kun selskabsskattepligtige som omfattes af omgælsesklausulen i Danmark, hvilket ellers er tilfældet i ATAD I, men også fysiske personer og dødsboer.

LL § 3, stk. 4 må fortolkes således, at der skal bestå en fordel for et selskab omfattet af stk. 1-3, før stk. 4 kan bringes i anvendelse, og der skal være tale om en deltager i samme ”arrangement” som det, der er korrigeret på grundlag af stk. 1-3. Dette kan udledes af, at formuleringen ”arrangementerne” i stk. 4 er bøjet i bestemt form, samt at stk. 4 starter med en direkte henvisning til stk. 1-3. Stk. 4 er altså kun rettet imod fysiske personer og dødsboer, som deltager i de arrangementer, som rammes af LL §3 stk. 1-3.

LL §3 Stk. 5 indeholder en bibeholdt bestemmelse fra den hidtidige GAAR-regel i LL §3. Her er tale om kodificeringen af OECD’s Principal Purpose test (PPT) vedrørende fordele fra alle danske DBO’er uanset indgåelsestidspunkt.¹³ Af stk. 6 fremgår det, at LL §3, stk. 1-4 har forrang i forhold til PPT’en i stk. 5, når det skal vurderes, om en skattepligtig er udelukket fra fordele i en DBO med et andet EU-land. Dette må betyde, at PPT’en i stk. 5 har et større anvendelsesområde indenfor det snævre område, som fordele i DBO’er udgør, da reglen ellers ville være gjort overflødig ved implementeringen af GAAR-reglen i ATAD I. Det bredere anvendelsesområde skyldes, at PPT’en ikke indeholder noget eksplicit krav om realitet.¹⁴ Da afhandlingen har afgrænset sig fra skatteretlige misbrugsproblemstillinger indenfor DBO’er, vil denne bestemmelse ikke blive inddraget yderligere i afhandlingen.

LL §3 stk. 7 indeholder en processuel regel, som foreskriver, at afgørelser vedrørende LL §3 skal forelægges Skatterådet. Det diskuteres i afhandlingens afsnit 5, om Skatterådet er det rette organ til at træffe disse afgørelser.

Lovteksten giver i sig selv ikke megen konkret vejledning i, hvorledes GAAR-reglen skal anvendes i dansk skatteret, og en vurdering af dansk praksis må derfor tage udgangspunkt i relevante fortolkningsbidrag. I det følgende gennemgås disse fortolkningsbidrag.

4. Fortolkningsbidrag

I dette afsnit gennemgås forskellige bidrag til fortolkningen af LL §3. Formålet er at danne en ramme for den efterfølgende vurdering af den hidtidige danske praksis.

¹³ Bundgaard m.fl., 2021, s. 98

¹⁴ Bundgaard m.fl., 2021, s. 139

4.1 Danske lovforarbejder

Bemærkningerne til lovforslag nr. L28 (folketingsåret 2018/19) og svarene fra skatteministeren under lovforslagets behandling indeholder ikke megen konkret vejledning i, hvorledes GAAR-reglen tænkes anvendt i dansk skatteret. Få ting kan dog udledes.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår blandt andet, at den nye GAAR-regel ikke indebærer ændringer i den materielle vurdering af misbrug, som er anvendt i den hidtidige omgåelsesklausul i LL § 3.¹⁵ Desuden fremgår det, at arrangementer anses for enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serier heraf, uanset om der kan støttes ret på disse.¹⁶ Det fremgår, at lovforslaget udvider omgåelsesklausulen i LL §3 til at omfatte hele skatteretten, og at den dermed kan findes anvendelse på såvel grænseoverskridende som rent nationale forhold.¹⁷

Angående den danske regel i stk. 4, er følgende angivet som forklaring på udvidelsen af GAAR-reglen:

”Omgåelsesklausulen bør finde tilsvarende anvendelse på fysiske personer for at sikre symmetri i misbrugssituationer. Hvis et arrangement, hvor der deltager både juridiske og fysiske personer, vurderes at være ikke reelt og dermed misbrug af gældende skatteret, vil det være uhensigtsmæssigt at underkende den skattemæssige virkning over for arrangementets juridiske personer, samtidig med at man opretholder fordelene over for arrangementets fysiske personer.”¹⁸

Af ovenstående citat fremgår det tydeligt, at bestemmelsens indhold er rettet direkte mod dele af et arrangement, som underkendes for selskaber efter stk. 1-3, idet man ikke ønsker situationer, hvor fordele kan underkendes for selskaberne i arrangement, samtidig med at fysiske personer og/eller dødsboer kan opretholde de selvsamme fordele. Hvis ikke det er de samme dele af et arrangement, som selskaber og personer skal se bort fra, så sikrer bestemmelsen ikke den *symmetri*, som forarbejderne beskriver. Denne fortolkning stemmer overens med bestemmelsens ordlyd.

Disse fortolkningsbidrag indikerer, at den danske merimplementering i stk. 4 skal fortolkes indskrænkende, og den derfor kun kan bringes i anvendelse, når der er tale om, at fysiske personer og/eller dødsboer er direkte part i selvsamme arrangement eller dele heraf, som man bortser fra i forhold til selskaberne i arrangementet. Dermed er der ikke indført en særskilt GAAR-regel for fysiske personer og eller dødsboer.

¹⁵ L28 (2018-19), s. 99

¹⁶ L28 (2018-19), s. 99

¹⁷ L28 (2018-19), s. 99

¹⁸ L28 (2018-19), s. 100

Det er ikke muligt at udlede noget konkret om, hvornår LL §3 skal finde anvendelse i bemærkningerne til lovforslaget, og derfor vil resten af afsnittet fokusere på, hvad der kan udledes af svarene på de spørgsmål, som blev stillet i forbindelse med udvalgsbehandlingen af lovforslag nr. L 28 (folketingsåret 2018/19).

En gennemgang af spørgsmålene vedrørende omgåelsesklausulen giver heller ikke megen vejledning til at afgrænse anvendelsesområdet af bestemmelserne i LL §3. I forhold til den overvejende majoritet af spørgsmål angående anvendelsen af omgåelsesklausulen afviser Skatteministeren at svare med følgende begrundelse, eller begrundelser med stort set identisk indhold:

*”Der vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition. Det beror således på en konkret bedømmelse, om dispositionen i det konkrete tilfælde må anses for at være tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Da tidligere afgørelser er foretaget på et andet grundlag, kan der derfor ikke siges noget generelt om, hvordan de konkrete situationer vil blive bedømt efter den foreslåede nye generelle omgåelsesklausul.”*¹⁹

*”Da der er tale om en ny bestemmelse i dansk skatteret, hvor afgrænsningen ikke kan anses for helt klar, er det foreslået, at sager om anvendelsen skal forelægges Skatterådet til afgørelse. Dette sker for at sikre, at der fremadrettet sker en korrekt og ensartet anvendelse af bestemmelsen.”*²⁰

Ovenstående svar gives bl.a. på spørgsmålet om, hvorvidt en skattefri spaltning eller aktieombytning, som opfylder alle betingelserne i FUL, kan blive omfattet af LL § 3, med den konsekvens, at den så anses for skattepligtig.²¹ Udgangspunktet i FUL er, at skattefrie fusioner af danske selskaber kan gennemføres uden tilladelse, og at man skal have tilladelse til at foretage en skattefri spaltning eller tilførsel af aktiver. Udtagelsen hertil er, at skattefrie spaltninger og tilførsler af aktiver også kan gennemføres uden tilladelse, hvis en række objektive krav angivet i lovgivningen er opfyldt. Disse krav er opstillet som værn imod de situationer, som lovgiver har anset for misbrug.²² Til trods for dette har skatteministeren altså end ikke kunnet bekræfte, at LL § 3 er uanvendelig i forhold til skattefrie spaltninger og tilførsler af aktiver, der opfylder de objektive krav i FUL.

Helt generelt må det siges, at Skatteministeren har svaret undvigende på spørgsmål om, i hvilke situationer LL § 3 konkret finder anvendelse, blandt andet i de tilfælde hvor forskellige spørgere prøver at få svar på, om omgåelsesklausulen ville have fundet anvendelse i tidligere sager eller i hypotetiske situationer.

¹⁹ Se bl.a. L 28 svar på spm. 34, L 28 svar på spm. 17, L 28 svar spm. 16, L 28 svar på spm. 1

²⁰ Se bl.a. L 28 svar på spm. 34, L 28 svar på spm. 16, L 28 svar på spm. 1

²¹ L 28 svar på spm 28, s. 2-3

²² Se DJV C.D.7.1, hvor det anføres ”Der gælder i stedet en række værnregler, som skal forhindre, at omstruktureringen foretages ud fra et skatteundgåelsesmotiv”

Den eneste situation, hvor det med nogenlunde sikkerhed vides, at omgåelsesklausulen ikke kan anvendes, skal findes ved indførslen af den første version af LL § 3 i 2015, hvor skatteministeren under det lovforberedende arbejde udtalte:

”Umiddelbart er erhvervelse af yderligere aktier i et selskab med henblik på at opfylde kravet om 10 pct. ejerskab i reglerne om datterselskabsudbytter ikke udtryk for misbrug, men det kan være det, hvis der fx alene er tale om en midlertidig ”pro forma” erhvervelse uden velbegrundede kommercielle årsager.”²³

Af udsagnet kan det udledes, at det er tilladt at erhverve yderligere ejerandele i et selskab med henblik på at opfylde 10% kravet for skattefri udbytter, selvom erhvervelsen udelukkende sker af skattemæssige årsager. Udsagnet er fra 2015, men vurderes stadig at være et gyldigt fortolkningsbidrag, fordi det, som nævnt tidligere, fremgår af lovforarbejderne, at misbrugsvurderingen ikke ændrede sig som følge af overgangen fra den tidligere version af LL §3 til den nugældende.

Det kan således konstateres, at bidragene i lovforarbejderne til en nærmere afgrænsning af GAAR-reglens anvendelsesområde er sparsomme og ikke giver Skatterådet, Landsskatteretten eller danske domstole megen vejledning i, hvorledes reglen skal anvendes i praksis. En forklaring kan være, at det alligevel er EU-Domstolens praksis, der i sidste ende fastlægger reglens anvendelsesområde²⁴, men det ændrer ikke ved, at der på kort sigt og selv ikke i forhold til særlige danske skatteregler er nogen hjælp til bl.a. Skatterådet, domstolene og skatteydere i almindelighed i lovforarbejderne.

4.2 ATAD I

Bestemmelsen i LL § 3, stk. 1-3 er en stort set ordret gengivelse af artikel 6 i ATAD I og er som nævnt tidligere en direkte implementering af direktivets generelle omgåelsesklausul, der skal finde anvendelse på såvel grænseoverskridende som rent nationale forhold.

Derfor vil fortolkningen af direktivet, foretaget af EU-Domstolen, i sidste ende afstikke rammerne for, hvorledes LL § 3 skal anvendes. Det er alene den konkrete fastlæggelse og vurdering af faktum og i et vist omfang formålet med konkrete danske skatteregler, som er overladt til danske domstole.

Direktivet indeholder – udover selve artikel 6 – alene følgende forklaring af GAAR-reglen:

”Skattesystemer indeholder generelle regler om bekæmpelse af misbrug for at bekæmpe skadelig skattepraksis, som endnu ikke er omfattet af specifikke bestemmelser. Generelle regler om bekæmpelse af misbrug har således til formål at dække huller og bør ikke påvirke anvendelsen af specifikke regler om bekæmpelse af misbrug. Inden for Unionen bør generelle regler om bekæmpelse af misbrug anvendes ved arrangementer, der ikke er reelle; derudover bør skattesubjektet have ret til

²³ Høringsskema til L 167 (2014-2015), s. 28

²⁴ Hansen, 2019, s. 223

at vælge den skattemæssigt mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet. Det er desuden vigtigt at sikre, at generelle regler om bekæmpelse af misbrug anvendes ensartet i indenlandske sammenhænge, inden for Unionen og over for tredjelande, så anvendelsesområdet og resultaterne af anvendelsen ikke er forskelligt i indenlandske og grænseoverskridende situationer. Medlemsstaterne bør ikke forhindres i at pålægge sanktioner ved anvendelse af generelle regler om bekæmpelse af misbrug. Når medlemsstaterne vurderer, om et arrangement bør betragtes som ikkereelt, kan de tage hensyn til alle velbegrundede økonomiske årsager, herunder finansiel virksomhed.”²⁵

Den citerede betragtning fra ATAD I viser, at GAAR-reglen ønskes anvendt på både indenlandske og grænseoverskridende situationer til at dække de misbrugssituationer, som ikke er omfattet af specifikke misbrugsbestemmelser, samt at den ikke bør påvirke, hvordan medlemsstaterne kan anvende deres specifikke misbrugsbestemmelser. Der er således tale om et supplement til de nationale bestemmelser. Af citatet fremgår det, at medlemsstaterne i deres misbrugsvurdering skal tage stilling til, om der er tale om et ikke-reelt arrangement, og at de i denne vurdering af arrangementets realitet kan tage hensyn til alle velbegrundede økonomiske årsager. Desuden fremgår det, at klausulen ikke fratager skatteyder retten til at vælge den bedste skattemæssige struktur for sin aktivitet.

ATAD I indeholder ikke yderligere forklaring eller vejledning i, hvordan den generelle misbrugs-klausul i artikel 6 skal anvendes. For at opnå yderligere vejledning er det derfor nødvendigt at vende sig imod den praksis, som EU-domstolen har skabt på misbrugsområdet, og dermed kigge på det EU-retlige misbrugsbegreb.

4.3 EU-Domstolens praksis – Det EU-retlige misbrugsbegreb

EU-domstolen har ikke i sin praksis slået fast om praksis angående det EU-retlige misbrugsprincip kan eller skal anvendes i relation til omgåelsesklausulen i ATAD I. Der syntes dog, indenfor den skatteretlige litteratur at være bred enighed om, at omgåelsesklausulen har en tæt kobling til det EU-retlige misbrugsbegreb.²⁶ Denne kobling fremgik allerede af fremsættelsesteksten tilhørende det oprindelige forslag til ATAD I, der henviser direkte til EU-domstolens praksis på misbrugsområdet:

*“Den generelle anti-misbrugsregel skal dække de huller, der måtte eksistere i et lands specifikke bestemmelser til bekæmpelse af skatteundgåelse. Den vil give myndighederne beføjelse til at nægte skattesubjekter skattefordele, der opnås i forbindelse med skadelige skattearrangementer. I overensstemmelse med gældende ret afspejler den foreslåede generelle anti-misbrugsregel den kunstighedsprøvning, som EU-Domstolen foretager inden for Unionen”.*²⁷

²⁵ ATAD I, betragtning 11

²⁶ Se bl.a. Geringer, European Taxation, October 2020, s. 450; Bundgaard m.fl., 2021. s. 173

²⁷ Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv af 28. januar 2016, 2016/0011, s. 9

I det følgende foretages derfor en gennemgang af EU-Domstolens praksis vedrørende det EU-retlige misbrugsprincip og en nærmere undersøgelse af koblingen mellem omgåelsesklausulen i ATAD I og det EU-retlige misbrugsprincip.

4.3.1 Det EU-retlige misbrugsbegrebs udvikling

Det EU-retlige misbrugsbegreb er udviklet af EU-Domstolen over en årrække. Grundpillerne i udviklingen har hele tiden været, at skatteydere på den ene side er berettiget til frit at strukturere sig på en måde, der reducerer skattebetalingen mest muligt, og at skattemyndighederne på den anden side er berettiget til at etablere værn mod arrangementer, som de anser for misbrug.²⁸

Den tidlige fase af misbrugsbegrebets udvikling omfattede domme fra EU-Domstolen vedrørende misbrug i relation til de EU-retlige frihedsrettigheder. Denne fase startede i 1970'erne, men den første²⁹ omfattende uddybning af misbrugsbegrebet indenfor området for direkte skatter var sag *C-196/04, Cadbury-Schweppes* vedrørende Storbritanniens CFC-regler.³⁰ I sagen blev Storbritanniens CFC-regler anset for at udgøre en restriktion mod etableringsfriheden, der alene kunne retfærdiggøres, hvis reglerne var rettet mod bekæmpelse af ”rent kunstige arrangementer”. En tilsvarende test anvendte EU-Domstolen i sag *C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. I den tidlige fase stod det således klart, at EU-Domstolen ville acceptere restriktioner for bl.a. etableringsretten i form af værnregler (f.eks. CFC-regler) i medlemsstaternes skattesystemer, når disse restriktioner kunne begrundes i bl.a. hensynet til at hindre misbrug, men det stod klart, at EU-Domstolen kun stillede minimale krav til aktivitet/substans i et selskab for, at der ikke forelå misbrug/et ”rent kunstigt arrangement”.³¹

I den efterfølgende fase blev anti-misbrugsbetingelser indbygget i direktiver, herunder moder-/datterselskabsdirektivet. Kriteriet for misbrug var her ”Med hensyn til stk. 2 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.”³² Her ses et skifte mod at anvende mere økonomiske kriterier ved vurderingen af, om der foreligger misbrug. Udtrykket ”ikke reelle” er videreført i ATAD I Direktivets GAAR-regel, hvor følgende fremgår af præambelens betragtning 11:

*”Når medlemsstaterne vurderer, om et arrangement bør betragtes som ikkereelt, kan de tage hensyn til alle velbegrundede økonomiske årsager, herunder finansiel virksomhed”*³³

²⁸ Ballancin m.fl., EC Tax Review 2021/2, s. 70

²⁹ Jf. Laursen, 2015, s. 208-210, er der sager før Cadbury Schweppes som beskæftigede sig med misbrug indenfor direkte skatter.

