

International skatteplanlægning – En global udfordring fra et dansk perspektiv

International Tax Planning – A Global Challenge from a Danish Perspective

Kandidatafhandling

Udarbejdet af: Tenna Bruun-Ringgaard
Amalie Tøttenborg

Uddannelse: Copenhagen Business School – Cand.merc.(jur.)

Afleveringsdato: 17. maj 2016

Vejledere: Jesper Anker Howes
Henrik Yde Andersen



Antal sider: 119
Antal anslag: 272.721

Abstract

Due to globalisation, the opening of the European market and the full mobility within the market, companies have become multinational and are subject to different legislations, including tax legislations. As a result, it has been revealed that companies engage in aggressive tax planning, by taking advantage of differences in countries' legislation to minimize their tax payment.

As a consequence, legislators and organizations have taken initiatives globally to avoid this behaviour. Denmark has implemented two general anti-avoidance rules in section 3 of the Assessment Act, one concerning the EU-directives and one concerning tax treaties signed by Denmark.

The objective of this master's thesis is to clarify the content and scope of the two general anti-avoidance rules. In addition, the thesis will investigate whether companies perform tax planning, and whether the two general anti-avoidance rules are the most effective instrument.

The master's thesis concludes that the two general anti-avoidance rules are vague. Therefore it is difficult to clarify the content and scope. However it can be derived that the scope of the rules is very broad, in consequence of which it is expected that a variety of company behaviour may fall within the scope, and be found illegal.

Furthermore it is concluded, that the fact that companies' object is to maximize profit, implies that they have incentive to minimize taxes. In addition, it is established that companies do perform tax planning by shifting profit from high- to low-tax jurisdiction.

The thesis concludes that general anti-avoidance rules are an effective instrument to prevent aggressive tax planning, as companies constantly change their tax planning strategies. However, it is necessary to provide some detailed guidelines, in order for both courts and companies to act in accordance with the object of the rules. In addition, it is concluded that the general anti-avoidance rules need to be implemented globally to be effective.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 – Teori og metode	4
1.1 INDLEDNING	4
1.2 PROMBLEMSTILLING.....	5
1.2.1 Juridisk problemformulering.....	6
1.2.2 Økonomisk problemformulering.....	6
1.2.3 Integreret problemformulering.....	6
1.3 SYNSVINKEL	6
1.4 AFGRÆNSNING	7
1.5 TEORI OG METODE	8
1.5.1 Juridisk teori og metode	8
1.5.2 Økonomisk teori og metode	16
1.5.3 Integreret teori og metode	18
1.6 Struktur	20
1.6.1 Juridisk kapitel	20
1.6.2 Økonomisk kapitel	20
1.6.3 Integreret kapitel	20
1.7 DEFINITIONER	21
Kapitel 2 – Juridisk analyse	22
2.1 BESTEMMELSENS FORMÅL OG BAGGRUND	22
2.2 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 1.....	23
2.2.1 Fortolkning af bestemmelsens enkelte dele	23
2.2.2 De objektive kriterier	37
2.2.3 Bevisbyrden	38
2.2.4 Retsfølgen	39
2.2.5 Rækkevidden af LL § 3, stk. 1	40
2.3 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 3.....	48
2.3.1 Fortolkning af bestemmelsen enkelte dele.....	48
2.3.2 De objektive kriterier	54
2.3.3 Bevisbyrden	54
2.3.4 Retsfølgen	55
2.3.5 Rækkevidden af LL § 3, stk. 3	56
2.4 FORSKELLE PÅ DE TO KLAUSULER.....	59
2.5 DELKONKLUSION	62
Kapitel 3 – Økonomisk analyse.....	64
3.1 INDLEDNING	64
3.2 SELSKABERS ADFÆRD	65
3.2.1 Karakteren af konkurrencen på markedet	65
3.2.2 Aktørerne på markedet.....	65
3.2.3 Selskabers ageren under fuldkommen konkurrence	66
3.3 HVEM BÆRER SKATTEBYRDEN?	75
3.3.1 Fordelingen af skattebyrden i en lukket økonomi.....	75
3.3.2 Fordelingen af skattebyrden i en åben økonomi	76
3.3.3 En lukket eller åben økonomi?.....	77

3.4 SELSKABERS SKATTEINCITAMENT	78
3.5 FOREKOMSTEN AF SKATTEPLANLÆGNING	79
3.5.1 Hvor meget profit flyttes gennem skatteplanlægning?	81
3.6 OVERENSSTEMMELSE MELLEM TEORI OG LL § 3.....	84
3.6.1 LL § 3 som et værktøj til at hindre aggressiv skatteplanlægning	84
3.6.2 Hvem pålægges skattebyrden som følge af LL § 3?.....	85
3.6.3 LL § 3 som et element til at udvide det danske skattegrundlag.....	87
3.6.4 Skatteminimering som konkurrenceparameter	88
3.6.5 Skatteminimering er ikke altid profitmaksimerende.....	88
3.7 DISKUSSION AF ANVENDTE TEORIER OG MODELLER.....	89
3.8 DELKONKLUSION	90
Kapitel 4 – Integreret analyse	92
4.1 INDLEDNING	92
4.2 PRINCIPAL-/AGENTTEORI	92
4.3 UKLARHED OG RETSIKKERHED	94
4.4 AGEREN UNDER USIKKERHED.....	96
4.4.1 Domstolenes ageren ved uklare regler	96
4.4.2 Selskabers ageren under usikkerhed	97
4.5 DEN INTERNATIONALE INDSATS	102
4.5.1 Spil 1 – Landenes valg om implementering.....	103
4.5.2 Spil 2 – Landenes fortolkningsstil	109
4.6 HVORDAN KAN EFFEKTIVITETEN AF LL § 3 ØGES?	112
4.6.1 De lege ferenda	112
4.6.2 De sententia ferenda.....	113
4.7 DELKONKLUSION	114
Konklusion.....	116
Perspektivering.....	118
Litteratur- og kildefortegnelse.....	120

Kapitel 1 – Teori og metode

1.1 INDLEDNING

I takt med internationaliseringen af verdensøkonomien og den teknologiske udvikling er transaktioner på tværs af landegrænser blevet en del af hverdagen for både selskaber, borgere og myndigheder. Inden for EU har globaliseringen fjernet barriererne og skabt fri bevægelighed, hvilket har medført, at selskaber, arbejdskraft, varer og kapital strømmer over grænserne i stadig større grad.¹ Selskaber er hermed blevet internationale spillere, som er nødt til at forholde sig til forskellige lovgivninger, herunder skattelovgivning.

Disse forskellige skattelovgivning har skabt åbninger og ubalancer, som giver selskaber mulighed for at indrette sig således, at den mest lempelige beskatning opnås.² Da skat er en omkostning, har skatteoptimering ikke alene været en mulighed, men også et krav fra aktionærernes og konkurrencens side, hvorfor selskaber har set sig nødsaget til at være opmærksomme på at vælge de virksomhedsmæssige forhold, som medfører det mest gunstige skattemæssige resultat.³ Gennem de seneste år er multinationale selskaber blevet afsløret i at benytte skatteplanlægning, dvs. ageren inden for lovens rammer. Nogle af disse lovlige former for skatteplanlægning er dog blevet fundet for aggressive, da nogle selskaber synes i for lav grad at have bidraget til statskassen. Dette har medført nationalt såvel som internationalt fokus hos myndigheder og borgere på bekæmpelse heraf, da selskaber såvel som borgere bør være med til at finansiere samfundet.⁴

Skatteplanlægning er dog ikke et nyt fænomen, da denne type ageren førhen er forsøgt hindret ved forskellige nationale værnsregler. De store konsekvenser og de mislykkede forsøg har nu medført, at nationale myndigheder, EU, OECD⁵ og G20⁶ har måtte erkende, at problemet er globalt og derfor kun kan bekæmpes ved en international indsats. Da måden, hvorpå skatteplanlægning foretages, konstant udvikles, er der søgt inspiration i en generel anti-misbrugsklausul, i håb om, at et sådant initiativ vil være tilstrækkeligt til at hindre denne adfærd.⁷ En sådan klausul, også kaldet en generel omgængelsesklausul, er en værnsregel, som skal hindre misbrug af lovgivning, ved at lovgiver under

¹ European Commission (2012), s. 8 f.

² Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 265

³ Jensen, Dennis Ramsdahl (2015), s. 54

⁴ Ravn, Jacob (2015), s. 181

⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development

⁶ Group of Twenty Finance Ministers and Central Bank Governors

⁷ Ottosen, Arne Møllin (2015), afs. 1.1

uklare forhold kan tilsidesætte de rettigheder, som retssubjektet har opnået efter den øvrige lovgivning.⁸

På EU-plan er der indført en generel omgåelsesklausul, som skal udelukke misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet⁹ (herefter M-/D-direktivet).¹⁰ Endvidere har OECD anbefalet, at der indsættes en generel omgåelsesklausul i national lovgivning såvel i dobbeltbeskatningsoverenskomster (herefter DBO), som udelukker misbrug af disse.¹¹

I april 2015 vedtog Danmark implementeringen af den EU-retlige omgåelsesklausul i ligningslovens (herefter LL) § 3, stk. 1 og 2, dog kom den danske omgåelsesklausul også til at omfatte rente-/royaltydirektivet¹² (herefter R-/R-direktivet) samt fusionsskattedirektivet^{13, 14}

Herudover indsatte Danmark en omgåelsesklausul angående Danmarks DBO'er i LL § 3, stk. 3.¹⁵ Omgåelsesklausulerne medfører, at Danmark må pålægge selskaber en skat, såfremt deres ageren anses for at udgøre misbrug af lovgivningen, trods at denne ageren er lovlig efter anden lovgivning. Reglen har mødt stor modstand¹⁶, idet denne er udformet uklart¹⁷, hvilket gør, at dens anvendelsesområde er svært at fastlægge. Som følge heraf, er det usikkert, hvilke former for skatteplanlægning, der ikke accepteres.

Nærværende afhandling har omgåelsesklausulerne i LL § 3 i fokus. Da bestemmelsen på flere områder er uklar, findes det relevant at foretage en analyse af denne med henblik på at klarlægge rækkevidden og konsekvenserne heraf. Endvidere søger afhandlingen at fastlægge, hvorvidt skatteplanlægning forekommer og i så fald i hvilket omfang. Slutteligt søger afhandlingen at vurdere, hvorvidt sådanne omgåelsesklausuler er den rette måde at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning.

1.2 PROMBLEMSTILLING

Danmark har ved indførelsen af LL § 3¹⁸ indsat to generelle omgåelsesklausuler i dansk ret, som skal sætte en barre for, hvilken skattemotiveret adfærd, som accepteres. Spørgsmålet er, om selskaber rent faktisk og i hvor høj grad udfører denne skattemotiverede adfærd, som lovgiver

⁸ Pedersen, Jan (2015), s. 118

⁹ Rådets direktiv 2011/96 af 30. november 2011 med senere ændringer

¹⁰ Ottosen, Arne Möllin (2015), afs. 1.1

¹¹ Ibid., afs. 2.3

¹² Rådets direktiv 2003/49 af 3. juni 2003

¹³ Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009

¹⁴ Se afs. 2.2.1.1 for en nærmere beskrivelse af direktiverne

¹⁵ L 167 af 21. april 2015 indført ved Lov nr. 540 af 29. april 2015. Se afs. 2.3.1.1 og 2.3.1.5 for en nærmere beskrivelse af DBO'erne

¹⁶ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringssvar, Advokatsamfundet, s. 1; Dansk Industri, s. 1

¹⁷ Se afs. 2.2 og 2.3

¹⁸ Lov nr. 540 af 29. april 2015

lægger til grund for indførelsen af LL § 3. Ligeledes er det usikkert, hvilken barre reglen medfører, og hvorvidt denne vil hindre denne skattemotiverede adfærd.

På baggrund af denne problemstilling søges følgende problemformuleringer besvaret.

1.2.1 Juridisk problemformulering

Hvad er gældende ret af omgåelsesklausulerne i LL § 3, herunder hvorvidt er klausulerne forskellige, og hvilke selskabsdispositioner forventes ramt heraf?