³⁰ Ballancin m.fl., EC Tax Review 2021/2, s. 70

³¹ Ballancin m.fl., EC Tax Review 2021/2, s. 73

³² Direktiv 2011/96/EU (ændret ved Direktiv 2015/121/EU), s. 4

³³ ATAD I, betragtning 11

Det er afhandlingens overbevisning, at dettes sproglige skifte ikke er udtryk for, at praksis vedrørende det EU-retlige misbrugsbegreb ikke kan anvendes i forbindelse med fortolkningen af LL § 3. Tværtimod angav kommissionen i betragtning nr. 9 i forslaget at ” *Inden for Unionen bør generelle anti-misbrugsregler alene anvendes ved "rent kunstige" (ikke reelle) arrangementer...* ”³⁴ Dette må tages til udtryk for, at Kommissionen sætter lighedstegn mellem de to begreber, og at EU's praksis vedrørende det EU-retlige misbrugsbegreb kan bruges til at fastlægge rækkevidden for omgåelses-klausulen i LL § 3.

De danske ”Beneficial Owner”-domme udgør EU-Domstolens seneste bidrag til udviklingen af det EU-retlige misbrugsbegreb. Sagerne var kendetegnet ved, at Danmark ikke havde implementeret anti-misbrugsbestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet, og at direktivernes specifikke anti-misbrugsbestemmelser derfor ikke var relevante. Fremfor at følge misbrugstesten udviklet i bl.a. Cadbury-Schweppes sagen eller at følge generaladvokatens forslag, konkluderede EU-Domstolen, at der gælder *et generelt EU-retligt princip om forbud mod misbrug af EU-retlige regler*, som ikke kræver særskilt implementering i lokal ret³⁵, og som medlemsstaterne er forpligtede til at håndhæve.³⁶ Dette svarer til EU-Domstolens praksis på harmoniserede områder såsom momsområdet, men er ikke tidligere fastslået på et ikke-harmoniseret område som direkte skatter.³⁷

I ”Beneficial Owner”-dommene angiver EU-domstolen, at misbrugstesten består af to elementer: et objektivt og et subjektivt. Endelig opstillede EU-Domstolen en liste af indikatorer for misbrug i relation til de problemstillinger, sagerne vedrørte, og disse indikatorer viser ifølge flere forfattere en klar bevægelse fra mere juridisk baserede indikatorer til økonomiske indikatorer.³⁸

Misbrugstesten og de anførte holdepunkter gennemgås i afsnit 4.3.3.

Når EU-Domstolen definerer forbuddet mod misbrug af EU-retlige regler som et grundlæggende EU-retligt princip, har dette flere vigtige konsekvenser:

- Der er sket et skifte hos EU-Domstolen fra et fokus på at forsvare det europæiske marked og frihedsrettighederne til et fokus på at garantere medlemsstaterne en effektiv skatteopkrævning³⁹

³⁴ Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv af 28. januar 2016, 2016/0011, s. 14

³⁵ Dette forekom efter manges opfattelse som værende i strid med EU-Domstolens dom i sag C-321/05, Kofod. Se f.eks. De Broe, m.fl., EC Tax Review 2019/6, s. 273

³⁶ Udbyttedommen, præmis 7 og rentedommen, præmis 98

³⁷ De Broe, m.fl., EC Tax Review 2019/6, s. 274

³⁸ Se f.eks. van Hulten, m.fl., Intertax, Volume 47, Issue 8 & 9, 2019, s. 795

³⁹ Ballancin, m.fl., EC Tax Review 2021/2, s. 77

- De EU-retlige frihedsrettigheder og andre EU-retlige grundprincipper er ikke hævet over forbuddet mod misbrug – skattemyndigheder er dermed ikke (længere) underlagt ”Cadbury-Schweppes” standarden for misbrug. Uden et generelt misbrugsprincip ville skattemyndighederne ikke kunne udfordre frihedsrettighederne mv. via direktivbestemmelser såsom GAAR-reglen i ATAD I Direktivet.⁴⁰
- GAAR-reglen i ATAD I Direktivet kan nu betragtes som en partiel kodificering af det generelle misbrugsprincip⁴¹

Da EU-Domstolens domme i ”Beneficial Owner”-domme(herefter de danske sager) er udtryk for den hidtidige kulmination på udviklingen i det EU-retlige misbrugsbegreb og udgør de mest konkrete bidrag til forståelsen af misbrugsprincippet til dato, foretages i det følgende en nærmere gennemgang af disse domme.

4.3.2 De danske sager

De danske sager omfatter præjudicielle spørgsmål stillet af danske domstole i sager vedrørende danske selskabers udbytte- og rentebetalinger til koncernforbundne selskaber. I de forenede sager C116/16 og C-116/17 (herefter udbyttedommen) og de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 (herefter rentedommen) har EU-Domstolen vejledt danske domstole i anvendelsen af det EU-retlige misbrugstest i relation til problemstillinger om tilstedeværelsen af EU-holdingselskaber i koncernstrukturer, hvor spørgsmålet har været, om et dansk selskab, der betaler renter eller udlodder udbytter til et EU-holdingselskab, der videresender renter/udbytter til udenlandske selskaber, der ikke selv ville opfylde betingelserne for, at Danmark skulle frafalde kildeskat på renter/udbytter, er beskyttet af henholdsvis rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet ved betalingen/udlodningen til EU-holdingselskabet. Spørgsmålet var, om tilstedeværelsen af EU-holdingselskabet i strukturen var udtryk for misbrug.

I dommene konkluderede EU-Domstolen som allerede nævnt, at der gælder et generelt EU-retligt princip om forbud mod misbrug af EU-retlige regler, og som medlemsstaterne er forpligtede til at håndhæve. Desuden vejledte EU-Domstolen de danske domstole i anvendelsen af misbrugsprincippet på de konkrete problemstillinger i sagerne.

De danske domme er således den hidtidige kulmination på udviklingen i det EU-retlige misbrugsbegreb og udgør det hidtil mest konkrete bidrag til en forståelse af, hvordan misbrug identificeres. Derfor beskrives dommene nærmere i det følgende.

⁴⁰ Se f.eks. Ballancin, m.fl., EC Tax Review 2021/2, s. 75; Rodriguez, EC Tax Review 2020/2, s. 73; Bærentzen, World Tax Journal, Februar 2020, s. 28

⁴¹ De La Feria, EC Tax Review 2020/4, s. 142

4.3.3 Misbrugstesten

Overordnet om misbrugsprincippet bekræftede EU-domstolen, at man skal følge den misbrugstest, som blev introduceret i *C-110/99 Emsland Stärke-dommen*. I de danske sager blev testen beskrevet på følgende vis:

*”Som det fremgår af Domstolens praksis, kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug, dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel.”*⁴²

Ud fra citatet ses det, at EU-Domstolens definition af misbrug i de danske sager har klare ligheder med definitionen i ATAD I's artikel 6. Samtidig slås det fast, den EU-retlige misbrugstest indeholder to elementer: Et objektive og et subjektivt. De to elementer vil blive gennemgået nedenfor, men indledningsvist bemærkes, at EU-domstolen, ifølge Karsten Engsig Sørensen, i nogle sager ikke holder de to dele klart adskilt, og i stedet overvejende fokuserer på, om der foreligger et kunstigt arrangement. Dette kan ifølge Karsten Engsig Sørensen bunde i, at EU-lovgivningens formål som oftest ikke vil være opfyldt, når der foreligger et kunstigt arrangement. Dette bevirker, at vurderingen af arrangementets kunstighed bliver central for den samlede misbrugsvurdering.⁴³

Endelig opstillede EU-Domstolen en liste af indikatorer for misbrug i relation til de problemstillinger, som de danske sager vedrørte. Disse indikatorer kan findes i præmis 125-139 i rentedommen og præmis 98-114 i udbyttedommen og udgør EU-Domstolen's vejledning i, hvornår der kan foreligge retsmisbrug.

4.3.3.1 Det objektive element

Det objektive element indeholder som nævnt et krav om, at den pågældende transaktion skal være i strid med de pågældende skattereglers formål, før der kan foreligge et misbrug. Det forudsættes altså, at enhver skatteregel har et formål, man kan udlede. Formålet med en given regel kan til dels udledes af ordlyden, ligesom det er oplagt at lede i forarbejderne til bestemmelsen, fordi forarbejderne almindeligvis skitserer baggrunden for og ideerne med den pågældende regel. Formålet med en lov indgår i desuden den almindelige fortolkning af skatteregler som et af flere elementer, men under anvendelsen misbrugsbegrebet vil formålets betydning være større, fordi påvisningen af et misbrug giver skattemyndighederne autorisation til at se bort fra private transaktioner, hvilke ikke er muligt normalt under almindelig lovfortolkning.⁴⁴ Formålet med en given lov har dermed stor betydning i misbrugssager.

⁴² Udbyttedommen, præmis 97 og rentedommen, præmis 124

⁴³ Sørensen, Ugeskrift for Retsvæsen, U.2021B.63. s. 65

⁴⁴ Zimmer, Bulletin for International Taxation, April 2019. s. 223

4.3.3.2 Det subjektive element

EU-domstolen lægger i de danske domme særlig vægt på, at det foreliggende arrangement ikke må være kunstigt, samt at det ikke må være skabt med en hensigt om at drage fordel af skattelovgivningen. Selvom kravet om kunstighed har indgået i mange af de tidligere misbrugssager, så er det først i de danske sager, at EU-domstolen mere konkret forholder sig konkret til holdepunkter for, hvornår visse arrangementer kan anses for at være kunstige:

”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”⁴⁵

Med hensyn til hvornår et kunstigt arrangement foreligger, så beskriver EU-domstolen i de danske sager, en række holdepunkter, som kan bruges i vurderingen. Disse holdepunkter, som vedrører problemstillingen i de danske sager (indskudte holdingselskaber), gennemgås kort nedenfor med udgangspunkt i udbyttedommen.

EU-domstolen bemærker, at kunstige arrangementer navnlig forligger, når betaling af udbytteskat undgås ved at indskyde et gennemstrømningsselskab imellem det udloddende selskab og udbyttets retmæssig ejer.⁴⁶ EU-domstolen ser det desuden som et holdepunkt for, at der foreligger et kunstigt arrangement, når udbytte helt eller stort set, kort tid efter modtagelsen videreudloddes til et nyt selskab, som ellers ikke ville opfylde lovens betingelser.⁴⁷

Et andet holdepunkt, som ifølge EU-domstolen taler for, at der foreligger et kunstigt arrangement, er, at det selskab, som videreudlodder, kun oppebærer en ubetydelig indkomst ved at agere som gennemstrømningsselskab. At der er tale om et gennemstrømningsselskab kan, ifølge EU-domstolen, godtgøres ved, at den eneste aktivitet, som selskabet har, er at modtage og videreudlodde udbytte/renter til moderselskab eller andre gennemstrømningsselskaber. Manglen på økonomiske aktiviteter, skal udledes igennem en undersøgelse af samtlige elementer vedrørende bl.a. drift, regnskab, afholdte udgifter, personale m.fl.⁴⁸

Ifølge EU-domstolen er det desuden et holdepunkt, hvis der findes kontraktuelle eller juridiske forpligtelser for selskabet, der modtager udbytte/renter, til at videreudlodde disse til tredjemand. Det er

⁴⁵ Udbyttedommen, præmis 100 og rentedommen, præmis 127

⁴⁶ Udbyttedommen, præmis 100 og rentedommen, præmis 127

⁴⁷ Udbyttedommen, præmis 101 og rentedommen, præmis 128

⁴⁸ Udbyttedommen, præmis 103-104 og rentedommen, præmis 130-131

ligeledes en holdepunkt, hvis dette selskab, uden at være bundet af en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse, *substantielt*, ikke har rettighederne til at bruge og nyde dette udbytte/disse renter.⁴⁹

Endelig anfører EU-domstolen, at hvis der foreligger tidsmæssig nærhed eller sammenfald mellem iværksættelsen af arrangementet og ikrafttrædelsen af ny skattelovgivning, så bestyrkes de ovennævnte holdepunkter.⁵⁰

En anden vigtig bemærkning fra EU-domstolen i sagerne er, at hvis en række af de førnævnte holdepunkter er til stede, så kan dette godtgøre, at der foreligger retsmisbrug. Dette forudsætter dog, at disse holdepunkter er objektive og samstemmende.⁵¹ Dette betyder, at der skal være flere holdepunkter for misbrug til stede, og at disse ikke må være i strid med hinanden.

4.3.4 Fortolkning af de danske domme

Der er skrevet et betydeligt antal artikler og bøger om de danske sager, med fokus på følgende problemstillinger:

- Har EU-Domstolen forladt vurderinger af ”juridisk substans” og slået ind på en vej, hvor der vurderes ”økonomisk substans”?
- Hvad er forholdet til det EU-retlige retssikkerhedsprincip og de EU-retlige frihedsrettigheder?
- Skal misbrugsbegrebet fortsat fortolkes/anvendes restriktivt?
- Hvordan overføres et EU-retligt misbrugsbegreb på nationale skatteregler?
- Kan en GAAR rette op på dårlig lovgivning?
- Hvem skal løfte bevisbyrden for misbrug?

I de følgende underafsnit vil disse problemstillinger blive belyst.

4.3.4.1 Har EU-domstolen forladt juridisk substans til fordel for økonomisk substans?

Som omtalt ovenfor i afsnit 4.3.1 er der sket et gradvist skifte i EU-Domstolens praksis for, hvornår der foreligger et misbrug, og Domstolens domme i de danske sager er et tydeligt tegn på dette skifte.

Misbrugstestens subjektive element består som tidligere nævnt i en *hensigt* om at drage fordel af EU-lovgivningen ved *kunstigt* at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. De indikatorer for misbrug, som EU-Domstolen har opstillet i de danske sager, viser tydeligt EU-Domstolens bevægelse fra juridisk substans til økonomisk substans. Således fremgår det, at den juridiske substans, der var tilstrækkelig i Cadbury-Schweppes dommen, ikke var tilstrækkelig i de danske

⁴⁹ Udbyttedommen, præmis 105 og rentedommen, præmis 132

⁵⁰ Udbyttedommen, præmis 106 og rentedommen, præmis 133

⁵¹ Udbyttedommen, præmis 114 og rentedommen, præmis 139

sager, hvor EU-Domstolen specifikt konstaterer, at uanset substansen i et holdingselskab indsat i strukturen, kan de gennemførte transaktioner fortsat være udtryk for misbrug.⁵²

Hertil kommer, at de af EU-Domstolen opstillede indikationer er udtryk for almindelige økonomiske standarder, der skal anvendes til at afveje skattemæssige fordele mod forretningsmæssige begrundelser med henblik på at afdække skatteydere ”hensigt”.⁵³ EU-Domstolens fremhævelse af, at det ikke alene er en kontraktuel eller juridisk forpligtelse, der er afgørende for, om et holdingselskab er forpligtet til at videreudlodde/viderebetale modtagne udbytter eller renter, men at det afgørende er, om holdingselskabet ”substantielt” har rettigheder til at bruge og nyde udbytter/renter, viser måske mest tydeligt denne bevægelse.

Susi Bærentzen udtrykker EU-Domstolens bevægelse mod økonomiske kriterier således:

*”By drawing the contours of a new abuse ties based on everyday commercial life notions such as profit and costs and hallmarks of market-based transactions such as risk, profit and intermediaries, the ECJ has sent a laudable and clear message that the weighing of tax benefits against other business reasons in the subjective test is a clear-cut economic assessment and not to be based on any kind of assessment of the taxpayer’s reprehensible behaviour.”*⁵⁴

3.3.4.2 Forholdet til andre principper

En af de diskussioner, som er opstået i kølvandet på de danske sager, er, hvordan det EU-retlige misbrugsbegreb står i forhold til andre EU-retlige principper. Når misbrugsbegrebet har fået karakter af EU-retligt princip har dette som nævnt ovenfor den uundgåelige konsekvens, at andre EU-retlige rettigheder og principper såsom de EU-retlige frihedsrettigheder, retssikkerhedsprincippet og proportionalitetsprincippet ikke er hævet over forbuddet mod misbrug.⁵⁵

Med de danske sager sender EU-domstolen efter flere forfatteres opfattelse et klart signal om, at skattemisbrugere ikke fortjener at blive beskyttet af de andre almindelige EU-retlige principper såsom retssikkerhedsprincippet, og det tyder dermed på, at EU-domstolen gennem sin praksis har udviklet et hierarki, hvor misbrugsbegrebet vejer tungere end de andre to principper.⁵⁶ Misbrugsbegrebets kodificering igennem ATAD I, kan tages til udtryk for det samme, idet misbrugsprincippet nu

⁵² Bærentzen, World Tax Journal, Februar 2020, s. 25-26

⁵³ Bærentzen, World Tax Journal, Februar 2020, s. 25-26. Se også De Broe m.fl., EC Tax Review 2019/6, s. 284, hvor betydningen af de risici, et holdingselskab påtager sig i de danske sager, fremhæves som gennemgående i EU-Domstolens indikatorer for misbrug.

⁵⁴ Bærentzen, World Tax Journal, Februar 2020, s. 28

⁵⁵ Rodriguez, EC Tax Review 2020-2 s. 73

⁵⁶ De Broe, Luc m.fl., EC Tax Review 2019/6, s. 280 og 282

er blevet til nedskreven lov.⁵⁷ Men det betyder dog næppe, at misbrugsbegrebet kan anvendes helt løsrevet fra andre principper.