1.2.2 Økonomisk problemformulering

Hvilken betydning har selskabsskat for samfundets økonomiske aktører, herunder selskaber, forbrugere og aktionærer, og hvordan vil omgåelsesklausulerne påvirke disse?

1.2.3 Integreret problemformulering

Hvorvidt vil omgåelsesklausulerne i deres nuværende udformning påvirke de relevante aktørers adfærd, og hvorvidt vil reglen imødegå international aggressiv skatteplanlægning, herunder hvorvidt kan alternative tiltag i højere grad fremme dette?

1.3 SYNSVINKEL

Denne afhandling tager udgangspunkt i de nyligt indførte omgåelsesklausuler i LL § 3. En del af bestemmelsen er en implementering af en tilsvarende EU-retlig bestemmelse indsat i M-/D-direktivet.¹⁹ Som følge heraf og som følge af Danmarks medlemskab i EU, anlægger afhandlingen en EU-retlig synsvinkel, hvor det tages i betragtning, at Danmark på sin vis er afhængig og forpligtet over for EU. Endvidere anses EU for at være en stor og åben økonomi, hvor mobilitet er et faktum, og hvor det danske marked blot udgør en lille brik.

Derudover vedrører bestemmelsen transaktioner omfattet af de af Danmark indgåede DBO'er, hvorfor visse dele af afhandlingen vil anlægge en international synsvinkel.

Ligeledes anlægger afhandlingen en national dansk synsvinkel, da der tages udgangspunkt i LL § 3, der er en dansk bestemmelse.

Afhandlingen tillægges en vertikal synsvinkel, idet der ses på forholdet mellem lovgiver og de skattesubjekter, der er underlagt den pågældende lovgivning. Lovgiver opstiller ved indførelsen af

¹⁹ Rådets direktiv 2011/96 med senere ændringer

LL § 3 de rammer, som selskaber skal agere indenfor, hvorfor analysen vil ses fra selskabernes såvel som fra lovgivers perspektiv. I forlængelse heraf anlægges en horisontal synsvinkel, idet det ses relevant at behandle forholdet mellem de konkurrerende selskaber på markedet og samspillet mellem de involverede lande.

1.4 AFGRÆNSNING

Afhandlingen tager udgangspunkt i, at læser har en grundlæggende skatteretlig forståelse, hvorfor basale skatteretlige regler og principper ikke gennemgås.

Grundet afhandlingens omfang og samspillet mellem den økonomiske og juridiske analyse, er konsekvenserne af omgåelsesklausulerne i LL § 3, kun valgt behandlet i relation til *selskaber* omfattet af de af Danmark indgåede DBO'er samt M-/D-, R-/R- og fusionsskattedirektivet.

Afhandlingen vil ikke inddrage andre dele af det lovforslag, som omgåelsesklausulerne følger af, da disse dele ikke findes relevante for analysen af LL § 3.

Danmark har på verdensplan indgået et stort antal DBO'er²⁰, hvilke tager udgangspunkt i modeloverenskomsten udarbejdet af OECD's Committee on Fiscal Affairs.²¹ Der foretages dog ikke en særskilt behandling af de af Danmark individuelt indgåede DBO'er. Nærværende afhandling tager derfor udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst, hvorved de enkelte DBO'er ikke er genstand for behandling.

Idet LL § 3, stk. 3, er en implementering af OECD's anbefalede omgåelsesklausul, kaldet art. X, stk. 7,²² vil art. X, stk. 1-6 og 8, ikke inddrages i afhandlingen.

I litteraturen er det diskuteret, hvorvidt indførelsen af LL § 3, stk. 3, medfører treaty override.²³ Grundet OECD- og G20-landenes fælles vedtagelse af omgåelsesklausulen samt afhandlingens omfang, er denne problemstilling ikke valg behandlet.

Afhandlingen vil ikke behandle LL § 3, stk. 4, da der ikke synes at eksistere en usikkerhed omkring bestemmelsens indhold.

Da afhandlingen ikke søger at klarlægge det hidtidige misbrugsbegreb, vil alene udvalgte domme, som kan diskutere de nye omgåelsesklausulers anvendelsesområde, anvendes.

Studierne, der anvendes i den økonomiske analyse, er udvalgt efter deres metodik og relevans i forhold til problemstillingen.

²⁰ <http://www.skm.dk/love/internationalt/dobbeltbeskatningsoverenskomster>

²¹ Winther-Sørensen, Niels (februar 2015), Forord

²² OECD/G20, Action 6 (2015), s. 55

²³ Se Wittendorff, Jens (2015), s. 312 ff.

1.5 TEORI OG METODE

1.5.1 Juridisk teori og metode

1.5.1.1 Retsdogmatisk fortolkning

Denne afhandlings juridiske analyse tager afsæt i en retsdogmatisk fortolkning af LL § 3, hvor der ved begrebet retsdogmatik forstås beskrivelse såvel som fortolkning af gældende ret.²⁴ Til brug herfor anvendes den juridiske metode, hvorved det sikres, at resultatet af analysen bliver så validt som mulig, idet enhver ved brug af denne metode vil nå til samme resultat som følge af den samme grundforståelse og fortolkningsmetode. Ved retsdogmatisk fortolkning anvendes retskilder som juridisk argumentation til at bestemme gældende ret. Det er i denne forbindelse derfor væsentligt at klarlægge de enkelte retskilders indhold, samt afveje de forskellige retskilder over for hinanden.²⁵ Retskilderne inddeles i fire retskildetyper, hvorefter de behandles i rækkefølge: 1) regulering, 2) retspraksis, 3) retssædvaner og 4) forholdets natur. Det bør dog her bemærkes, at der ikke findes en rangorden mellem retskilderne.²⁶

Nærværende afhandling anvender nationale såvel som EU-retlige og internationale retskilder til at fastlægge gældende ret af LL § 3. Nedenfor gennemgås flere af de anvendte retskildetyper. Retssædvaner behandles dog ikke yderligere, da disse sjældent har relevans på det skatteretlige område, mens forholdets natur ikke behandles yderligere, da denne retskilde først finder anvendelse, såfremt det ikke er muligt at løse problemstillingen ved brug af de øvrige retskilder.²⁷

1.5.1.1.1 Regulering

Retskilden regulering omfatter i dansk ret grundloven, de almindelige danske love, bekendtgørelser og forarbejder mv. Regulering er hermed en højt objektiveret retskilde, da den indeholder færdigformulerede retsregler, som ikke stiller retsanvenderen frit i sin fortolkning. I dansk ret eksisterer der et hierarki mellem de forskellige reguleringstyper, hvor almindelige love har forrang for administrative forskrifter og bekendtgørelser.²⁸ Retskilden regulering omfatter endvidere EU-retlig regulering, hvilket behandles nedenfor.