4.3.4.2 Skal misbrugsbegrebet fortolkes indskrænkende/restriktivt?

Der syntes at være en enighed om, at det EU-retlige misbrugsbegreb skal fortolkes restriktivt⁵⁸. Heri ligger, at anvendelse af misbrugsprincippet/GAAR-reglen ikke må være et værktøj til at rette op på mangelfuld lovgivning, og at reglen kun bør anvendes som en ”sidste udvej”.⁵⁹

Det skal således være rimeligt klart, at der foreligger misbrug, for at misbrugsbegrebet kan finde anvendelse. Dette vil samtidig betyde, at skattemyndighederne fortsat skal leve op til strikse krav, når de skal påvise kunstigheden i et arrangement. Karsten Engsig Sørensen udtrykker det sådan, at EU-domstolen tidligere har anlagt en snæver fortolkning af begrebet, og selvom de danske sager viser sig mere positiv overfor at anvende begrebet, så anfører forfatteren, at det indhold, som de danske sager tilfører begrebet, kun giver medlemsstaterne mulighed for at gribe ind i ”klare” tilfælde af misbrug.⁶⁰

4.3.4.3 Hvordan overføres et EU-retligt misbrugsbegreb på nationale skatteregler?

Den EU-retlige misbrugstest består som nævnt af to led. Ifølge det første led kræver et bevis for misbrug et sammenfald af objektive omstændigheder, der viser, at formålet med en EU-retlig regel ikke er opnået. Vedtagelsen af LL § 3 indebærer, at misbrugsbegrebet nu skal anvendes på interne danske skatteregler. Disse skatteregler er ofte forskelligartede, vedtaget i en helt anden kontekst og ikke nødvendigvis med et formål, der er tilstrækkeligt tydeligt og dermed egnet som grundlag for EU-Domstolens misbrugstest.⁶¹

Generelt er det en udfordring, der ikke bør undervurderes, at et EU-retligt misbrugsprincip skal overføres på nationale skatteregler – herunder ikke mindst når princippet via ATAD I er givet virkning i forhold til rent interne skattebestemmelser og ikke alene i grænseoverskridende forhold. Dette skaber generel usikkerhed om princippets anvendelse.⁶²

⁵⁷ De La Feria, EC Tax Review 2020/4, s. 146

⁵⁸ Mulder, m.fl., Derivatives & Financial Instruments, 2019 (Volume 21), No. 6, s. 5; Geringer, European Taxation, October 2020, s. 450; De Charette, EC Tax Review 2019-4, s. 181

⁵⁹ Zimmer, Bulletin for International Taxation, April 2019, s. 225

⁶⁰ Sørensen Ugeskrift for Retsvæsen, U.2021B.63. s. 66

⁶¹ Hansen, 2019 s. 236

⁶² Se f.eks. De Broe, m.fl., EC Tax Review 2017/3, s. 140.

Flere forfattere har specifikt beskæftiget sig med de problemstillinger, der kan opstå, når *den objektive del* af den EU-retlige misbrugstest skal overføres på interne regler i den enkelte medlemsstat.

En problemstilling, der er fremhævet af flere, er, at skattereglers formål ikke nødvendigvis er tydelige udover, at de tjener til opkrævning af skatter. Dansk skattelovgivning har en meget høj detaljegrade og kompleksitet, ligesom dansk skatteret kun i begrænset omfang er principforankret. Der er desuden kun et udsnit af danske skatteregler, der har et adfærdsregulerende formål, som kan dokumenteres.⁶³

Et centralt spørgsmål i den forbindelse er, hvem der bærer risikoen for, at formålet med en bestemt dansk skatteregel ikke er klart, når formålstesten skal foretages, og om skattemyndighederne kan anvende misbrugsbegrebet til at ”reparere” mangelfuld lovgivning. Flere danske forfattere har skrevet om denne problemstilling. Jan Guldmand Hansen anfører, at de danske skattemyndigheder må bære risikoen for, at der ikke kan findes et tilstrækkeligt identificerbart formål med konkrete bestemmelser, fordi en misbrugsvurdering ikke bør kunne falde ud til skatteydere ugunst, hvis ikke man har sikre holdepunkter.⁶⁴ Andre forfattere mener, at det burde være vanskeligt for skattemyndighederne at løfte bevisbyrden for, at en skattefordel virker imod formålet med skatteretten, netop fordi formålet med både enkelte bestemmelser og skatteretten som helhed kan være diffuse.⁶⁵

Se tilsvarende Frederik Zimmer⁶⁶, der argumenterer for, at hvis formålet med en regel ikke kan findes, kan dette være et argument imod at anvende en GAAR-regel i den konkrete sammenhæng⁶⁷ – uden at dette dog er et argument imod GAAR-regler som sådan. Forfatteren advarer også mod, at skattemyndigheder misbruger GAAR-regler, der ikke må blive en undskyldning for ”sloppy legislation”, og at akademikere har en vigtig rolle i at minde skattemyndigheder om, at GAAR-regler bør betragtes som en sidste udvej og kun bør anvendes i særlige situationer. Endelig anfører forfatteren følgende:

*”The existence of GAARs not only gives tax administrations and courts a powerful instrument, but also means increased responsibility and we should remind them of this ”.*⁶⁸

Sammenfattende må det konkluderes, at spørgsmålet om, hvordan misbrugstestens objektive del gennemføres, når formål med konkrete skatteregler ikke er tydelige, er uafklaret, da der ikke foreligger praksis fra EU-Domstolen eller danske domstole herom. Flere forfattere er dog af den

⁶³ Bundgaard m.fl., 2021, s. 127

⁶⁴ Hansen, 2019, s. 237

⁶⁵ Bundgaard m.fl., 2021, s. 131

⁶⁶ Zimmer, Bulletin for International Taxation, April 2019, s. 223

⁶⁷ Tilsvarende synspunkt gøres gældende af Hansen, 2019, s. 237

⁶⁸ Zimmer, Bulletin for International Taxation, April 2019, s. 226

opfattelse, at uklart/manglende formål med en skatteregel taler imod at anvende GAAR-regler på et forhold omfattet af reglen. Retssikkerhedsprincippet kunne tale for det samme, idet retssikkerhedsprincippets materielle dimension tilsiger, at skatteyder med højest mulig grad af sikkerhed skal kunne forudse sin retsposition.⁶⁹ Skatteydernes mulighed for at forudse sin retsposition i forhold til anvendelsen af GAAR-reglen må anses for stærkt forringet i tilfælde af uklare eller manglende formål.

Skatteministeren har i et svar til Folketingets Skatteudvalg⁷⁰ oplyst, at det i forhold til anvendelsen af LL § 3 udelukkende henhører under de danske domstole at fastlægge, hvad der er formålet og hensigten med de danske skatteregler. Det kan dog ikke betyde, at hele den objektive del af misbrugsvurderingen er et rent nationalt anliggende.

4.3.4.4 Bevisbyrden

I de danske sager tager EU-domstolen stilling til hvilken part, der skal løfte bevisbyrden for, at misbrug har fundet sted, når det lægges til grund, at skatteyder inden har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at kriterierne for at opnå fordel eller fritagelse i første omgang er opfyldt.⁷¹

I udbyttedommen udtaler EU-domstolen:

” 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 direktiv 90/435, 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, ... ”⁷²

Med dette citat fastslår EU-domstolen, at det er de nationale skattemyndigheder som skal løfte bevisbyrden for misbrug, når de ønsker at nægte et selskab en fritagelse eller fordel, som selskabet ellers opfyldte de lovfæstede kriterier for, med den begrundelse at der foreligger misbrug. En lignende udtalelse kom EU-domstolen med i rentedommen,⁷³ og dette er på linje med tidligere praksis fra EU-domstolen på misbrugsområdet.⁷⁴ Hvis skattemyndighederne kan godtgøre, at der foreligger et misbrug, skal skatteyder have mulighed for at tilbagevise ”prima facie” påvisningen ved at redegøre for den kommercielle berettigelse.⁷⁵

⁶⁹ Jensen, 2015, s. 59

⁷⁰ L28A (folketingsåret 2018/19), svar på spm. 35

⁷¹ Udbyttedommen, præmis 116 og rentedommen, præmis 141

⁷² Udbyttedommen, præmis 117

⁷³ Rentedommen, præmis 142

⁷⁴ De Broe m.fl., EC Tax Review 2019/6, s. 286

⁷⁵ Rodriguez, EC Tax Review 2020-2, s. 79; Van Hulten m.fl., Intertax, Volume 47, Issue 8 & 9, s. 795; De Broe m.fl., EC Tax Review 2019/6, s. 286

Både i præamblen til ATAD I og i en række artikler er det fastslået, at omgåelsesklausulen i artikel 6 ikke fratager skatteyder retten til at vælge det bedste alternativ til sin forretningsaktivitet. Samtidig blev det af EU-domstolen i Deister Holding-sagen slået fast, at misbrugsbegrebet ikke må finde anvendelse under prædefinerede kriterier, men at der derimod skal foretages en samlet undersøgelse af alle relevante forhold.⁷⁶

I de danske domme gjorde EU-domstolens det klart, at der skal foreligge mere end én indikator for misbrug, og at indikatorerne skal være objektive og samstemmende, jf. Formuleringen:

*” Den omstændighed, at en række holdepunkter foreligger, kan godtgøre, at der foreligger retsmisbrug, forudsat at disse holdepunkter er objektive og samstemmende ”.*⁷⁷

Det er dog fortsat uvist, hvor mange indikatorer, der kræves for, at der foreligger misbrug,⁷⁸ men udtalelsen indikerer, at det skal være rimeligt klart, at der er tale om misbrug i de enkelte sager, for at en GAAR-regel kan finde anvendelse, hvilket stiller krav til den bevisbyrde, som skattemyndighederne skal løfte.

4.4 Sammenfatning

Det EU-retlige misbrugsbegreb ”bor” i ATAD I’s artikel 6 og dermed i LL § 3. EU-Domstolens praksis om misbrugsbegrebet vil derfor til enhver tid være det centrale grundlag for de administrative afgørelser og domme om anvendelse af LL § 3 i Danmark (både på rent danske og grænseoverskridende forhold), og det er givet, at EU-Domstolens praksis vil udvikle sig og blive tydeligere over tid. Her og nu kan dansk praksis alene holdes op imod det, der på nuværende tidspunkt fremgår/kan udledes af EU-Domstolens praksis, hvilket ud fra gennemgangen og analysen i afsnit 4.3 kan sammenfattes således:

Det EU-retlige misbrugsbegreb har formentlig generelt forrang frem for det EU-retlige retssikkerhedsprincip, proportionalitetsprincippet og sågar de EU-retlige frihedsrettigheder, men det betyder ikke nødvendigvis, at misbrugsbegrebet kan *anvendes* helt løserevet fra andre principper. Misbrugsbegrebet fritager ikke skatteydere retten til at vælge den skattemæssigt bedste løsning, når der foreligger flere alternativer.

Den EU-retlige misbrugstest indeholder to elementer: Et objektive og et subjektivt. Det objektive element indeholder et krav om, at den pågældende transaktion skal stride imod de pågældende skat-tereglers formål, før der kan foreligge et misbrug. Det subjektive element stiller krav om, at det

⁷⁶ Bl.a De Charette, EC Tax Review 2019-4, s. 181; Mulder m.fl., Derivatives & Financial Instruments, 2019 (Volume 21), No. 6, s.4

⁷⁷ Udbyttedommen, præmis 114 og rentedommen, præmis 139

⁷⁸ De Broe, m.fl., EC Tax Review 2019/6, s. 285

foreliggende arrangement skal være kunstigt samt, at arrangementet er skabt med hensigt om at drage fordel af skattelovgivningen.

Den EU-retlige misbrugstest er en helt konkret test. Det er ikke tilladt for medlemsstaterne at bruge prædefinerede kriterier for, hvornår misbrug skal anses for at foreligge. Nationale domstole er forpligtede til at gennemgå og vurdere alle relevante fakta og omstændigheder.

Det skal være ”rimeligt klart”, at der foreligger et misbrug, dvs. der skal anlægges en restriktiv fortolkning af misbrugsbegrebet. Anvendelse af GAAR-regler må ikke være et værktøj til at rette op på mangelfuld lovgivning og bør kun anvendes som en ”sidste udvej”.

Der er væsentlig usikkerhed om, hvorledes det EU-retlige misbrugsbegreb skal overføres på rent nationale regler. Et særligt problem i den henseende er, at medlemsstaternes skattesystemer er vidt forskellige, herunder at der vil være betydelige forskelle på, hvor tydeligt formålet med de enkelte nationale skatteregler fremstår. Der er argumenter for at være forsigtig med at anvende GAAR-reglen i relation til regler, hvis formål ikke kan afdækkes.

Der skal foreligge mere end én indikator for misbrug og indikatorerne skal være objektive og sammenstemte, jf. EU-Domstolens formulering i de danske domme.

De indikationer for misbrug, som EU-Domstolen har opstillet i ”De danske domme”, vedrører en særlig problemstilling omkring brug af holdingselskaber i koncernstrukturer, men det er vanskeligt at overføre disse indikationer for misbrug på andre typer af problemstillinger. Det kan dog konkluderes, at der ved vurderingen af den del af den subjektive betingelse, der vedrører ”hensigten om at drage fordel af en regel”, skal anvendes *almindelige økonomiske ”hallmarks”*, der udgør grundlaget for at afveje skattemæssige fordele mod forretningsmæssige fordele for derved at afdække skatteydernes hensigt.

Der findes ingen udsagn fra EU-Domstolen om, hvad ”reel økonomisk aktivitet” er i relation til problemstillingen i de danske domme, og der er derfor usikkert, hvornår der kunstigt er skabt de fornødne betingelser for at opnå en fordel, idet dette også kan variere fra sag til sag afhængig af de konkrete fakta og omstændigheder. Det må dog være givet, at EU-Domstolen har bevæget sig væk fra at vurdere transaktioner i lyset af deres ”juridiske substans” og til en vurdering af ”økonomisk substans”. Dermed kan et arrangement, der ikke er kunstigt (”wholly artificial”), hvad angår juridisk substans, stadig udgøre et misbrug, hvis det er etableret med det essentielle formål at opnå en skattefordel – dvs. der mangler økonomisk substans.

Bevisbyrdeforholdene er således, at misbrug ”prima facie” skal påvises af skattemyndighederne, og skatteyder skal have mulighed for at tilbagevise ”prima facie” påvisningen ved at redegøre for den kommercielle berettigelse.

Den beskrevne praksis vil danne grundlaget for vurdering af den praksis, Skatterådet hidtil har anlagt i relation til LL § 3.

5. Den praktiske anvendelse af LL § 3

Efter forfatterens opfattelse er der ikke tvivl om, at det EU-retlige misbrugsprincip har forrang frem for andre grundlæggende EU-retlige principper og de EU-retlige frihedsrettigheder, men ikke mindst af retssikkerhedsmæssige grunde må det også være sådan, at misbrugsprincippet skal anvendes restriktivt. Det betyder bl.a., at skatteydere har ret til at vælge mellem de alternative veje, der relativt klart er reguleret eller forudsat i skattelovgivningen, skal respekteres, og at misbrug skal påvises klart ud fra en konkret vurdering af alle relevante fakta.

Når det er sagt, kan forfatteren ikke se, at EU-domstolens praksis giver megen vejledning i, hvordan den objektive del af misbrugstesten skal anvendes på nationale (danske) regler, herunder hvordan forskellige grader af uklarhed om reglers formål håndteres. Men når det som nævnt må antages, at misbrugsprincippet skal anvendes restriktivt, er det nærliggende, at lovgiver må bære hovedparten af risikoen for, at reglers formål er uklare. Skattemyndighederne har formentlig lidt større spillerum ved den subjektive del af misbrugstesten, hvor reale økonomiske faktorer er grundlaget for afvejningen af skattemæssige fordele mod forretningsmæssige fordele ved et arrangement. Under alle omstændigheder må dansk praksis om anvendelse af LL § 3 uden for ”beneficial owner”-området søges fastlagt uden ret klare rammer.

På kort sigt er det Skatterådet, der fastlægger en administrativ praksis for, i hvilke situationer LL § 3 kan bringes i anvendelse. Der vil gå adskillige år, før Landsskatteretten, danske domstole og eventuelt EU-Domstolen sætter væsentlige aftryk på praksis om anvendelsen af GAAR-reglen i dansk skatteret.

Skatterådet er i LL § 3, stk. 7 tillagt en særlig rolle, idet Told- og skatteforvaltningen ifølge bestemmelsen skal forelægge sager om anvendelse af LL § 3 for Skatterådet til afgørelse. Desuden vil Skatterådet under alle omstændigheder være det første organ, der skal forholde sig til en større mængde spørgsmål om rækkevidden af LL § 3, da mange skatteydere helt naturligt vil anmode om bindende svar vedrørende konkrete situationer, hvor LL § 3 potentielt kan komme i spil.

Det bliver således Skatterådets rolle at overføre den praksis, der er fastlagt af EU-Domstolen i relation til det EU-retlige misbrugsbegreb, på såvel danske grænseoverskridende forhold, herunder forhold, der vedrører danske regler med EU-retligt grundlag (f.eks. regler, der har implementeret rente-/royaldirektivet) og regler, der regulerer rent danske forhold.

Ifølge forfatteren er dog det ikke indlysende, at Skatterådet er et velegnet organ til løsning af denne opgave. Det har været anført i litteraturen, at uklarheden i EU-Domstolens vejledning i de danske domme måske kan henføres til, at EU-Domstolen må basere sine domme på de fakta, som en forelæggende ret præsenterer i sin præjudicielle forelæggelse, hvoraf lokale skatteregler udgør en del.

Dette skaber en distance til sagen og giver udfordringer med at adskille lovgivning og fakta. Dette gør det vanskeligere for EU-Domstolen at give anvendelig vejledning, hvilket i sidste ende fører til usikkerhed.⁷⁹ Skatterådet er tilsvarende et organ, der baserer sine bindende svar på de oplysninger, som spørger forelægger, og Skatterådet skal således ikke igennem en afgrænsning og vurdering af fakta på den måde, som EU-Domstolen forudsætter i sin beskrivelse af misbrugstesten og i øvrigt overlader til den forelæggende ret at foretage.⁸⁰ Skatterådet lægger blot de af spørger givne oplysninger til grund og kan under visse betingelser afvise at svare.

6. En vurdering af dansk praksis om LL § 3

I det følgende gennemgås og vurderes den hidtidige danske praksis om anvendelse af LL § 3, idet der dog som nævnt i indledningen ses bort fra afgørelser vedrørende anvendelse af holdingselskaber i strukturer, hvor temaet er omgælse af danske kildeskatter af renter og udbytter.

Først gennemgås 18 sager om bindende svar fra Skatterådet offentliggjort i perioden 1. januar 2019 – maj 2022. Gennemgangen vil være emneopdelte, hvor afgørelserne er samlet i fire kategorier ud fra det tema, der forekommer mest markant i den enkelte afgørelse. Der foreligger ikke nogen nærmere teoretisk baggrund for kategoriseringen udover at skabe en struktur for gennemgangen. Hernæst afsluttes hver kategori med en sammenfatning hvori afgørelsernes resultat holdes op imod den retlige ramme, som blev opstillet for det EU-retlige misbrugsbegreb i afsnit 4.4.

Afsnittets samlede konklusion findes i afsnit 6.5.

6.1 Danske selskabers hjemstedsflytning via en grænseoverskridende skattefri omstrukturering

Et dansk selskab kan skifte skattemæssigt hjemsted via en skattefri fusion med et selskab i et andet land, hvor det danske selskab er det ophørende selskab, og selskabet i det andet land er det fortsættende selskab. Den skattefri grænseoverskridende fusion kræver ifølge FUL § 15, stk. 4 ikke tilladelse, medmindre en person eller et selskab, som har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab, og som ikke omfattes af bestemmelsens 4. eller 5. pkt.⁸¹, hverken er hjemmehørende i EU/EØS eller i et DBO-land. Reglerne er dermed objektive.

⁷⁹ Bærentzen, World Tax Journal, Februar 2020, s. 13

⁸⁰ Jf. Rentedommen, præmis 126 og udbyttedommen, præmis 99

⁸¹ FUL § 15, stk. 4, 4. og 5. pkt. er specifikke værnsregler vedrørende lodrette fusioner, hvorefter der under visse betingelser skal ske udbyttebeskatning ved annulleringen af aktier i det indskydende selskab eller udlodning af provenu, når det modtagende selskab hypotetisk set ville være skattepligtig af et udbytte fra det indskydende selskab som følge af, at udbyttebeskatning ikke skulle frafaldes eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en DBO.

Konsekvensen af en skattefri fusion er, at det danske indskydende selskab beskattes af avancer på aktiver og passiver, der efter fusionen ikke er knyttet til et fast driftssted i Danmark eller udgør fast ejendom i Danmark. Ejer det danske selskab f.eks. alene kontanter, skattefri porteføljeaktier og/eller datterselskabsaktier, udløses der ingen beskatning. Dermed kan selskabets formue flyttes til det modtagende udenlandske selskab uden beskatning af det danske selskab eller dets aktionærer, og det udenlandske selskab er bl.a. ikke omfattet af de danske regler om begrænset skattepligt af udbytter.

Da en almindelig hjemstedsflytning af et dansk selskab i visse tilfælde udløser dansk udbyttebeskatning, eksisterer der altså to alternativer, hvor den skattefrie grænseoverskridende fusion kan gennemføres skattefrit, mens en ”almindelig” hjemstedsflytning, hvor ledelsens sæde i et dansk selskab blot flyttes til udlandet, kan udløse dansk beskatning. Skatterådet har i fire afgørelser forholdt sig til, hvorvidt LL § 3 kan anvendes på dette forhold.

Den første afgørelse var *SKM2020.282.SR*. I afgørelsen ønskedes et dansk moderselskab fusioneret skattefrit ind i et 100% ejet svensk datterselskab, som herefter ville blive moderselskab i koncernen. Det var oplyst, at det danske moderselskab var børsnoteret i Stockholm, at koncernen havde administrativt hovedkontor i Sverige, og at flertallet af aktionærerne var hjemmehørende i Sverige (kun 1,7% af aktionærerne var danske). Det danske moderselskabs klart væsentligste aktiv var aktierne i det svenske datterselskab.

Fusionen ønskedes gennemført skattefrit efter danske regler for at undgå, at danske aktionærer i det børsnoterede moderselskab skulle beskattes af en aktieavance som følge af fusionen.

Ønsket om at fusionere de to selskaber var begrundet i, at moderselskabet i den eksisterende struktur var omfattet af både danske og svenske regler, hvilket medfører ekstra kompleksitet og omkostninger, øget internt tidsforbrug og mindre gennemsigtighed for investorerne.

I relation til anvendelsen af LL § 3 konstaterede Skatterådet, at de fusionerende selskaber ikke umiddelbart havde nogen skattemæssige fordel af den skattefri fusion, idet det indskydende danske selskab ikke ejede aktiver, som ville have udløst beskatning, hvis fusionen var gennemført skattepligtigt. Dermed er en vurdering efter LL § 3 ikke relevant for de fusionerende selskaber. Derimod forelå der ifølge Skatterådet en skattefordel, hvis aktionærer, som før fusionen alene kunne modtage udbytter med dansk udbytteskat, efter fusionen kan modtage udbytter uden dansk udbytteskat. Herefter indeholder indstillingen til Skatterådet, som Skatterådet tiltrådte, en gennemgang af, hvorvidt de enkelte aktionærgrupper konkret kan opnå en fordel, og det konstateres, at kildebeskatningen af udbytter fremover vil afhænge af svenske regler, og at danske aktionærer med mindre end 10% ejerskab ikke opnår nogen umiddelbar fordel.

Efter disse konstateringer begrundes det, hvorfor det findes godtgjort, at hovedformålet eller et af hovedformålene med fusionen ikke er at opnå en skattefordel. Her lægges der vægt på, at den svenske del af koncernen reelt udgør koncernens administrative hovedkontor, at dobbeltregulering af

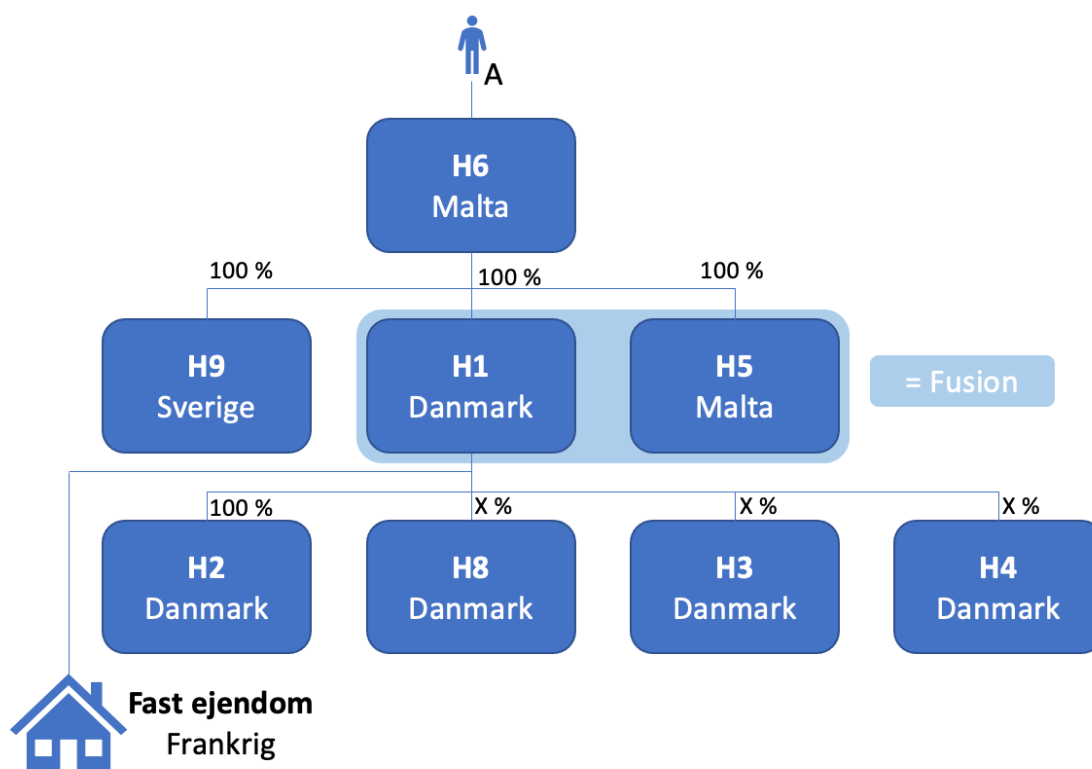
koncernen fjernes, at der er tale om et børsnoteret selskab, hvor hovedparten af aktionærerne er hjemmehørende i Sverige, og at ingen aktionær har bestemmende indflydelse. Slutteligt anfører Skatterådet, at det forhold, at der ikke udløses skat for aktionærerne ved selve den skattefrie fusion, ikke kan siges at udgøre en skattefordel, der virker mod hensigten og formålet med skatteretten, ”*da det netop er formålet med reglerne i fusionsskatteloven, at fusioner skal kunne gennemføres skattefrit.*”⁸²

Denne afgørelse får på ingen måde et overraskende resultat, idet afvejningen af skattemæssige fordele (som næsten ikke var til at få øje på) og forretningsmæssige fordele forekommer indlysende rigtig. Skatterådets konklusion havde dog fremstået mere klar, hvis Skatterådet blot havde konstateret, at det giver god mening at fusionere et dansk moderselskab væk, når koncernens reelle hovedsæde ligger i Sverige, hvor hovedparten af aktionærerne er hjemmehørende, når det danske moderselskab ikke har nogen konkret funktion i strukturen, og når fusionen henset til spredningen blandt aktionærerne ikke kan være foretaget af hensyn til enkeltaktionærers skattemæssige position.

Den næste afgørelse var *SKM2020.448.SR*. Sagen vedrører en dansk statsborger (A) bosat i et andet EU-land (X-land). A er 100% ejer af et holdingselskab på Malta (H6), hvorfra den underliggende koncern administreres. Den underliggende koncern omfatter det danske selskab H1, der udover at eje aktier i andre koncernselskaber ejer en ejendom i Frankrig. Koncernen, der i oversigtsform er vist i figur 1, har sine primære aktiviteter i Danmark og Sverige. H1 har en verserende skattesag i Danmark, hvor H1 er pålagt pligt til at indeholde dansk udbytteskat af udbytte til H6, idet H6 ikke er anset som retmæssig ejer. Dette har betydet, at der ikke er udloddet udbytter i flere år, og at H6' muligheder for at finansiere koncernen/andre investeringer angives at være reduceret væsentligt.

⁸² SKM2020.282.SR, s. 13

Figur 1



Der ønskes gennemført følgende omstruktureringer:

- H1 sælger sine datterselskabsaktier til andre koncernselskaber, således at der i H1 alene er den franske ejendom og nogle udlån til svenske selskaber tilbage
- Der gennemføres en grænseoverskridende skattefri fusion af H1 og H5 med H5 som modtagende selskab

Som formål angiver skatteyder, at H6 fremadrettet skal stå for samtlige investeringer i hele EU, således at der kun er ét topholdingselskab og fjerne overflødige selskaber, ligesom det af forretningsmæssige hensyn ønskes, at der kan udloddes udbytte til koncernens moderselskab uden kildeskat henset til koncernens strategi og vækstambitioner. Endelig samles alle ejendomsinvesteringer i ét selskab. Det er ikke på nuværende tidspunkt besluttet, hvor meget og hvornår der skal udloddes udbytte i den fremtidige struktur, men oplyst, at udlodningerne vil være nødvendige for den fremtidige forretning.

A argumenterer desuden for, at der ikke opnås skattemæssige fordele ved den skattefri fusion, idet de aktiver, der befinder sig i H1 på tidspunktet på fusionen alligevel kan afstås uden dansk beskatning og for, at et holdingselskab – selv med en eneaktionær - godt kan være den retmæssige ejer af udbytte. Desuden anføres, at ingen udbytter føres ud af EU, idet alle parter er hjemmehørende i EU.

Skattestyrelsen har i sin indstilling anset LL § 3 for anvendelig på fusionen med den konsekvens, at fusionen skal anses for skattepligtig, selv om de objektive betingelser er opfyldt. Konsekvensen er ifølge Skattestyrelsen, at et eventuelt likvidationsprovenu dermed bliver skattepligtigt som udbytte, hvis H6 ikke kan anses som beneficial owner.

Skattestyrelsens vurdering efter LL § 3 omfatter for det første spørgsmålet om, hvorvidt der opnås en skattefordel. Her anfører Skattestyrelsen: *"Ved at foretage en skattefri fusion opnår koncernen den fordel, at egenkapitalen flyttes skattefrit fra H1 til H5, uden at der skal foretages en vurdering af hvem der er retmæssig ejer og om der foreligger misbrug efter ligningslovens § 3"*.⁸³ Omkring spørgsmålet, hvorvidt opnåelsen af skattefordelen er et af de væsentligste formål med omstruktureringen, anfører Skattestyrelsen, at ingen af de forretningsmæssige begrundelser, der er givet, udgør en reel forretningsmæssig begrundelse, når der henses til koncernens historik og øvrige aktivitet og selskaber, og selv hvis de var reelle, var de ikke proportionale i forhold til den sparede kildeskat på udlodning af egenkapitalen. Fraværet af en forretningsmæssig begrundelse kan ifølge Skattestyrelsens indstilling indikere, at hovedformålet er skatteundgåelse eller skatteunddragelse, og hovedformålet skulle således være at skabe mulighed for fremtidige udlodninger af udlodde likvider (inkl. et provenu fra salg af den franske ejendom) fra H1 uden dansk kildeskat. På den baggrund finder Skattestyrelsen, at selskaberne skal fratages den skattemæssige fordel af at anvende fusionsdirektivet. Skatterådet tiltræder Skattestyrelsens indstilling og begrundelse.

Denne afgørelse er kendetegnet ved, at anvendelse af objektive regler, som endda er suppleret med specifikke værneregler i FUL § 15, stk. 4, underkendes efter LL § 3, og den eneste fordel på selskabsniveau synes at være selve anvendelse af FULs regler om skattefri grænseoverskridende fusion. Dermed forekommer afgørelsen at være i strid med den netop gennemgåede *SKM2020.282.SR*. Hvis det formål, Skattestyrelsen lægger vægt på, er, at der skabes mulighed for at få udbytter ud af Danmark uden, at Danmark kan foretage sine vurderinger efter LL § 3, kan dette kun være rettet mod en mulig skattefordel for *personen A*. Det anføres da også i indstillingen, at Skattestyrelsen fastholder, *"at H6 er indskudt til at opnå overenskomstmæssige fordele for A"*.⁸⁴ Skattemæssige fordele i forhold til en person kan dog ikke nægtes via LL § 3, når der ikke først er påvist en skattemæssig fordel for et selskab. jf. afsnit 6.4.

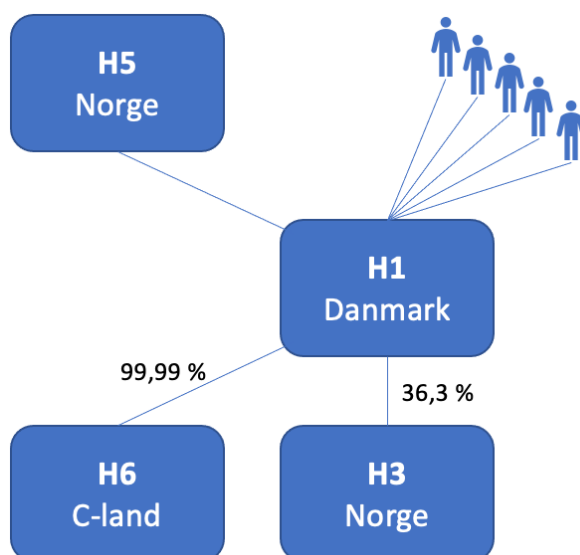
Afgørelsen viser også, hvor vanskeligt det kan være at underbygge forretningsmæssige begrundelser for omstruktureringer, når en koncern ejes/kontrolleres af en eneaktionær. I sagen oplyser As repræsentant, at det ikke på forhånd er planlagt, hvad/hvornår der skal udloddes til A personligt, men at midlerne primært skal investeres via H6. Der udloddes dog til A, når han har brug for penge. Disse forhold, som sikkert gør sig gældende i mange hovedaktionærselskaber, kan vel ikke i sig selv betyde, at H6 ikke er beneficial owner af udlodninger.