Forarbejderne til en retsregel beskriver dels lovgivers formål med reglen, men indeholder også en uddybende forklaring, i form af bemærkninger, til de enkelte retsregler. Forarbejderne udgøres dels

²⁴ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 28

²⁵ Blume, Peter (2009), s. 59

²⁶ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 31 ff.

²⁷ Michelsen, Aage et al. (2015), s. 155 f.

²⁸ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 74

af lovforslaget, bemærkninger samt betænkninger. Hvorvidt forarbejder kan tillægges betydning ved fortolkning af en retsregel, afhænger bl.a. af reglens alder, da de samfundsmæssige forhold, som loven udspringer af, er dynamiske og ændres undervejs i reglens levetid. Endvidere er retsreglens udformning afgørende, da der ved fastlæggelse af præcise retsregler ikke eksisterer samme behov for anvendelse af forarbejder.²⁹ Er der tvivl om forståelsen eller rækkevidden af en retsregel, er det i overensstemmelse med dansk retstradition at anvende forarbejderne til fortolkning af den pågældende retsregel.³⁰

Nærværende afhandling tager udgangspunkt i retskilden regulering, herunder national lovgivning, idet det søges at fastlægge gældende ret af LL § 3, som affattet ved lov nr. 540 af 29. april 2015. Grundet den nylige vedtagelse af LL § 3 og dennes uklare udformning vil nærværende afhandling ydermere inddrage forarbejderne til LL § 3, til at fastlægge indholdet af reglen. Ligeledes vil materiale fra skatteudvalgets behandling af lovforslaget anvendes.

EU-retten

Da LL § 3, stk. 1 og 2, er en implementering af M-/D-direktivets art. 1, stk. 2 og 3, inddrages EU-retlig regulering ligeledes.

I EU-retten kan retskilderne inden for regulering opdeles i *primærretten* samt bindende og ikke-bindende *sekundærregulering*. Ved primærretten forstås traktatgrundlaget og de grundlæggende rettigheder, hvorimod der ved EU-retlig sekundærregulering, dvs. afledet ret, forstås forordninger, direktiver og afgørelser mv.³¹ Det bør her bemærkes, at forarbejder til sekundærregulering ikke udgør en EU-retlig retskilde.³² Af denne grund vil forarbejder til sekundær regulering alene anvendes som inspirationskilde i analysen.

Forordninger, direktiver og afgørelser er bindende, mens henstillinger og udtalelser ikke er, idet de har karakter af soft law.³³ Forordninger er direkte anvendelige, hvorimod det modsatte gør sig gældende for direktiver, idet det overlades til hver enkelt medlemsstat at bestemme form og midler for gennemførelsen af direktiver.³⁴

Hvad angår omgåelsesklausulen i M-/D-direktivets art. 1, stk. 2 og 3, har Danmark som nævnt valgt at foretage en direkte implementering heraf, hvorfor direktivet og præambelen hertil inddrages i

²⁹ Blume, Peter (2009), s. 94

³⁰ Michelsen, Aage et al. (2015), s. 116

³¹ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010), s. 101

³² Ibid., s. 121 f.

³³ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010), s. 102

³⁴ Ibid., s. 129 f.

nærværende afhandling til fortolkning af den danske bestemmelse. Det følger af betragtningerne til ændringen af M-/D-direktivet³⁵, at der med indførelsen af art. 1, stk. 2 og 3, er tale om indførelse af en minimumsregel, hvorved forstås, at medlemsstaterne har mulighed for at indføre strengere krav end, hvad der følger af bestemmelsen.³⁶

Såfremt medlemsstaterne indfører strengere foranstaltninger, er det dog et krav, at medlemsstaterne holder sig inden for primærretten, hvilket følger af EU-rettens forrang.³⁷

Udover fordele efter M-/D-direktivet, har Danmark valgt at lade omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, finde anvendelse på fordele efter R-/R- og fusionsskattedirektivet. Det skal i den forbindelse bemærkes, at R-/R-direktivets art. 5 angiver, at medlemsstaterne kan anvende nationale bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug. Ligeledes angiver art. 5, at medlemsstaterne i tilfælde af svig eller misbrug kan tilbagekalde fordele efter direktivet eller undlade at lade direktivet finde anvendelse. Dette fremgår ligeledes af fusionsskattedirektivets art. 15.³⁸ Set i lyset af disse bestemmelser, kan omgåelsesklausulens anvendelse på fordele efter R-/R- og fusionsskattedirektivet opfattes som en udnyttelse af den tildelte kompetence i to direktiver, hvorved Danmark må formodes at holde sig inden for rammerne af primærretten.³⁹ Nærværende afhandling vil derfor berøre disse direktiver.

Som nævnt ovenfor har henstillinger karakter af soft law, hvorfor disse som udgangspunkt ikke direkte kan finde anvendelse som fortolkningsbidrag, da de ikke binder medlemsstaterne. Da det fremgår af det første direktivforslag⁴⁰ vedrørende ændringen af M-/D-direktivet, at den i direktivforslaget anvendte formulering af omgåelsesklausulen er en korrigeret version af den udformning, der blev foreslået i Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning⁴¹, synes det dog relevant at anvende henstillingens uddybende forklaringer til klarlæggelse af visse begreber i den implementerede omgåelsesklausul.

OECD's modeloverenskomst

Da grænseoverskridende transaktioner kan føre til international dobbeltbeskatning, har mange lande, herunder Danmark, indgået DBO'er med hinanden for at undgå dette. De af Danmark

³⁵ Rådets direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, betragtning 5

³⁶ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 130

³⁷ Sag 6/64 Flaminio Costa mod ENEL, s. 531

³⁸ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003, art. 5 og Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009, art. 15

³⁹ Bundgaard, Jakob (2015), afs. 3.5 og 3.6

⁴⁰ COM(2013) 814 final

⁴¹ C(2012) 8806 final og COM(2013) 814 final, s. 3

indgåede DBO'er er som udgangspunkt indgået på baggrund af førnævnte modeloverenskomst udarbejdet af OECD.⁴²

OECD's modeloverenskomst med kommentarer har ikke i sig selv status som folkeretlig bindende regulering. Trods dette er OECD's modeloverenskomst med kommentarerne blevet tillagt betydelig retskildeværdi ved fortolkning af danske DBO'er og andre nationale skatteregler med grænseoverskridende karakter.⁴³ Kommentarerne bør dog ikke altid tillægges retskildeværdi, da disse ændres jævnligt samt udformes af embedsmænd i medlemsstaterne, og ikke godkendes af nationale parlamenter.⁴⁴ Som hovedregel må der gælde, at såfremt kommentarerne ikke er forenelige med ordlyden af overenskomsten, kan disse ikke tillægges betydning ved fortolkning. Såfremt nye kommentarer er indført efter aftaletidspunktet, må det endvidere holdes for øje, om disse blot præciserer en på aftaletidspunktet eksisterende retsopfattelse, hvorfor disse kan lægges til grund ved fortolkning. Såfremt kommentarerne i stedet udtrykker en nyfortolkning, hvorved retsområdet udvides, bør kommentarerne ikke tillægges betydning ved fortolkning af eksisterende overenskomster.⁴⁵

Da nærværende afhandling behandler omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, som direkte henviser til fordele opnået efter de danske DBO'er, vil OECD's modeloverenskomst med kommentarer anvendes som fortolkningsbidrag i analysen, da omgåelsesklausulen må skulle ses i lyset af de af Danmark indgåede DBO'er.

Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)

OECD-landene, herunder Danmark, har for nyligt vedtaget BEPS-initiativet, som indeholder en række anbefalinger, kaldet actions. Da der er tale om anbefalinger, og landene ikke bindes heraf, anses initiativet for at udgøre soft law.⁴⁶

Begrebet soft law betegner en række retskilder, som enten alene eller i samspil med andre retskilder angiver lovgivers retsopfattelse på et bestemt område. Disse retskilder benyttes ofte, hvor der er behov for en dynamisk retsudvikling, grundet ændringer i samfundet. Som udgangspunkt er soft law hverken bindende eller forpligtende for afsenderen eller modtageren, dog ses det i praksis, at disse retskilder behandles ved fortolkningsspørgsmål.⁴⁷

⁴² Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 22 f.

⁴³ Winther-Sørensen, Niels (2015), Forord og Michelsen, Aage et al. (2015), s. 132

⁴⁴ Wittendorff, Jens (2015), s. 289 ff.

⁴⁵ Ibid., s. 289 ff.

⁴⁶ Børjesson, Jan; Tingleff, Bettina Gade (2015)

⁴⁷ Blume, Peter (2009), s. 69 ff.

I dansk skatteret tillægges OECD's arbejde betydning som retskilde, hvilket skyldes, at OECD's arbejde ofte efterfølgende indarbejdes i national ret eller i modeloverenskomsten. Den danske deltagelse i initiativet og den ordrette implementering af den anbefalede omgåelsesklausul må endvidere være et udtryk for lovgivers retsopfattelse på området.⁴⁸

I nærværende afhandling vil BEPS-initiativets action⁴⁹ 6, om indsættelse af en omgåelsesklausul mod misbrug af DBO'erne, anvendes til fortolkning af gældende ret af LL § 3, stk. 3. Dette lægges til grund da den danske vedtagelse må ses i lyset af BEPS-initiativets anbefaling, da LL § 3, stk. 3, ordret er udformet som den foreslåede omgåelsesklausul i art. X, stk. 7, i action 6. Da stk. 7 skal læses i sammenhæng med stk. 1-6⁵⁰, vil kommentarerne til disse ligeledes benyttes som fortolkningsbidrag til klarlæggelse af LL § 3, stk. 3.

1.5.1.1.2 Retspraksis

Ved analysen af LL § 3 vil retskilden retspraksis ligeledes anvendes. Da bestemmelsen følger af et EU-retligt direktiv inddrages EU-retlig såvel som national praksis.

Retskildeværdien af en dom afhænger til dels af, hvilken instans, der har afsagt dommen, og som udgangspunkt er det kun domme fra øverste instans, der kan tillægges præjudikatværdi, dvs. at dommen kan lægges til grund ved behandling af samme eller tilsvarende spørgsmål.⁵¹

Det bør dog bemærkes, at en skatteyder først kan indbringe en skatteafgørelse for domstolene, når afgørelsen er prøvet eller afvist af den øverste administrative klageinstans⁵² på skatteområdet, hvorfor mange sager ikke når til domstolene.⁵³ I mange tilfælde vil det derfor ikke være muligt på skatteområdet at afgøre en problemstilling ved brug af tidligere afsagte domme, hvorfor administrativ praksis inden for skatteretten i høj grad benyttes. Den administrative praksis på skatteområdet udgøres af kendelser og afgørelser af skatteretlige organer, der indgår i det skatteretlige hierarki, og særligt Landsskatterettens kendelser er af væsentlig betydning for forståelsen af skattelovene. Dette skyldes, at Landsskatteretten er et organ uden for det almindelige administrative hierarki, hvis kendelser i højere grad er objektiveret end de øvrige administrative instansers afgørelser.⁵⁴ Det har været genstand for diskussion, om administrative afgørelser kan

⁴⁸ Michelsen, Aage et al. (2015), s. 132

⁴⁹ Ved *action* forstås ét initiativ i det samlede BEPS-initiativ

⁵⁰ OECD/G20 Action 6 (2015), s. 56

⁵¹ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 165 f.