⁸³ SKM2020.448.SR, s. 22

⁸⁴ SKM2020.448.SR, s. 26

I SKM2021.30.SR har Skatterådet atter taget stilling til en grænseoverskridende skattefri fusion, der medfører et reelt hjemstedsskifte for et dansk selskab. En aktiepost i et norsk familieselskab, H3, blev for adskillige år siden indskudt i et dansk selskab, H1, som led i en påtænkt flytning af H3 til Danmark med henblik på at komme under EU-regler. Denne flytning af H3 blev aldrig gennemført, og der er nu ønske om at få aktierne i H3 tilbage til Norge. Ejerstrukturen er som følger:

Figur 2



Personaktionæren A med en ejerandel på 30,03% i H1 har den bestemmende indflydelse i selskabet og er den eneste aktionær, der ikke er skattemæssigt hjemmehørende i EU/EØS. A er dog hjemmehørende i et DBO-land. Ingen af aktionærerne er hjemmehørende i Danmark. Familien bag H3 ønsker at bevare deres fælles ejerskab af H3 gennem et fælles holdingselskab, men ønsker, at dette selskab har hjemsted i Norge frem for i Danmark. Denne ændring ønskes gennemført ved:

- En aktieombytning, hvor alle aktier i H1 indskydes i et nystiftet norsk selskab (H2) mod fuldt vederlag i aktier i det norske selskab. Denne ombytning kan gennemføres skattefrit i Norge og udløser ikke skat i Danmark (ingen danske aktionærer)
- En fusion af H2 og H1 med H2 som modtagende selskab. Fusionen ønskes gennemført skattefrit i Danmark, hvor de objektive betingelser herfor er opfyldt.

Det er oplyst, at formålet med omstruktureringerne er at udskifte det danske holdingselskab, H1, med et norsk holdingselskab, H2, at formålet ikke er at udlodde midler til de nuværende aktionærer i H1, og at der ikke er nogen forretningsmæssig logik i at have det fælles ejerskab til H3 placeret i et dansk selskab og ikke et norsk. Der er heller ikke planer om at frasælge aktier i H3 eller at likvidere H2. Det er dog muligt, at H2 betaler ordinært udbytte til sine aktionærer, hvilket i givet fald vil udløse norsk udbytteskat på 31,6% for norske personaktionærer og 15% norsk kildeskat til ikke-norske aktionærer. Efterfølgende tilkendegives, at Skatterådet kan lægge til grund, at det ingen udbytteudlodninger planlægges fra H2 i en overskuelig fremtid, ligesom det oplyses, at der i en år-række faktisk ikke er betalt udbytter fra H1.

Ved vurderingen efter LL § 3 skal der efter Skattestyrelsens indstilling foretages en sammenligning af den beskatning, der ville være opstået i Danmark ved en likvidation af H1 med beskatningen ved den skattefrie fusion. Ved en likvidation ville alene A med ejerandelen på 30,03% blive anset for at modtage udbytte (efter LL § 16A, stk. 3, nr. 1). Det viser sig dog, at udbytte til A beskattes hårdere efter end før fusionen. Skattestyrelsen finder alligevel, at der kan foreligge en skattemæssig fordel ved, at A ville være skattepligtig af likvidationsprovenuet til Danmark som udbytte, hvis H1 faktisk blev likvideret. Ved i stedet at gennemføre en skattefri fusion, undgår A denne likvidationsbeskatning. Dette bestrides af skatteydernes repræsentant, der udover at henvise til, at skattefordele for *personer* ikke direkte er omfattet af LL § 3, gør opmærksom på, at LL § 3 ikke kan bringes i anvendelse, når A faktisk ikke opnår en skattemæssig fordel (men i princippet kunne have fået det ved at disponere anderledes), idet omstruktureringen netop ikke medfører overførsel af midler til A's privatøkonomi, som tilfældet ville være ved en likvidation af H1. Desuden gør skatteydernes repræsentant opmærksom på, at en likvidation af H1 ikke er et realistisk alternativ til en fusion, idet en likvidation vil udløse tilbudspligt efter norske børsregler.

Selskabet H5 kan dog ifølge Skattestyrelsen opnå en skattefordel, idet selskabet, som ejer 8,8% af H1, kan opnå en lavere beskatning af udbytter efter fusionen. Om sammenhængen mellem fordele for selskaber og personer anfører Skattestyrelsen:

”Arrangementet i den foreliggende sag omfatter også H5. Allerede fordi der er en anden selskabsdeltager i strukturen, der opnår en fordel, kan der ses bort fra hele arrangementet.

Ved fusionen med det nye holdingselskab, H2, opnås desuden, at der ikke sker nogen beskatning af formueoverførslen til det norske selskab. H2 får således en fordel ved fusionen.

Ved en sammenligning af den påtænkte situation, hvor H1 fusioneres med H2 og hvor fremtidige udbytteudlodninger til A sker fra Norge, med den nuværende struktur, hvor udbytteudlodninger sker direkte fra H1 til A i Skatteaftaleland, ses det, at der opnås en selskabsskattefordel af arrangementet. Der opnås således en skattefrihed i H2 når formuen flyttes fra H1 til Norge uden beskatning. Den fordel er efter Skattestyrelsens opfattelse omfattet af ligningslovens § 3, stk. 1.”⁸⁵

I forhold til argumentet om, at der slet ikke foreligger en fordel for A, idet udbytte til A beskattes hårdere efter fusionen end før, anfører Skattestyrelsen:

Ved fremtidige udbytteudlodninger til A, vil der ske en stigning i kildeskatten fra 10 procent til 15 procent. Dette vil dog kun være gældende ved en uændret koncernstruktur. Det er ikke sikkert, at

⁸⁵ SKM2021.30.SR, s.44

der vil være tale om en forøget kildeskat, hvis koncernstrukturen er anderledes på tidspunktet for fremtidige udbytteudlodninger.”⁸⁶

*”Udbytteudlodninger fra det nye norske holdingselskab til A vil for eksempel ikke blive beskattet med en højere procent, hvis A efter arrangementets gennemførelse stifter et holdingselskab i Skatteaftaleland, hvorved han vil kunne undgå skat af fremtidige udbytter, når udlodningen sker via et nyt holdingselskab i Skatteaftaleland”.*⁸⁷

På den baggrund finder Skattestyrelsen, at der foreligger en skattefordel omfattet af LL § 3. Skattestyrelsen finder også, at opnåelse af skattefordelen er et af de væsentligste formål med at udskifte det danske holdingselskab med et norsk, idet de forretningsmæssige begrundelser for udskiftningen er utilstrækkelige. Skatteyder havde begrundet omstruktureringen med, at familien og deres selskab H3 forankret i Norge, at andre aktiviteter er flyttet til Norge, og at holdingselskabet (H1/H2) udgør familiens holdingselskab, der varetager familiens fælles ejerskab af det børsnoterede H3 (det er vigtigt af kontrollensyn at holde familiens ejerskab samlet), og at der ikke er noget forretningsmæssigt tilhørsforhold til Danmark. Skattestyrelsen anfører ikke et egentligt argument for, at der foreligger et kunstigt arrangement, men slutter indstillingen til Skatterådet af med at anføre:

”Det er ikke Skattestyrelsens opfattelse, at det i sig selv er et kunstigt arrangement at flytte holdingselskabet til Norge, men spørger har ikke godtgjort, at det samlede arrangement er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. Derfor fremstår arrangementet 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. Da der efter Skattestyrelsens opfattelse er tale om misbrug, er indstillingen ikke i strid med EØS Traktaten.”⁸⁸

Skatterådet tiltræder blot indstillingen.

Denne sag berører nærmest alle væsentlige problemstillinger omkring LL § 3, men mest påfaldende er det, at en i sammenhængen meget lille fordel for et selskab i strukturen anvendes til at ”ramme” det, som Skattestyrelsen åbenbart er bekymret for – nemlig at personen A kan foretage yderligere omstruktureringer, som herefter kan give fordele. Det ser ikke engang ud til, at fordelene for et selskab (H5) i sig selv ville kunne bringe LL § 3, stk. 1 i anvendelse. Selv de basale fordele ved at anvende regler om skattefri omstrukturering, der i sig selv blot er reglernes formål/indhold, kan anvendes til at bringe en person inden for LL § 3, stk. 1’s anvendelsesområde.

Sagen viser også igen, at objektive omstruktureringsregler ikke er tilstrækkelige til at vise hensigten med lovgivningen, men at LL § 3 efter Skatterådets opfattelse sagtens kan anvendes herpå.

⁸⁶ SKM2021.30.SR, s.47

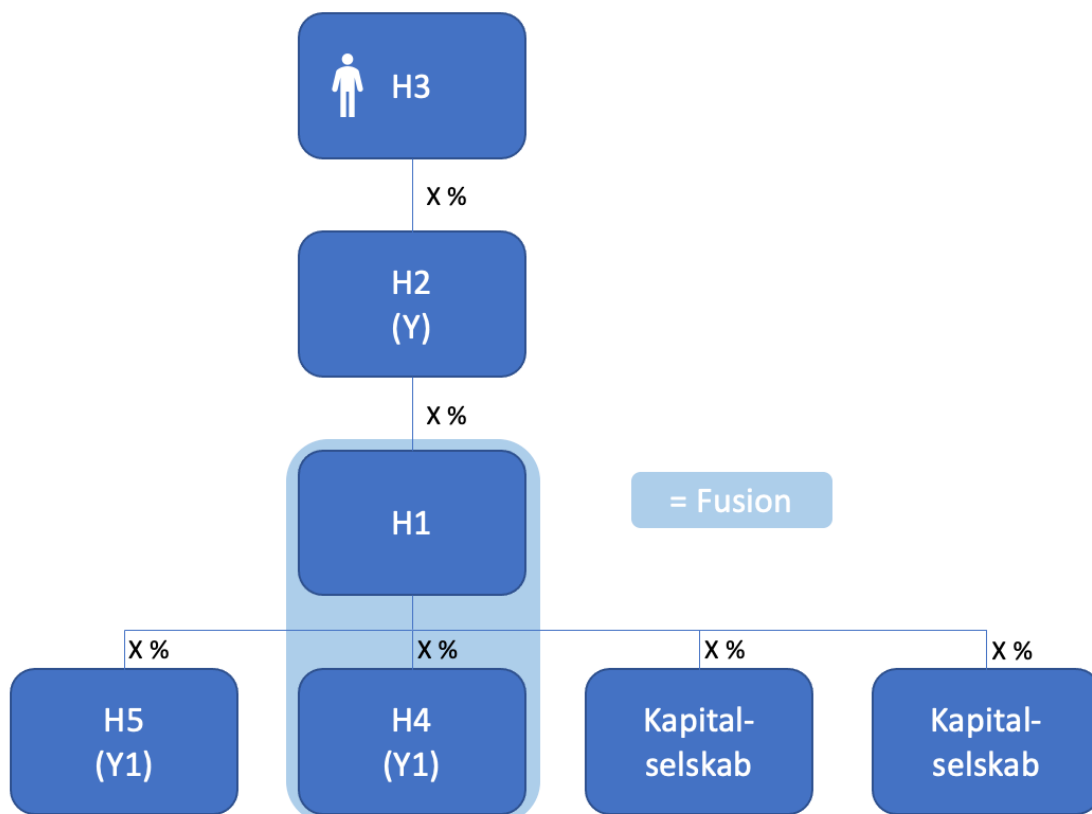
⁸⁷ SKM2021.30.SR, s. 53

⁸⁸ SKM2021.30.SR, s. 55

Desuden illustrerer afgørelsen problemerne med at håndtere bevisbyrdeforhold i bindende svar. Begrundelserne for omstruktureringen virker relativt overbevisende, men skatteyder ses ikke at have reelle muligheder for at hindre, at Skattestyrelsen lægger antagelser til grund, der forudsætter efterfølgende omstruktureringer, som ikke er oplyst som planlagt eller ønsket.

Den seneste sag på dette område er *SKM2021.591.SR*, der vedrører følgende ejerstrukturen i figur 3.

Figur 3



Kilde: Diagram i *SKM2021.521.SR*, egen tilvirkning

Anmodningen om bindende svar vedrørte en skattefri fusion af det danske selskab, H1, med det udenlandske selskab, H4. Det danske selskab skulle være indskydende selskab. Som formål med fusionen var oplyst, at der skulle skabes en enklere selskabsstruktur, idet der ikke var noget formål med at opretholde det danske holdingselskab.

Det var desuden oplyst, at et udbytte fra H1 til H2 ville udløse dansk kildeskat på 15%, hvis H2 ikke var beneficial owner. Et udbytte til den ultimative personaktionær ville dog udløse 25% skat i personaktionærens hjemland. Efter fusionen vil et udbytte fra H4 til H2, der videreudloddes til personaktionæren blive beskattet med mere end 25% hos personaktionæren. Y1-land kan derimod ikke beskatte udbytte udloddet fra H5 og H4, hvis H2 ikke er beneficial owner, og udlodningerne videreudloddes til H3. Her opnås en skattefordel ved at have fjernet det danske selskab H1 fra strukturen,

idet der ikke forinden kunne udloddes udbytter fra H5 og H4 til personaktionæren uden dansk kildeskat.

Skattestyrelsen finder dermed, at der foreligger en skattemæssig fordel ved eliminering af det danske selskab i strukturen. Skattestyrelsen finder desuden, at formålet om en enklere struktur ikke er tilstrækkeligt konkretiseret og ikke står mål med skattebesparelsen. Hovedformålet med arrangementet anses der at være opnåelse af en skattefordel. Skattestyrelsen ender dog med at konkludere, at LL § 3 ikke finder anvendelse, idet spørger har oplyst, at både H5 og H4 har været underskudsgivende i de sidste tre indkomstår, at ingen af selskaberne har udloddet udbytter i de senere år, og at der ikke forventes at blive udloddet udbytte i en årrække frem i tiden.

Endelig anfører Skattestyrelsen, at denne sag adskiller sig fra den netop gennemgåede *SKM2021.30.SR* vedrørende en tilsvarende problemstilling, hvor LL § 3 fandt anvendelse, idet der i *SKM2021.30.SR* var akkumuleret formue i koncernen, som det ville være muligt at udlodde i fremtiden (selvom det var oplyst, at koncernen havde haft økonomiske vanskeligheder og der ikke var udsigt til udlodninger).

I denne sag, hvor formålet med fusionen er meget overfladisk begrundet, findes der altså ikke grundlag for at anvende LL § 3, fordi der ikke aktuelt er mulighed for udlodning, mens det i *SKM2021.30.SR*, hvor formålet var mere grundigt forklaret, hvor der ikke var historik for uddelinger, og hvor der ikke i de kommende år var udsigt til udlodninger, fandtes grundlag for at bringe LL § 3 i anvendelse. Denne argumentation er overraskende. Man må jo gå ud fra, at selskaberne H5 og H4 drives videre med henblik på at tjene penge på et tidspunkt.

Sammenfatning vedrørende hjemstedsflytninger

Det er kendetegnende for de 4 sager om hjemstedsflytning, at der ikke foretages en konkret vurdering af de relevante skattereglers formål, herunder betydningen af, at reglerne om skattefrie fusioner sker efter regler, der er objektiveret. Selv om man kunne mene, at når regler om skattefri omstruktureringer fuldt bevidst er objektiveret, når der for en række omstruktureringer er opstillet betingelser for, at de kan gennemføres uden tilladelse, og når der i øvrigt findes en række specifikke værnsregler på området, må det klare udgangspunktet vel være, at skattefrie omstruktureringer ikke skal underkendes via LL § 3. Skatterådets hidtidige praksis ses dog ikke at understøtte dette. Tværtimod. Hvis afgørelserne kan tages til udtryk for, at den objektive del af misbrugsvurderingen ikke gennemføre, er dette i strid med EU-domstolens praksis.

Den hidtidige praksis vedrørende hjemstedsflytninger viser tydeligt de udfordringer, der opstår, når bevisbyrdeproblemer skal håndteres i et bindende svar. Det fremstår som meget svært for en skatteyder at overbevise om de ikke-skattedrevne formål, hvis Skattestyrelsen i sin indstilling stiller spørgsmål ved disse.

Der ses heller ikke noget specifikt fokus på at kvalificere dele af et arrangement som kunstige, således at der skal ses bort fra disse dele ved beskatningen. I sagerne ses der således ikke bort fra noget.

Det anerkendes blot ikke, at fusioner kan gennemføres skattefrit, hvad der vel nærmest svarer til at indføre krav om tilladelse til skattefrie fusioner via LL § 3. I stedet er fokus klart lagt på muligheden for at opnå en skattefordel, og selvom det er vanskeligt at se, at en skattefordel for et selskab skulle være et hovedformål med fusionen, er det som om, at der arbejdes med omvendt bevisbyrde.

I sagerne om hjemstedsflytning ses der ingen tegn på, at skatterådet forbeholder LL § 3 til de sjældne tilfælde, og det er efter forfatterens opfattelse vanskeligt at forene afgørelserne med den EU-retlige ramme opstillet i afhandlingens afsnit 4.4.

6.2 Skattefri omstrukturering efter objektive regler

I forarbejderne til LL § 3 ville skatteministeren ikke forholde sig konkret til, om/under hvilke omstændigheder LL § 3 kan anvendes, når der gennemføres skattefrie omstruktureringer efter objektive regler.

Skatterådets bindende svar vedrørende hjemstedsflytninger af danske selskaber via skattefrie fusioner, der ikke kræver tilladelse, viser, at skatterådet uden at forholde sig direkte til spørgsmål om reglernes formål, accepterer at LL § 3 anvendes. Spørgsmålet er, om Skatterådet på samme måde vil anvende LL § 3 på skattefrie aktieombytninger, spaltninger og tilførsler af aktiver, hvor kravet om tilladelse direkte blev udskiftet med objektive betingelser.

Der foreligger alene en enkelt afgørelse, der kan vise noget om dette, nemlig *SKM2022.200.SR*, hvor et spørgsmål omkring opfyldelse af betingelserne for at gennemføre omstruktureringer efter de objektive regler blev afvist under henvisning til, at der tidligere var søgt om tilladelse til disse omstruktureringer, og at en klagesag om afslagene på tilladelse verserede ved Skatteankestyrelsen.

I begrundelsen for afvisningen anfører Skattestyrelsen følgende:

”Fusionsskattedirektivets art. 15 og ligningslovens § 3 bygger på samme EU-retlige misbrugsbegreb, hvorfor en anvendelse af ligningslovens § 3 til besvarelse af spørgsmål 1 vil berøre den samme skatteretlige vurdering, som er genstand i den verserende klagesag ved Landsskatteretten – nemlig den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen”⁸⁹

”Ved besvarelse af nærværende anmodning om bindende svar, vil en vurdering efter ligningslovens § 3 skulle foretages – herunder den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen. Dette punkt er – som tidligere nævnt – genstand for den verserende klagesag og vil kræve den samme skatteretlige vurdering, som blev foretaget i forbindelse med det påklagede afslag.”⁹⁰

Skatterådet tiltrådte indstillingen og afviste de stillede spørgsmål.

⁸⁹ SKM2022.200.SR, S. 10

⁹⁰ SKM2022.200.SR, S. 11

Skatterådet anser tilsyneladende ikke formålet med at indføre de objektive regler som tilstrækkelige til, at LL § 3 ikke fuldt ud finder anvendelse på disse.⁹¹

Sammenfatning vedrørende omstrukturering efter objektive regler

Selvom de objektive regler om skattefrie omstruktureringer indeholder kriterier for anvendelse af reglerne, der er opstillet ud fra rene omgængelseshensyn, afviser Skatterådet ikke anvendelsen af LL § 3 ud fra den objektive del af misbrugstesten. Tværtimod er der ikke tvivl om, at Skatterådet har tænkt sig at anvende LL § 3 på objektive omstruktureringer. Reglerne om omstrukturering uden tilladelse ser dermed ud til at miste hovedparten af deres værdi – i hvert fald ind til Landsskatteretten eller domstolene kommer til at forholde sig til spørgsmålet.

Skatterådets opfattelse på området ses ikke at indebære nogen form for vurdering af de objektive omstrukturingsreglers formål som krævet efter den objektive del af misbrugstesten, og opfattelsen, der er kommet til udtryk i *SKM2022.200.SR*, er derfor næppe i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb.

6.3 Aktieavance eller udbytte?

Grænsedragningen mellem, hvornår en skatteyder vælger den skattemæssigt mest fordelagtige struktur for sin forretning, og hvornår der opnås skattemæssige fordele, der virker mod formålet og hensigten med skatteretten, kan være særligt udfordrende, når skatteydere kan vælge forskellige veje til at få et afkast af aktier udbetalt. Afkastet kan modtages som avance ved salg af aktier eller ved udbetalinger fra selskabet (udbytte mv.) Økonomisk er aktieavancer og udbytter i vidt omfang to sider af samme sag, men der kan være stor forskel på beskattningen af aktieavancer og udbytter. Hvor der er forskel, beskattes udbytte tidligere og/eller hårdere end aktieavancer, og skatteydere vil derfor ofte vælge veje, der medfører beskattning som aktieavance fremfor udbytte. Der er derfor indført en række værnsregler, der under forskellige betingelser fører til, at aktieavancer omkvalificeres til udbytter. Sådanne værnsregler findes f.eks. i SEL § 2 D vedrørende selskabers omgængelse af dansk udbytteskat og LL § 16A, stk. 1, nr.3, litra c vedrørende likvidationsprovenu til fysiske personer hjemmehørende udenfor EU/EØS.

En række bindende svar vedrører omstruktureringer, der er tilrettelagt på en måde, hvorpå man undgår at blive omfattet af sådanne værnsregler.

I det bindende svar refereret i *SKM2021.313.SR* var spørgsmålet, om en koncernintern overdragelse af alle aktier i et dansk selskab fra et selskab i Storbritannien til et selskab i Schweiz var omfattet af SEL § 2 D med den konsekvens, at salgsprovenuet til selskabet i Storbritannien skulle anses for udbytte, der var begrænset skattepligtigt til Danmark. Da alle relevante selskaber i koncernen var

⁹¹ Det svarer til, hvad der fremgår af DJV, 2022-1, afsnit C.I.4.1.5, der lyder som følger: "Omgængelsesklausulen finder anvendelse, hvad enten en omstrukturering er foretaget med eller uden tilladelse."

hjemmehørende i EU-lande eller i lande, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, og da køberselskabet ikke var et tomt selskab, var det åbenbart i sagen, at SEL § 2 D ikke fandt anvendelse. Skatterådet vurderede herefter, om LL § 3 kunne føre til et andet resultat, hvilket heller ikke var tilfældet.

Der er ikke noget overraskende i afgørelsens resultat, men det er værd at bemærke, at Skatterådet ikke kunne nøjes med at konkludere, at når værnreglen i SEL § 2 D ikke fandt anvendelse, og når denne regel i forvejen rammer meget bredt, var en nærmere vurdering efter LL § 3 overflødig. I stedet lavede Skatterådet en fuld analyse af, om der blev opnået skattemæssige fordele, der strider mod hensigten med direktiver, dobbeltbeskatningsoverenskomst eller dansk skatteret. Det fandt Skatterådet ikke var tilfældet, idet der blev lagt vægt på, at alle relevante koncernselskaber var beliggende inden for EU eller i overenskomstlande (hvorved der aldrig kan opstå en forskel på beskatningen af aktieavance og udbytte), og på, at overdragelsen af aktier skete som led i en større omstrukturering af koncernen, således at overdragelsen af aktier kunne anses for tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Ved at gennemføre en fuld analyse efter LL § 3 i en meget klar sag uden at forholde sig til, om anvendelsen af SEL § 2 D kan udvides via LL § 3, har sagen ikke nogen særlig værdi til afklaring af, hvordan LL § 3 skal anvendes inden for området "aktieavance eller udbytte".

Skatterådets bindende svar i *SKM2021.518.SR* er derimod interessant. Afgørelsen vedrører et dansk selskab (H1), som ejer 5% af aktierne i et selskab (H2). De resterende 95% var ejet af et moderselskab (H3) i en koncern, som en kapitalfond ønskede at erhverve 45% af aktierne i. Kapitalfonden krævede, at H3 blev ejer af alle 100% i H2. Planen var, at kapitalfonden stiftede to nye danske selskaber, hvor det ene nye selskab (BidCo) skulle erhverve alle aktier i H3, og hvor eksisterende aktionærer i H3 skulle reinvestere i det andet nye selskab (TopCo). For H1's vedkommende skulle der dels sælges aktier mod en fordring/kontanter og dels reinvesteres i TopCo. Hvis H1 overdrog sine aktier i H2 direkte til TopCo mod dels fordring/kontanter og dels aktier i TopCo, ville den del af vederlaget, der bestod i fordring/kontanter, blive omkvalificeret til udbytte, jf. SEL § 2 D, stk. 2, idet TopCo ville være et tomt selskab, og idet H1 delvist modtog vederlag i kontanter. Denne konsekvens kunne undgås, hvis H1 først overdrog sine aktier i H2 til H3 mod delvist vederlag i en fordring og delvist vederlag i aktier i H3. Herefter kunne H1 overdrage sine aktier i H3 til BidCo/TopCo mod alene et vederlag i aktier i BidCo/TopCo. Denne overdragelse ville ikke være omfattet af SEL § 2 D. Spørgsmålet var nu, om der var tale om en omgåelse af SEL § 2 D, stk. 2, der kunne tilsidesættes efter LL § 3.

I vurderingen af, om LL § 3 fandt anvendelse, anførte Skattestyrelsen i sin indstilling, at H1 ville opnå en skattefordel, idet handlen skulle gennemføres på en måde, hvor H1 undgik, at kontantvederlaget helt eller delvist blev beskattet som udbytte. Dernæst vurderede Skattestyrelsen, om denne fordel skattefordel strider mod formålet og hensigten med skatteretten. Endelig foretog Skattestyrelsen en gennemgang af forarbejderne til SEL § 2 D med henblik på at fastlægge formålet med reglen og konstaterede bl.a., at formålet med reglen er at forhindre omgåelse af udbyttebeskatning ved

”holdingsalg”, og at bemærkningerne til både bestemmelsens stk. 1 og 2 henviser til de situationer, hvor ejerkredsen efter omstruktureringen er uændret, og hvor formålet med transaktionen er at modtage midler fra selskabet.

Selvom Skattestyrelsen i indstillingen konstaterede, at transaktionen var tilrettelagt, så SEL § 2 D ikke fandt anvendelse, konkluderede Skattestyrelsen:

”det er dog Skattestyrelsens opfattelse, at der er tale om et reelt salg af den del af aktierne i H3, idet H1 efter transaktionen ejer færre aktier end forud for transaktionen og kontantvederlaget svarer til værdien af de afståede aktier. Som anført ovenfor er formålet med selskabsskattelovens § 2D at forhindre konvertering af udbytte til avance i tilfælde, hvor formålet reelt er at udlodde udbytte, og hvor aktionærernes ejerandele er uforandrede. I nærværende tilfælde kan et af de væsentligste formål med arrangementet derfor ikke siges at være at opnå en skattefordel som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, uanset transaktionen er tilrettelagt på den for H1 skattemæssigt mest hensigtsmæssige måde.”⁹²

Skatterådet tiltrådte indstillingen.

I denne sag var der tale om en klar stillingtagen til, hvad formålet med en given regel er, og denne stillingtagen var omdrejningspunktet for misbrugsvurderingen. Afgørelsen er måske udtryk for, at en værnsregel med et så bredt anvendelsesområde som SEL § 2 D som klart udgangspunkt rammer det, den skal, og ikke bør få et endnu bredere anvendelsesområde via LL § 3. En lignende situation vedrørende delsalg behandlede Skatterådet i afgørelsen *SKM.2022.267.SR*, hvor Skattestyrelsen med henvisning til *SKM2021.518.SR* nåede frem til samme konklusion.⁹³

SKM2022.99.SR omhandlede to fysiske personer, A og B, som i fællesskab ejede selskabet H1, hvor A ejede 2/3 af selskabet og B 1/3. A var far til B. A ejede desuden indirekte, via selskabet H4, 100% af anparterne i H2, som var et selskab placeret i DBO-land 1. B ejede indirekte via H5, som ligeledes lå i DBO-land 1, 100% af anparterne i H3. H1, H2 og H3 var skattemæssigt hjemmehørende i Danmark. Man ønskede at likvidere H1, men idet likvidationsprovenuet herfra ville blive omfattet af værnsreglen i LL § 16A, stk. 3, litra c (beskatning som udbytte), ønskede man ikke, at likvidationsprovenuet skulle udloddes direkte til A og B. A og B var skattemæssigt hjemmehørende i DBO-land 2, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsaftale med inkl. informationsudveksling. A og B kunne derfor overdrage deres aktier i H1 til hver sit danske holdingselskab, H2 og H3 mod vederlag i en fordring, uden at værnsreglen i KSL § 2, stk. 1, nr. 6 om omkvalifikation af visse salgssummer til udbytte fandt anvendelse. Efterfølgende ville A og B kunne modtage afdrag på deres fordringer mod H2 og H3 uden skattemæssige konsekvenser i Danmark.

⁹² SKM2021.518.SR, s. 14

⁹³ SKM2022.267.SR s. 24-25

Ifølge Skattestyrelsens indstilling, som Skatterådet tiltrådte, var der i henhold til LL § 3 tale om en skattefordel for et selskab, idet H2 og H3 ville modtage likvidationsprovenu fra H1 skattefrit. Dermed kunne omgåelsesklausulen ifølge indstillingen også anvendes overfor de fysiske personer, A og B. Som indstillingen er formuleret, blev der ikke stillet et krav om symmetri mellem en fordel for et selskab og fordelene for en person, og der ses heller ikke noget krav om, at fordelene for et selskab skal kunne tilsidesættes efter LL § 3, stk. 1. Dette svarer til konklusionen i SKM2021.30.SR, som er omtalt i afsnit 6.1. Skattestyrelsen fandt dog ikke, at formålet med arrangementet i sagen kunne anses for at stride mod skatteloven, idet lovgiver tydeligt har valgt, at kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6 ikke skal finde anvendelse ved holdingsalg, når aktionæren er hjemmehørende i et land, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, og som har en aftale med Danmark om udveksling af oplysninger. Lovgiver har således vedtaget to specifikke værnsregler i SEL § 2 D og KSL § 2, stk. 1, nr. 6, og den konkrete transaktion var ikke omfattet af nogen af reglerne.

Også i denne sag blev der dermed foretaget en konkret og detaljeret vurdering af, hvad formålet med de relevante skatteregler er, og der fandtes ikke at være grundlag for at udvide anvendelsesområdet af disse via LL § 3. Skatteyder kunne altså også i dette tilfælde vælge den mest gunstige af to alternative veje. Fortolkningen af den særlige danske bestemmelse i LL § 3, stk. 4 indebærer også i denne sag, at der ikke stilles krav om symmetri mellem fordelene for et selskab og fordelene for en person eller krav om, at fordelene for et selskab i sig selv er omfattet af LL § 3, stk. 1.

Endelig skal nævnes afgørelsen i SKM2020.39.SR. I sagen anmodede fem spørgerne om bindende svar i relation til mellemholdingreglen i ABL 4 A, stk. 3. Alle spørgerne var holdingselskaber i en dansk selskabsstruktur, hvor de hver især havde en ejerandel på 20% af det underliggende fælles holdingselskab. Spørgerne var omfattet af ABL § 4A, stk. 3, også kendt som mellemholding-reglen, hvilket betød, at spørgerne var skattepligtige af udbytter fra underliggende selskaber. Man påtænkte derfor at fusionere fire af de spørgende selskaber til to selskaber, hvorefter udbytter fra underliggende selskaber ville være skattefrie. I den forbindelse ønskede man bekræftet at de to påtænkte fusioner ikke ville være omfattet af LL § 3.

I sagen bekræftede Skatterådet, at LL § 3 ikke fandt anvendelse. Ifølge Skattestyrelsens indstilling var der ingen tvivl om, at formålet med fusionerne var at undgå værnsreglen i ABL 4 A, stk. 3. I afgørelsen blev der lagt vægt på, at skatteministeren i forarbejderne til loven havde udtalt følgende:

“Udgangspunktet i skatteretten er, at en skatteyder har ret til at vælge den skattemæssigt mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet, og dette ændrer skatteundgåelsesdirektivet – og dermed lovforslaget – ikke på. Det bemærkes overordnet om valg af den skattemæssigt mest fordelagtige struktur, at minimering af skattebetalingen ikke er en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand. På den anden side er opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier heller ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne.”⁹⁴

⁹⁴ SKM2020.39, s.6

På baggrund af ovenstående udsagn konkluderede Skattestyrelsen, at der i den konkrete sag var tale om en objektiv opfyldelse af kriterierne, hvilket ikke i sig selv er misbrug. Sagen illustrerer, at udgangspunktet stadig er, at skatteyder har ret til at vælge den mest fordelagtige struktur til sin aktivitet, og at en ren opfyldelse af lovens objektive betingelser ikke udgør et misbrug, uanset formålet med omstruktureringen. Denne opfattelse deles af andre danske forfattere, som samtidig anfører, at en statuering af misbrug kan komme på tale selvom objektive kriterier er opfyldt, men at dette må være reserveret til situationer hvor der foretages meget aggressiv skatteplanlægning.⁹⁵ Dette virker dog ikke til at være tilfældet jf. Afhandlingens gennemgang af sagerne *SKM2021.30.SR* og *SKM2022.200.SR* i hhv. afsnit 6.1 og afsnit 6.2.

Sammenfatning vedrørende aktieavance eller udbytte?

Den hidtidige praksis vedrørende aktieavancer kontra udbytter skildrer overordnet set to situationer, hvor et arrangement ikke kan tilsidesættes efter LL § 3.

Den første situation (afgørelsen i *SKM2022.99.SR*) vedrører tilfælde, hvor lovgiver eksplicit har angivet, at en disposition/transaktion ikke skal omfattes af en konkret værnsregel. I denne situation kan LL § 3 ikke anvendes. Det er på ingen måde overraskende, at transaktioner/dispositioner, der meget tydeligt er undtaget fra en værnsregel, ikke kan bringes ind under værnsreglen alligevel ved anvendelse af LL § 3.

Den anden situation (afgørelserne i *SKM2021.518.SR*, *SKM2022.267.SR* og *SKM2020.39.SR*) vedrører tilfælde, hvor skatteyder vælger den skattemæssigt mest fordelagtige løsning for sig selv, ved ikke at tage den direkte vej, men i stedet gennemføre sit arrangement i flere trin, for at undgå at blive omfattet af en specifik værnsregel. Afgørelserne i *SKM.2021.518.SR* og *SKM2022.267.SR* viser, at Skatterådet er klar til ikke kun at lade den objektive del af misbrugstesten falde ud til skatteydernes fordel i de tilfælde, hvor lovgiver meget tydeligt har valgt, at en bestemt disposition ikke skal være omfattet af en værnsregel, men også i tilfælde, hvor der skal foretages en mere nuanceret vurdering af, hvad formålet med en værnsregel er. Afgørelsen i *SKM2020.39.SR* er mindre tydelig end de to netop nævnte afgørelser men er sandsynligvis udtryk for det samme. Desuden viser afgørelsen mere specifikt, at man gerne må disponere sådan, at man kommer til at opfylde objektive kriterier for *ikke* at blive omfattet af en værnsregel.

På området ”aktieavance eller udbytte” er den objektive del af misbrugstesten tilstrækkelig, og der er endnu ingen eksempler på, at LL § 3 er anvendt til at tilsidesætte et rent dansk arrangement, dvs. et arrangement, der ikke handler om at undgå dansk kildebeskatning af udbytter.