⁵² Se Michelsen, Aage et al. (2015), s. 79 ff.

⁵³ Michelsen, Aage et al. (2015), s. 102

⁵⁴ Ibid., s. 120

tillægges præjudikatværdi. Det fremgår dog af en lang række domme, at domstolene lægger betydelig vægt på administrativ praksis, særligt Landsskatterettens kendelser.⁵⁵

Nærværende afhandling vil benytte national praksis til analysen af LL § 3, herunder ved fastlæggelse af udtryk i bestemmelsen.

I nationale sager, der vedrører gyldigheden og fortolkningen af de EU-retlige direktiver samt af øvrige retsakter udstedt af EU's institutioner, har EU-Domstolen efter art. 267 TEUF⁵⁶ kompetence til at besvare præjudicielle spørgsmål stillet af medlemsstaterne. Det følger af art. 267, stk. 2, at nationale retsinstanser har ret til at forelægge EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål, hvor der ved retsinstanser skal foretages en afgrænsning over for administrative myndigheder. Modsat påhviler der efter art. 267, stk. 3, sidste instans en forpligtelse til at spørge, hvilket i Danmark vil sige Højesteret.⁵⁷ Da den juridiske analyse fortolker en nyligt vedtaget bestemmelse, der følger af et EU-direktiv, påhviler det Højesteret at stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen ved tvivl om forståelsen af LL § 3, stk. 1.

Da bestemmelsen i en vis udstrækning bygger på den af EU-Domstolen skabte praksis, vil afhandlingen anvende EU-retlig praksis, herunder sag C-321/05 Kofoed, til at fortolke rækkevidden af og udtryk i LL § 3.

1.5.1.1.3 Juridisk litteratur

Hvorvidt juridisk litteratur kan anses for at udgøre en retskilde er omdiskuteret.⁵⁸ Det er dog anerkendt i dansk ret, at juridisk litteratur, alene eller sammen med andre retskilder, kan anvendes som argumentation til løsning af juridiske spørgsmål, da den juridiske litteratur er baseret på allerede anerkendte retskilder. Den juridiske litteratur skal herved anses for at have en vis retskildeværdi. Ved anvendelse af juridisk litteratur, er det dog vigtigt at være kildekritisk, hvorfor det bør vurderes, om litteraturen indeholder henvisninger til øvrige retskilder, og derved ikke blot udgør forfatterens subjektive holdning. Endvidere er det relevant at vurdere, hvorvidt forfatteren er anerkendt i det juridiske miljø.⁵⁹

Nærværende afhandling benytter juridisk litteratur, i form af videnskabelige artikler og lærebøger, som inspirationskilde og argumentationsbidrag i den juridiske analyse. Anvendelsen foretages dog

⁵⁵ Michelsen, Aage et al. (2015), s. 125

⁵⁶ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, C 326/47

⁵⁷ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010), s. 86 ff.

⁵⁸ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 201 f.

⁵⁹ Blume, Peter (2009), s. 68 f.

under hensyntagen til kildekritik og forfatterens subjektive holdning. Endvidere vil analysen inkludere høringsvar til lovforslaget L 167 (2014-2015) fra forskellige høringsorganer, da disse organer ved deres høringsmandat må anses for være anerkendte forfattere i det juridiske miljø.⁶⁰ Det vil dog vurderes, om høringssvarene optræder objektive. Denne forholdsregel begrundes i, at høringssvar kan være farvede af afsenderen.

1.5.1.2 Fortolkningsmetoder

I det følgende uddybes de fortolkningsmetoder, der er valgt anvendt til at udfinde gældende ret af omgåelsesklausulerne i LL § 3. De to klausuler vil i nærværende afhandling blive behandlet i to selvstændige analyser, trods at lovgiver mener, at der ikke er væsentlig forskel på disse samt vurderer, at der med rette kan skeles til de bemærkninger, der knytter sig til DBO'erne ved fortolkningen af omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne.⁶¹ Denne opdelte analyse er valgt, da udformningen af de to klausuler ikke er identisk, og da disse har forskellig baggrund. Som nævnt er LL § 3, stk. 1 og 2, en implementeringen af M-/D-direktivets tilsvarende bestemmelse, mens LL § 3, stk. 3, finder inspiration i OECD's BEPS-initiativet. Da EU-Domstolen ikke er forpligtet til at inddrage OECD's arbejde⁶², vil disse kilder ikke blive inddraget i analysen af LL § 3, stk. 1 og 2, men udelukkende i analysen af LL § 3, stk. 3. Ligeledes vil de EU-retlige fortolkningsbidrag angående direktiverne, udelukkende finde anvendelse i analysen af LL § 3, stk. 1 og 2.

1.5.1.2.1 Ordlydsfortolkning

Fortolkningen af en retsregel starter som udgangspunkt i formuleringen af lovteksten. Ved denne objektive fortolkning er formålet at fastslå meningen med de i bestemmelsen indeholdte ord og herved udlede en samlet juridisk forståelse af bestemmelsen.⁶³ Da LL § 3 er en direkte implementering af M-/D-direktivets art. 1, stk. 2 og 3, øger dette kompleksiteten af den sproglige fortolkning. Da alle sproglige versioner er gyldige i samtlige medlemsstater, skal de forskellige versioner tages i betragtning i tilfælde af fortolkningstvivil. Idet betydningen af et begreb ikke nødvendigvis er den samme fra et nationalt perspektiv som fra et EU-retligt perspektiv, kan fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse derfor først ske efter sammenligning af de sproglige versioner.⁶⁴

⁶⁰ Frandsen, Aage (2008), s. 161

⁶¹ Skatteudvalget 2014-15, L 167, endeligt svar på spørgsmål 1

⁶² Bundgaard, Jakob (2015), afs. 3.2

⁶³ Hansen, Lone L.; Werlauff, Erik (2013), s. 127 f.

⁶⁴ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010), s. 114 ff.

I nærværende afhandling vil der, grundet bestemmelsens uklarhed, foretages en ordlydsfortolkning af udvalgte udtryk, eksempelvis *fordel*, *reel* mv. Ved denne ordlydsfortolkning vil både M-/D-direktivets danske og engelske version inddrages, da den danske omgængelsesklausul skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets ordlyd.

1.5.1.2.2 Formålsfortolkning

Ved subjektiv fortolkning læses en retsregel i lyset af dennes forarbejder, dvs. at lovgivers motiver inddrages som fortolkningsbidrag til fastlæggelse af retsreglens indhold og retsvirkning. Såfremt en retsregel forekommer upræcis eller giver anledning til fortolkningstvivl, inddrages forarbejderne særligt til afklaring heraf.⁶⁵ I dansk ret er der tradition for at anvende forarbejderne til fortolkning, hvorfor det ses, at praksis ofte henviser til forarbejderne.⁶⁶

I EU-retten har præamblen til EU-retsakter stort set samme funktion som forarbejderne i dansk lovgivning. Ved fortolkning af EU-retsakter skal præamblen anses for inkluderet i dennes tekst. Hvilken betydning præambler kan tillægges er tvivlsomt, dog henviser EU-Domstolen hyppigt til præamblen til direktiver og forordninger.⁶⁷

Da nærværende afhandling behandler LL § 3, hvis indhold forekommer uklart, vil forarbejderne til bestemmelsen samt direktivets præambel anvendes til at fortolke indholdet og rækkevidden af bestemmelsens stk. 1 og 2. Endvidere fortolkes LL § 3, stk. 3, i lyset af introduktionen og kommentarerne til OECD's modeloverenskomst samt formålet med action 6.

1.5.1.2.3 Kontekstfortolkning

Ved fortolkning af en lovbestemmelse er det yderligere relevant at forholde sig til den kontekst, hvori bestemmelsen indgår.⁶⁸ Det følger heraf, at konteksten, hvori LL § 3 indgår, skal inddrages ved fortolkningen af bestemmelsen, dvs. først og fremmest ligningsloven og den øvrige danske skattelovgivning.

Hvad angår LL § 3, stk. 1 og 2, skal fortolkningen af denne foretages i lyset af LL § 3 som helhed, hvilket tilsvarende gør sig gældende for LL § 3, stk. 3.

LL § 3, stk. 1 og 2, følger som nævnt af en EU-retlig bestemmelse, hvorfor denne inddrages. Endvidere vil OECD's BEPS-initiativ action 6 inddrages i forhold til analysen af LL § 3, stk. 3.

⁶⁵ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 85

⁶⁶ Ibid., s. 234

⁶⁷ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010), s. 120 ff.

⁶⁸ Sag C-283/81 CILFIT, s. 3415 og Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 216

1.5.1.2.4 Fortolkning i et internationalt perspektiv

Ved anvendelse af ovenstående fortolkningsmetoder bemærkes det, at EU-retten har forrang for national ret og folkeret, og at medlemsstaterne er pligtige til at foretage enhver fortolkning af national ret EU-konformt.⁶⁹ Såfremt resultatet af en fortolkning fører til to forskellige løsninger, vil det EU-retlige resultat som følge heraf være det gældende. I nærværende afhandling sikres en EU-konform fortolkning ved at inddrage EU-retlige retskilder.

1.5.2 Økonomisk teori og metode

Afhandlingens økonomiske analyse søger at fastlægge skatters betydning for selskabers adfærd, samt hvordan skattelovgivning, her LL § 3, fungerer som en ramme for selskabers adfærd. Til undersøgelse heraf benyttes den deduktive metode. Når der arbejdes deduktivt, tages der afsæt i allerede kendte teorier og modeller, og disse anvendes til at beskrive og forklare ens empiri, dvs. fortolkers iagttagelser.⁷⁰ I nærværende afhandling benyttes eksisterende adfærdsmodeller og -teorier samt litterære studier til at forklare, hvorfor selskaber skatteoptimerer, samt udlede, hvordan denne adfærd påvirkes, såfremt muligheden for at skatteoptimere begrænses.

1.5.2.1 Klassisk og neoklassisk teori

Store dele af mikroøkonomien beskæftiger sig med, hvordan subjekter agerer, når ressourcerne er begrænsede.⁷¹ Det følger af den klassiske økonomiske teori, herunder af Adam Smiths teori, at markeds kræfterne medfører, at virksomheder med begrænsede ressourcer vil profitmaksimere, dvs. producere mest muligt, såfremt der forekommer fuldkommen konkurrence.⁷²

Efter Adam Smiths *usynlige hånd* vil markeds kræfterne altså bevirke, at der som følge af udbud og efterspørgsel, hvor det antages, at udbyder søger at profitmaksimere, skabes en ligevægtspris på det pågældende marked, hvorfor samfundets ressourcer allokeres til det sted, hvor de på mest hensigtsmæssig vis benyttes.⁷³

Ovenstående suppleres efterfølgende af et nyttebegreb i den neoklassiske teori, hvorefter prissætningen på markedet ikke blot foretages på baggrund af produktionsomkostninger, men ligeledes af forbrugernes nytte af det pågældende produkt.⁷⁴ Teorien antager herved, at en rationel

⁶⁹ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010), s. 114

⁷⁰ Andersen, Ib (2010), s. 35

⁷¹ Frank, Robert H. (2010), s. 3.f

⁷² Estrup, Hector et al. (2004), s. 39 ff.

⁷³ Olesen, Finn; Pedersen, Kurt (2002), s. 56 ff.