Hvis man efter en dybdegående analyse af den specifikke værnsregels formål kan konkludere, at den valgte løsning ikke er i strid med værnsreglens formål, så kan LL § 3 ikke bringes i anvendelse.

Praksis viser, at der på dette område gennemføres en konkret vurdering af, hvad formålet med den enkelte regel er, og der findes ikke afgørelser, hvor rækkevidden af værnsregler udvides via den

⁹⁵ Bundgaard m.fl., 2021, s. 134-135

EU-retlige misbrugstest. Al foreliggende praksis på området er efter forfatterens opfattelse udtryk for korrekt anvendelse af det EU-retlige misbrugsbegreb.

6.4 Skattefordel for et selskab

En betingelse for, at LL §3 kan finde anvendelse, er, at der foreligger en skattefordel for et selskab, som er omfattet af bestemmelsen. Som berørt i afsnit 3 er misbrugsklausulen i ATAD I rettet imod skattefordele for selskaber, og Danmark har valgt at udvide denne bestemmelse til at omfatte fysiske personer og dødsboer. Forarbejderne må forstås sådan, jf. Afsnit 4, at denne merimplementering i LL §3, stk. 4 kun kan finde anvendelse, når der ses bort fra en skattefordel efter LL §3 stk. 1-3. Skatterådet har i en række sager forholdt sig til, om man i konkrete tilfælde kunne se bort fra skattefordele opnået af fysiske personer ved at anvende LL § 3, stk. 4.

Den første afgørelse, som berører dette, er *SKM2019.232.SR*. Sagen vedrørte en dansk person, som havde boet i udlandet i mange år. Spørger overvejede at flytte tilbage til Danmark, og ønskede efter sin indtræden i dansk skattepligt at gennemføre en skattepligtig ombytning af kapitalandele i sit helejede udenlandske selskab (G1 ltd.) med anparter i et nystiftet dansk holdingselskab. Spørger opnåede ved den påtænkte disposition dels vederlæggelse med anparter, og dels et kontantvederlag. Spørger ville have bekræftet, at det vederlag, som ikke bestod af anparter, ikke skulle beskattes som udbytte.

Indledningsvist i Skattestyrelsens indstilling blev det anført, at den konkrete sag ikke var omfattet af SEL § 2 D, fordi ordlyden ikke omfatter situationer hvor overdrager er en fysisk person. Det blev anført, at denne værnsregel ikke kan udvides til fysiske personer, fordi lovgiver alene har fundet behov for en værnsregel i de tilfælde, der er beskrevet i kildeskattelovens (KSL) § 2, stk. 1, nr. 6, og dette omfattede ikke spørger.

I relation til anvendelsen af LL § 3 blev det konstateret, at bestemmelsen ikke fandt anvendelse, fordi der i det konkrete tilfælde udelukkende var tale om en fordel for en fysisk person. I denne forbindelse blev det konstateret at:

”Anvendelse af ligningslovens § 3, stk. 4, forudsætter således, at der ses bort fra et arrangement eller en serie af arrangementer efter bestemmelsens stk. 1, som vedrører selskaber. Skattestyrelsen finder ikke, at ligningslovens § 3, stk. 4, finder anvendelse i denne sag, allerede fordi der ikke opnås en skattemæssig fordel for et selskab, som kan tilsidesættes efter ligningslovens § 3, stk. 1”⁹⁶

Skatterådet tiltrådte afgørelsen, som er i overensstemmelse med afhandlingens afsnit 4.1, hvor det påpeges, at LL §3, stk. 4 ikke kan finde anvendelse, når ikke der er den fornødne symmetri i misbrugssituationen, som forarbejderne foreskriver, og afgørelsen forekommer derfor korrekt.

⁹⁶ SKM2019.232. SR, s. 6-7

I tre efterfølgende sager, *SKM2020.98.SR*, *SKM2021.280.SR*, og *SKM2021.521.SR* er der store lighedspunkter med *SKM2019.232.SR*, og indstillingerne fra Skattestyrelsen henviser i betydeligt omfang til afgørelsen i *SKM2019.232.SR*, ligesom Skatterådet når frem til samme konklusion som i *SKM2019.232.SR*.⁹⁷

En anden afgørelse, som omhandler problemstillingen, er *SKM2020.359*. I afgørelsen drev to fysiske personer virksomhed igennem en ejerstruktur, hvor de igennem hvert deres holdingselskab ejede 50% af selskabet C Aps. Ved siden af drev de et fællesejet selskab (D Aps), hvor de fysiske personer hver især ejede 50% af anparterne. Dette selskab ønskede de to ejere lagt ind under den øvrige fælles ejerstruktur, men dette kunne ikke lade sig gøre grundet majoritetskravet i ABL §36. Derfor ønskede man at opnå denne struktur igennem en række successive omstruktureringer.

I den konkrete afgørelse konkluderede Skatterådet, at LL § 3 ikke fandt anvendelse. I indstillingen fra Skattestyrelsen blev der givet udtryk for, at rækken af successive omstruktureringer i sig selv godt kunne være udtryk for, at der forelå en skattemæssig fordel, fordi en ombytning af anparterne kunne foretages uden skattemæssige konsekvenser, idet beskatningen udskydes til en senere afståelse af anparterne. Men Skattestyrelsen måtte konstatere, at ingen af de deltagende selskaber opnåede en skattemæssig fordel, som lå ud over den retstilling, som selskaberne i forvejen besad, og derfor konkluderede Skattestyrelsen i tråd med ovenstående afgørelser, at LL § 3 ikke fandt anvendelse, fordi der ikke forelå en skattemæssig fordel for et selskab. Denne indstilling fra Skattestyrelsen blev tiltrådt af Skatterådet, og afgørelsen er dermed i overensstemmelse med kravet om symmetri i forarbejderne jf. Afsnit 4.1.

Afgørelsen *SKM2020.151.SR* omhandlede selskabet A, som hovedsageligt var ejet af en række holdingselskaber, som tilsammen besad 93,14% af aktiekapitalen. Herudover besad en række minoritetsaktionærer, i form af en række danske anpartsselskaber, tilsammen 6,86% af aktiekapitalen. Man overvejede at lade disse minoritetsaktionærer stifte et fælles holdingselskab (medarbejderholding) af praktiske årsager. Stiftelsen af medarbejderholding skulle ske gennem et apportindskud af deres samlede aktier i selskabet A, og de ville blive vederlagt forholdsmæssigt med anparter i medarbejderholding i forhold til deres indbyrdes ejerandele i A. Spørger, som ejede 2,11% af aktierne i A, ville dermed komme til at eje 30,78% af medarbejderholding. I sin indstilling påpegede det af Skattestyrelsen, at aktieombytningen i den konkrete sag kun bevirkede, at overskuddet blev beskattet i leddet før spørger med selv samme procentsats, og derved, blev der ikke opnået ikke en fordel, som kan tilsidesættes efter LL §3.

Gennemgangen af ovenstående sager indikerer, at det er en forudsætning for, at LL §3, stk. 4 kan finde anvendelse, at der bortses fra en fordel for et selskab efter bestemmelsens stk. 1. Men som gennemgangen af afgørelserne *SKM2020.293.SR* og *SMK2020.257.SR* nedenfor viser, så er Skattestyrelsen og Skatterådet ikke konsekvente på dette område.

⁹⁷ *SKM2020.98.SR* s.1 og *SKM2021.280.SR* s.6-7, og *SKM2021.521.SR* s.5-6

I SKM2020.257.SR var spørger et selskab, som havde i omegnen af 60 aktionærer bestående af selskabet H1, selskabet G1, to direktører i G1, samt en række medarbejdere på lederniveau. Medarbejderne var enten hjemhørende i Danmark eller i et andet land, hvor koncernen havde datterselskaber, og fire medarbejdere bosat i Danmark ejede deres aktier via personlige holdingselskaber. I 2020 havde medarbejderne ret til at sælge op til 50% af deres aktier, men da selskabet ikke var børsnoteret, var det kun muligt at foretage et tilbagesalg til udstedende selskab eller til en anden køber, som usteder anviste. Medarbejderne kunne ikke nødvendigvis opnå dispensation efter LL § 16 B, stk. 2, nr. 6, hvis salget skete til udstedende selskab, fordi de ikke kunne afhænde alle deres aktier på en gang. I denne sammenhæng blev det ikke anset for hensigtsmæssigt af spørger, at man hver gang, en medarbejder skulle sælge aktier, skulle undersøge, om H2 var berettiget til at tilbagekøbe disse aktier. I stedet ønskede man, at H1 skulle erhverve aktierne fra medarbejderne og herefter videre-sælge de erhvervede aktier i H2 til H2 to gange om året, for dels at bevare ejerforholdet mellem G1 og H1 og dels undgå de mange løbende tilbagesalg. I sagen blev der ikke spurgt ind til LL § 3, men Skattestyrelsen inddrog den selv.

Angående anvendelsen af LL § 3 mener Skattestyrelsen, at der består en skattefordel, fordi transaktionen fører til, at aktierne ikke bliver omfattet af LL § 16B, stk. 1, og salget dermed bliver behandlet som aktieavance i stedet for udbytte. Dette anser Skattestyrelsen for at være i strid med reglernes formål.

I forhold til spørgsmålet, om anvendelsen af LL § 3, stk. 4 udtales det:

”Det fremgår af ligningslovens § 3, stk. 4, at § 3, stk. 1-3, også finder anvendelse for fysiske personer, når en eller flere fysiske personer deltager i et arrangement, der anses for omgåelse, omfattet af ligningslovens § 3, stk. 1-3. Dette er tilfældet i nærværende sag.”⁹⁸

Denne udtalelse må forstås således, at de fire personlige holdingselskaber, der skulle sælge aktier, ville opnå en skattemæssig fordel, og at LL § 3 dermed også kunne bringes i anvendelse i forhold til de fysiske personer, der skulle sælge tilbage til udstedende selskab.

Man kan stille spørgsmålstegn ved ovenstående konklusion, idet der efter forfatterens opfattelse er tale om, at de aktionærer der er fysiske personer, og de personlige holdingselskaber deltager i parallelle arrangementer. Når de fysiske personer sælger deres aktier til H1, som herefter sælger videre til H2, er der kun tale om, at de fysiske personer opnår en fordel af disse transaktioner. At der samtidig er personlige holdingselskaber, der sælger aktier til udstedende selskab, betyder ikke, at der er behov for at skabe symmetri, idet personerne og holdingselskaberne ikke deltager i de samme transaktioner. Hvis kravet om symmetri i forarbejderne skal tages bogstaveligt, bør LL §3, stk. 4 ikke finde anvendelse i situationen for de af aktionærerne, som er fysiske personer.

⁹⁸ SKM2020.257.SR, s. 9

I afgørelsen *SKM2020.293.SR* ønskede en skatteyder, A, at bevare sine driftsaktiviteter i det anpartsselskab, H1, som vedkommende var eneanpartshaver af, men ønskede samtidig at få overskudslikviditeten ført ud til sig selv personligt. Som udgangspunkt ville dette medføre, at A blev beskattet af et udbytte og ikke opnåede fradrag for nogen del af sin anskaffelsessum for anparterne i H1. For at opnå dette, skulle en række omstruktureringer gennemføres. Først påtænkte man at gennemføre en skattefri anpartsombytning, hvilket resulterer i stiftelsen af H2. Herefter påtænkte man at udlodde udbytte fra H1 til H2. Endelig skulle ophørsspaltes skattefrit til H3 og H4, hvor udbyttet ville befinde sig i H4. På et senere tidspunkt ville H4 blive likvideret. Herved blev strukturen bragt tilbage til, hvordan den så ud før omstruktureringerne, og A ville opnå fradrag for den del af sin anskaffelsessum, der var henført til aktierne i H4 ved opgørelsen af avancen på H4-aktierne ved likvidationen. Spørger stiller tre spørgsmål, hvoraf det sidste omhandlede anvendelsen af LL § 3.

Afgørelsen er interessant af flere årsager. Angående skattefordelen argumenteres der for, at skatteyder opnår en fordel igennem omstruktureringerne, fordi det giver adgang til fradrag for den anskaffelsessum, der er henført til aktierne i H4, når avancen på disse aktier opgøres ved likvidationen. Det bemærkelsesværdige er, at hovedanpartshaveren er en fysisk person, hvilket Skattestyrelsen selv påpeger:

”Ved at spalte H4 ud til et selvstændigt selskab, der herefter likvideres, opnår A en fordel, idet udbyttet bliver ”omkvalificeret” til likvidationsprovenu, hvor der skal opgøres gevinst/tab efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven.”⁹⁹

Af Skattestyrelsens indstilling fremgår det ikke, at noget selskab opnår en skattemæssig fordel, og dermed burde LL §3 ikke finde anvendelse i situationen, fordi det jævnfør afhandlingens afsnit 4.1 strider imod bestemmelsens ordlyd og forarbejder, men på trods af dette behandler Skattestyrelsen betingelsen som opfyldt.¹⁰⁰ Dernæst begiver Skattestyrelsen sig ud i at vurdere, om den opnåede fordel strider imod formålet med skatteretten. Denne betingelse behandles kun kort af Skattestyrelsen, som i indstillingen har anført:

”Det ville være i strid med formålet og hensigten med skatteretten, hvis det var muligt at omkvalificere en skattepligtig udbytteudlodning til et likvidationsprovenu, hvor der skal opgøres gevinst/tab efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven.”¹⁰¹

Ligesom i *SKM2020.257.SR* foretages der ingen analyse af, hvorvidt det objektive element i misbrugsvurderingen er opfyldt. Skattestyrelsen henviser blot til, at arrangementet i sin helhed minder om en nedsættelse af aktiekapitalen. Om Skattestyrelsen her forsøger at illustrere, at andre

⁹⁹ SKM2020.293.SR, s. 9

¹⁰⁰ Afgørelsen er omtalt af Nielsen m.fl., SR-SKAT 2020, s. 265, hvor det anføres, at forfatterne har vanskeligt ved at forstå Skatterådets afgørelse.

¹⁰¹ SKM2020.293.SR, s. 9

alternativer ville have udløst en hårdere beskatning, er svært at gennemskue, men er det tilfældet, kan det være i strid med skatteydernes ret til at vælge det bedste alternativ til sin forretningsaktivitet jf. Afsnit 4.1, hvis Skattestyrelsen kan konkludere, at et arrangement strider imod formålet med skatteretten, blot fordi det ikke udløser den hårdest mulige beskatning. Angående det subjektive element lægger Skattestyrelsen vægt på, at arrangementet ikke kan være tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, fordi koncernstrukturen bringes tilbage til, hvordan den så ud før omstruktureringerne, når H4 likvideres, samt at arrangementet skal ses som et alternativ til udbytteudlodning. På denne baggrund kommer Skattestyrelsen frem til, at LL § 3 finder anvendelse på arrangementet. Som nævnt er dette især overraskende, fordi skattefordelen opnås af en fysisk person.

Endelig skal den ovenfor beskrevne afgørelse i *SKM2021.30.SR* nævnes i dette afsnit. I afgørelsen blev det bl.a. klart konkluderet, at der ikke behøver at være en sammenhæng mellem fordelene for et selskab og fordelene for en person udover, at selskab og person skal være en del af samme arrangement. Der skal end ikke stilles krav om, at fordelene for et selskab i sig selv skal være omfattet af LL § 3, stk. 1 – der skal blot være en eller anden skattefordel for et selskab.

Sammenfatning vedrørende fordel for et selskab

Skatterådets praksis ser ikke ud til at stille ret store krav til de fordele, der skal være for et selskab, før den rent danske regel i LL § 3, stk. 4 kan bringes i anvendelse, og et krav om en direkte symmetri mellem fordelene for et selskab, der kan tilsidesættes efter LL § 3, stk. 1, og fordelene for en person bliver ikke stillet i de nyeste afgørelser.

Forfatteren mener ikke, at Skatterådets seneste praksis omkring LL § 3, stk. 4 harmonerer med lovtækt og forarbejder.

6.5 Sammenfattende vedrørende praksis

Da antallet af afgørelser vedrørende anvendelsen af LL § 3 fortsat er relativt begrænset, når der ses bort fra afgørelser på ”beneficial owner”-området, skal man naturligvis være forsigtig med at drage konklusioner om, hvorvidt praksis er i overensstemmelse med den EU-retlige ramme, men i det følgende er de tendenser, der efter forfatterens opfattelse har vist sig, beskrevet.

Forfatteren vurderer, at praksis har udviklet sig uensartet.

På det område, hvor der er indført flest specifikke værnsregler, nemlig kvalifikation af udbytter og aktieavancer, viser praksis, at der gennemføres en konkret vurdering af, hvad formålet med den enkelte regel er, og at der ikke ses afgørelser, hvor der rækkevidden af værnsreglerne udvides via LL § 3. I disse afgørelser har der ikke været behov for at gennemføre den subjektive del af misbrugstesten. Forfatteren vurderer, at praksis på dette område er i god overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb.

Derimod viser praksis omkring skattefrie omstruktureringer efter objektive regler, hvor de i lovgivningen opstillede kriterier for at anvende de objektive regler er opstillet ud fra rene omgængelseshensyn, at Skatterådet ikke på samme måde afviser anvendelsen af LL § 3 ud fra den objektive del af misbrugstesten. Tvært imod tilkendegives det direkte i SKM2022.200.SR, at der i hvert eneste tilfælde skal foretages en konkret vurdering efter LL § 3 ud fra de kriterier, der anvendes i tilladelsessystemet. Dette svarer efter forfatterens opfattelse til, at det objektive system helt mister sit objektive præg og i realiteten nærmest ophæves. Denne praksis fra Skatterådet ses ikke at indebære nogen form for vurdering af de objektive omstrukturingsreglers formål efter den objektive del af misbrugstesten, idet formålet med de objektive omstrukturingsregler ikke kan være at dublere reglerne i tilladelsessystemet. Skatterådets praksis på dette område er derfor næppe i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb.

En særlig variant af sager omkring skattefrie omstruktureringer efter objektive regler er sagerne, hvor skattefrie grænseoverskridende fusioner uden tilladelse anvendes til at gennemføre hjemstedsflytninger for selskaber. Der er hidtil offentliggjort fire bindende svar, hvor situationen i alle sagerne er, at et dansk selskabs hjemsted ønskes ”flyttet” til udlandet via en skattefri grænseoverskridende fusion. I disse sager ses der ikke udført en konkret vurdering af de relevante skattereglers formål, og det er på ingen måde konkluderet, at LL § 3 ikke kan anvendes på sådanne fusioner. Hvis afgørelserne kan tages til udtryk for, at den objektive del af misbrugstesten ikke gennemføres, er dette i strid med den EU-retlige ramme. I stedet kan det konstateres, at Skatterådet hidtil har fundet LL § 3 anvendelig på alle sager, hvor der er identificeret en skattemæssig fordel, og at omdrejningspunktet i sagerne har været afvejningen af skattemæssige fordele mod forretningsmæssige fordele, og hvor det må konstateres, at det har været særdeles vanskeligt for skatteyderne at overbevise Skatterådet om, at opnåelse af de skattemæssige fordele ikke har været et hovedformål med fusionen. Afgørelserne viser især, at der opstår store udfordringer, når bevisbyrdeproblemer skal håndteres i et bindende svar, og det er meget svært at se, at LL § 3 anvendes restriktivt. Desuden viser sagerne efter forfatterens opfattelse, at Skatterådet finder LL § 3 anvendelig uden konkret at udpege kunstige elementer. Det kan være, at selve fusionen anses for kunstig (dvs. anses som en erstatning for en direkte hjemstedsflytning), men dette fremgår ikke af sagerne. Det fremgår blot, at virkningen af anvendelsen af LL § 3 er, at fusionen anses for skattepligtig i stedet for skattefri. Endelig er det vanskeligt overhovedet at se, at skattefordelen for et selskab er et hovedformål med fusionerne, hvilket den EU-retlige misbrugstest også kræver. Alt i alt forekommer praksis på dette område særdeles restriktiv og noget vanskelig at forene med den EU-retlige ramme.

Hvad angår praksis omkring LL § 3, stk. 4, der ikke er omfattet af den EU-retlige ramme, men er en særlig dansk udvidelse af bestemmelsen, er det forfatterens opfattelse, at Skatterådets praksis er inkonsekvent, og at flere afgørelser ikke er i overensstemmelse med lovtækt og bemærkninger. Dette kommer bl.a. til udtryk i SKM2021.30.SR, hvor det direkte anføres, at en hvilken som helst skattefordel for et selskab muliggør, at LL § 3 kan anvendes på personer, der deltager i samme arrangement. Der stilles hverken krav om, at skattefordelen for et selskab er omfattet af LL § 3, stk. 1, eller at der er symmetri mellem skattefordelen for et selskab og en person.

Sammenfattende tegner der sig en praksis omkring anvendelsen af LL § 3 på specifikke værnsregler, herunder værnsreglerne i SEL § 2 D og ABL § 4A, stk. 3. Denne praksis går fint i spænd med den EU-retlige ramme. Herudover må praksis betragtes som uensartet og uden tydelig retning udover, at Skatterådets praksis vedrørende selskabers hjemstedsflytninger forekommer meget restriktiv. Der er således lang vej igen, før der mere generelt tegner sig et billede af, hvornår LL § 3 kan anvendes i Danmark uden for ”beneficial owner”-området.

7. Konklusion

Afhandlingens formål var at beskrive og bedømme den danske praksis vedrørende LL § 3 ved dels ved at vurdere, om dansk praksis er i overensstemmelse med omgåelsesklausulens EU-retlige grundlag, herunder ATAD I og EU-domstolens praksis, samt delvist undersøge, om dansk praksis om merimplementeringen i LL § 3, stk. 4 er i overensstemmelse med lovtekst og forarbejder.

LL § 3 udgør primært den danske implementering af GAAR-reglen i ATAD I. Ifølge ordlyden af LL § 3, stk. 1, kan det konkluderes, at bestemmelsen er rettet imod selskaber, idet anvendelsen af bestemmelsen kræver, at der foreligger en skattefordel for et selskab. Grundet den danske merimplementering i LL § 3, stk. 4, omfatter bestemmelsen ligeledes fysiske personer og dødboer, men finder kun anvendelse i de tilfælde, hvor et selskab i samme arrangement opnår en skattemæssig fordel efter LL § 3, stk. 1-3. Generelt giver lovteksten og bemærkningerne til lovforslaget ikke megen konkret vejledning i, hvorledes bestemmelsen skal anvendes i dansk skatteret. Skatteministeren har desuden svaret undvigende på i hvilke situationer LL § 3 finder anvendelse.

Fordi LL § 3 er udtryk for implementering af et EU direktiv, er det EU-domstolen, som i sidste ende skal fastlægge hvorledes bestemmelsen finder anvendelse. I selve direktivet gøres der heller ikke meget for at fastlægge bestemmelsens anvendelsesområde, men det fremgår dog, at skatteyder stadig har ret til at vælge det bedste alternativ til sin forretningsaktivitet, samt at anvendelsen af bestemmelsen ikke må ske ud fra prædefinerede kriterier. Endvidere fremgår det af fremsættelsesteksten tilhørende det oprindelige forslag i ATAD I, at bedømmelsen af, om der foreligger misbrug, skal ske i overensstemmelse med EU-domstolens praksis. Desuden er der bred enighed i skatteretlig litteratur om, at bestemmelsen har en klar tilknytning til det EU-retlige misbrugsbegreb.

Det EU-retlige misbrugsbegreb er blevet udviklet over en lang årrække. De danske Beneficial Ownership-domme udgør nogle af de seneste, samt de mest konkrete bidrag til forståelsen af misbrugsprincippet til dato. I dommene slog EU-domstolen fast, at påvisning af misbrug kræver tilstedeværelsen af dels et objektive element, der indeholder et krav om, at arrangementet strider imod den relevante lovgivnings formål på trods af, at formelle betingelser er opfyldt, og dels et subjektivt element, som stiller krav om, at det foreliggende arrangement skal være kunstigt samt, at arrangementet er skabt med hensigt om at drage fordel af skattelovgivningen. I domme blev der desuden præsenteret en række konkrete holdepunkter for, hvornår der foreligger misbrug, men da disse relaterer sig specifikt til beneficial ownership-problemstillingen, så kan disse være svære at overføre på andre typer af sager.

Ud fra dommene har man i skatteretlig litteratur desuden diskuteret en række spørgsmål angående det EU-retlige misbrugsbegreb. Den dominerende opfattelse er, at det EU-retlige misbrugsbegreb

har forrang over for andre principper men ikke kan anvendes fuldstændig løsrevet herfra. Desuden påpeger flere forfattere, at misbrugsbegrebet fortsat skal fortolkes restriktivt og ikke kan bruges til at rette op på mangelfuld lovgivning. Til trods for EU-domstolens praksis og holdningerne/fortolkningerne i litteraturen må det konkluderes, at der betydelig usikkerhed omkring, hvordan GAAR-reglen skal overføres på nationale skatteregler, som ikke er synderligt formålsbaseret, herunder danske skatteregler. Endvidere konkluderes det, at holdepunkterne præsenteret af EU-domstolen i de danske beneficial ownership-domme udtryk for, at skatteydere hensigt skal afdækkes ud fra almindelige økonomiske faktorer, og det at EU-domstolen har begivet sig væk fra at vurdere transaktioner i lyset af deres juridiske substans til i stedet at vurdere den økonomiske substans. Endelig kan det fremhæves, at skattemyndighederne først skal påvise et misbrug, hvorefter skatteyder skal have mulighed for tilbagevise denne påvisning igennem en redegørelse for arrangementets kommercielle berettigelse.

Ifølge bestemmelsen skal skatteforvaltningen forelægge sager om anvendelse af LL § 3 for Skatterådet til afgørelse. Det er dog ikke indlysende, at Skatterådet er et velegnet organ til at foretage denne bedømmelse, idet Skatterådet blot lægger de indsendte oplysninger til grund for sin afgørelse. Dermed skal Skatterådet ikke igennem en afgrænsning og vurdering af fakta på den måde, som EU-Domstolen forudsætter i sin beskrivelse af misbrugstesten.

På grundlag af analysen LL § 3 og bestemmelsens EU-retlige grundlag er der foretaget en gennemgang og vurdering af dansk praksis vedrørende perioden efter EU-Domstolens dom i de danske Beneficial Ownership-sager, idet der dog er set bort fra dansk praksis omkring netop Beneficial Ownership-problemstillinger. Mængden af denne praksis fra Skatterådet er stadigvæk begrænset, men på grundlag af de offentliggjorte bindende svar har det dog været muligt at udlede nogle tendenser.

Indenfor området vedrørende kvalifikation af udbytter og aktieavancer, syntes der at blive foretaget grundige vurderinger af værnsreglernes formål, og på baggrund af disse vurderinger konkluderer Skatterådet, at de gældende værnsregler ikke kan udvides via LL § 3, hvilket vurderes at være i overensstemmelse med en korrekt restriktiv anvendelse af det EU-retlige misbrugsbegreb. Denne tendens syntes at være ret klar. Anderledes forekommer praksis på området for hjemstedsflytninger via grænseoverskridende skattefrie fusioner at være vanskelig at forene med det EU-retlige misbrugsbegreb. Særligt synes det objektive element i den EU-retlige misbrugstest overskygget af overvejelser om, hvorvidt at der foreligger en skattemæssig fordel. I disse situationer foretages der ikke konkrete vurderinger af formålet med de pågældende skatteregler, hvilket ikke vurderes at være i overensstemmelse med EU-domstolens praksis om misbrugstesten, som består af kumulative betingelser. Det synes særdeles svært for skatteyder at overbevise Skatterådet om, at arrangement er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, og ikke har som hovedformål at opnå en skattefordel, når først en skattefordel er identificeret. Alt i alt må den praksis, som Skatterådet indtil videre har anlagt på dette område anses som restriktiv, hvilket i sig selv er svært at forene med afhandlingens ramme for det EU-retlige misbrugsbegreb.

En anden tendens er, at skattefrie omstruktureringer i det objektive system, ifølge Skatterådet skal gennemgå en misbrugsvurdering efter LL § 3 ud fra de kriterier, der er i tilladelsessystemet. Dette på trods af, at de i reglerne fastsatte objektive kriterier er fastsat ud fra omgåelseshensyn. Hermed lægger man ikke vægt på, at lovgiver i disse værnsregler har forholdt sig til hvilke situationer, der anses for omgåelse. Dette står i et modsætningsforhold til Skatterådets praksis om anvendelse af LL § 3 på værnsreglerne angående kvalifikation af aktieavance og udbytter.

Endelig forekommer Skatterådets seneste praksis vedrørende LL § 3, stk. 4 at være løsrevet fra bestemmelsens ordlyd og forarbejder, idet flere afgørelser forekommer at være i strid med kravet om, at fysiske personer kun kan blive omfattet af bestemmelsen, hvis et selskab opnår en skattemæssig fordel, der kan tilsidesættes efter LL § 3, stk. 1-3. Dette sker på trods af, at Skatterådet selv i flere tidligere afgørelser selv fremhæver dette krav.

Alt i alt forekommer Skatterådets praksis på flere områder inkonsistent, hvilket indtil videre betyder, at danske skatteydere må operere under en vis usikkerhed, indtil praksis dækker flere områder, og indtil Landsskatteretten, danske domstole og EU-Domstolen sætter yderligere rammer for anvendelse af misbrugsbegrebet.

8. Litteraturliste

Bøger

- Andersen, Mads Bryde, *Ret og Metode*, 1. udgave, Gads Forlag, 2002.
- Bagge, Torben og Jantzen, Leo (red), *Skat med omtanke – festskrift til advokat Tommy V. Christensen*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019.
Heraf anvendte kapitler:
 - Hansen, Jan Guldmand, *Har EU-Domstolens sendt "realitetsgrundsætningen" på pension?*
- Bundgaard, Jakob, Jensen, Dennis Ramsdahl & Winther-Sørensen, Niels, *Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: Den evige udfordring – om- gåelse og misbrug i skatteretten*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2015.
Heraf anvendte kapitler:
 - Bolander, Jane, *Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten – den evige diskussion om forudberegnelighed contra bekæmpelse af misbrug*
 - Hansen, Hans Severin, *Forord*
 - Jensen, Dennis Ramsdahl, *misbrugsprincippet – djævelen i skyggerne*
 - Laursen, Anders Nørgaard, *Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalance-rede fordeling af beskatningsretten*
- Bundgaard, Jakob, Kjærsgaard, Louise Fjord og Tell, Michael, *Den skatteretlige omgåelses-klausul*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2021.
- Michelsen, Aage, Bolander, Jane, Madsen, Liselotte, Laursen, Anders Nørgaard og Langhave, Inge, *Lærebog om indkomstskat*, Djøf Forlag, 18. udgave, 2019.
- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *EU-ret*, Karnov Group, 8. udgave, 2020.

Artikler

- Ballancin, Andrea og Cannas, Francesco, *The Development of the Doctrine of Abuse of Law and the Danish Cases: Time to Shift the Focus from Non-Genuine Arrangements to Single (Abusive) Transactions?*, EC Tax Review 2021/2.
- Bjare, Peter Rose og Sønderholm, Søren, *Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3*, SR.2019.110.
- Bærentzen, Susi, *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?*, World Tax Journal, Februar 2020
- De Broe, Luc og Gommers, Sam, *Danish Dynamite: The 26 february 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, EC Tax Review 2019-6.

- De Broe, Luc og Beckers, Dorien, *The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law*, EC Tax Review 2017/3.
- De Charette, Diane, *The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law*, EC Tax Review 2019-4.
- De La Feria, Rita, *On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law*, EC Tax Review 2020/4.
- Geringer, Stefanie, *Criteria for the Application of Anti-Abuse Provisions to Holding Companies under ECJ Case Law: Their Significance in Interpreting and Applying ATAD Provisions*, European Taxation, October 2020.
- Mulder, Frederik og Cattel, Yves, *Abuse of Law under EU Directives*, Derivatives & Financial Instruments, 2019 (Volume 21), No. 6.
- Nielsen, Katrine, Ventzel, René Lønne og Kjær, Susanne i ”Omgåelsesklausulen – hvad ved vi nu?”, SR-SKAT 2020.
- Rodriguez, Juan Lopez, *Some Thoughts to Understand the Court of Justice Recent Case-Law in the Denmark Cases on Tax Abuse*, EC Tax Review 2020-2.
- Sørensen, Karsten Engsig, *Misbrug af EU-retten - et generelt EU-retligt princip med implikationer for dansk ret*, Ugeskrift for Retsvæsen, U.2021B.63.
- Van Hulten, Loes og Korving, Jasper, *Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases*, Intertax, Volume 47, Issue 8 & 9.
- Zimmer, Frederik ”In Defence of General Anti-Avoidance Rules”, Bulletin for International Taxation, April 2019.

Retspraksis

- C-115/16, N Luxembourg 1
- C-116/16, T Danmark
- C-117/16, Y Danmark
- C-118/16, X Denmark A/S
- C-119/16, Danmark 1
- C-299/16, Z Denmark ApS

Administrativ praksis

- SKM2019.232.SR
- SKM2020.39.SR
- SKM2020.98.SR
- SKM2020.151.SR
- SKM2020.257.SR
- SKM2020.282.SR
- SKM2020.293.SR

- SKM2020.359.SR
- SKM2020.448.SR
- SKM2021.30.SR
- SKM2021.280.SR
- SKM2021.313.SR
- SKM2021.518.SR
- SKM2021.521.SR
- SKM2021.591.SR
- SKM2022.99.SR
- SKM2022.200.SR
- SKM2022.267.SR

Direktiver

- Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, ændret ved direktiv 2015/121/EU.
- Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion. (refereret til som ATAD I)

Danske lovtekster

- Aktieavancebeskatningsloven, LBKG 2021-01-29 nr. 172. (Refereret til som "ABL")
- Fusionskatteloven LBKG 2021-04-23 nr. 743 (refereret til som "FUL")
- Kildeskatteloven, LBKG 2021-04-28 nr. 824. (Refereret til som "KSL")
- Ligningsloven, LBKG 2021-08-17 nr. 1735. (Refereret til som "LL")
- Selskabsskatteloven, LBKG 2021-02-22 nr. 251. (Refereret til som "SEL")

Lovforarbejder

- Lovforlag L28, 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, samt Spørgsmål og svar, 2018.
- Høringsskema, L 167 (2014/15), bilag 1. Skatteudvalget 2014-15.

Den juridiske vejledning

- Den juridiske vejledning (2022-1), afsnit C.D.7.1 Generelt om det objektive system
- Den juridiske vejledning (2022-1), afsnit C.I.4.1.5 Omstruktureringer med eller uden tilladelse

EU-kommissionen

Forslag til RÅDETS DIREKTIV om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde, Bruxelles, den 28.1.2016 COM(2016) 26 final.

9. Bilag

9.1 Anvendte forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
LL	Ligningsloven
KSL	Kildeskatteloven
SEL	Selskabsskatteloven
ATAD I	Anti-tax avoidance direktivet af 12. juli 2016
PPT	Principal purpose test
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
DJV	Den Juridiske Vejledning
FUL	Fusionskatteloven