⁷⁴ Estrup, Hector et al. (2004), s. 61 ff.

agent vil handle med henblik på at maksimere sin nytte⁷⁵, hvilket medfører, at der på det pågældende marked opstår en ligevægt mellem udbud og efterspørgsel. Den nytte, køber opnår ved det pågældende produkt, vil altså være lig med eller større end den pris udbyder tager. Afhandlingens økonomiske analyse bygger på antagelsen om, at virksomheder agerer i et marked med fuldkommen konkurrence, hvilket uddybes nedenfor. Ligeledes antages det, at selskaberne og forbrugerne handler henholdsvis profit- og nyttemaksimerende.⁷⁶

1.5.2.2 Fuldkommen konkurrence

Afhandlingens økonomiske analyse af selskabers ageren i forhold til skatter tager udgangspunkt i teorien om fuldkommen konkurrence. Teorien om fuldkommen konkurrence er baseret på en række antagelser og benyttes til at beskrive, hvordan konkurrencedygtige selskaber vil agere, herunder producere, på et givent marked.⁷⁷

For det første antager teorien, at der er mange små aktører på markedet, som individuelt kun producerer en lille del af markedets samlede produktion, hvorfor en enkelt aktørs adfærd ikke vil påvirke øvrige aktørers adfærd på markedet. Aktørerne er hermed pristagere, da det ikke er muligt for en enkelt aktør at påvirke markedsprisen. Endvidere antages det, at aktørernes varer på markedet er standardiserede, og dermed perfekte substitutter, hvorfor en forbruger ikke vil opnå højere nytte ved at skifte mellem aktørernes produkter.⁷⁸ Ydermere anses markedet for åbent, hvilket medfører, at det er muligt for aktørerne at indtræde og udtræde af markedet uden omkostninger eller hindringer forbundet hermed. Ligeledes forudsættes det, at aktørerne på det åbne marked, har lige adgang til de for produktionen fornødne ressourcer, dvs. arbejdskraft, teknologi mv. samt, at disse ressourcer er mobile eller kan substitueres.⁷⁹ Slutteligt er det en betingelse, at alle aktørerne på markedet har perfekt information, hvorved forstås, at der eksisterer fuld gennemsigtighed på markedet, hvilket medfører, at aktørerne kan tage de valg, der optimerer deres position.⁸⁰

1.5.2.3 Ét åbent marked

Kernen i det europæiske samarbejde er skabelse og opretholdelse af et fælles åbent marked medlemsstaterne imellem. Fundamentet for dette indre marked er den frie etableringsret, herunder den fri bevægelighed af personer, varer, tjenesteydelser og kapital. EU-markedet gør det hermed

⁷⁵ Estrup, Hector et al. (2004), s. 83 f.

⁷⁶ Frank, Robert H. (2010), s. 334

⁷⁷ Ibid., s. 337

⁷⁸ Ibid., s. 337

⁷⁹ Cabral, Luis M.B. (2000), s. 85 f.

⁸⁰ Frank, Robert H. (2010), s. 338

muligt at konkurrere på lige fod over landegrænserne, da grænseoverskridende transaktioner ikke må pålægges hindringer, som rent nationale transaktioner ikke pålægges.⁸¹

Det europæiske marked behandles i nærværende afhandling som ét åbent marked grundet den fri etableringsret og varernes fri bevægelighed⁸², selvom markedet strækker sig over flere medlemslande. En virksomhed opererer således på samme marked, uanset hvilken medlemsstat virksomheden er beliggende i.

1.5.3 Integreret teori og metode

Afhandlingens integrerede kapitel foretager en retsøkonomisk analyse, hvor udformningen af omgåelsesklausulerne i LL § 3 vurderes på baggrund af de fremfundne resultater i den juridiske og økonomiske analyse. En sådan analyse er relevant, idet retssystemet har til formål at tilvejebringe regulering, som modsvarer de aktuelle samfundsbehov, men da samfundet er under konstant udvikling, er der behov for, at retsregler ligeledes følger denne udvikling, hvis der skal være harmoni herimellem.⁸³ Den retsøkonomiske analyse kombinerer gældende ret, fremfundet i den juridiske analyse, med økonomisk teori om adfærd og efficiens, da regulering påvirker adfærd.⁸⁴ Ud fra en retsøkonomisk analyse kan det i en retspolitisk analyse vurderes, hvorledes reglerne bør udformes for at opnå den størst mulige efficiens.⁸⁵ En retspolitisk analyse kan tage sigte på to typer af adressater, enten lovgiver eller den retsanvendende myndighed. I en retspolitisk analyse rettet mod lovgiver, anses retsreglen ikke for statisk, da analysen søger at fremkomme med anbefalinger om, hvordan retsregler bør ændres eller ophæves og udformes på ny. En sådan analyse kaldes *de lege ferenda*, og søger at finde alternativ regulering, da den eksisterende ikke findes effektiv set i forhold til det omgivende samfund. Er analysen i stedet rettet mod den retsanvendende myndighed, dvs. domstolene, anses retsreglerne for statiske, hvorfor formålet med analysen i stedet er at fremkomme med anbefalinger om, hvorledes domstolene bør anvende reglerne. Denne analyse kaldes *de sententia ferenda*, og har til formål at ændre praksis, dvs. den måde hvorpå domstolene udfylder og fortolker en retsregel.⁸⁶

Denne afhandling søger at fremkomme med anbefalinger vedrørende udformningen af LL § 3, samt hvorledes domstolene bør anvende omgåelsesklausulerne.

Nedenfor gennemgås de betragtninger, som ligger til grund for den retsøkonomiske analyse.

⁸¹ Grell, Henrik; Rygner, Elsebeth (2014), s. 332 f.

⁸² TEUF, art. 34, 49 og 54

⁸³ Blume, Peter (2009), s. 261

⁸⁴ Cooter, Robert B.; Ulen, Thomas (2014), s. 3

⁸⁵ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 236

⁸⁶ Blume, Peter (2009), s. 263 f.

1.5.3.1 Principal-/agentteori

Økonomien opstiller en række teorier for, hvorledes aktører reagerer på lovgivningen.⁸⁷ Principal-/agentteorien vedrører den situation, hvor principalen anvender agenten til at maksimere sin nytte.⁸⁸ I tilfælde, hvor parterne har modstridende interesser, kan der opstå situationer, hvor principalen kan være nødsaget til at anvende en række redskaber til at skabe incitament for agenten til at handle i principalens interesse. Overordnet set har lovgivning, herunder særligt skatteretlig lovgivning, til formål at regulere økonomiske aktørers adfærd.⁸⁹

I nærværende afhandling betragtes lovgiver som værende principalen, mens skattesubjekterne betragtes som værende agenter, der skal efterkomme den af lovgiver udstedte lovgivning, herunder LL § 3. Endvidere anses EU som principal, mens medlemsstaterne betragtes som agenter.

1.5.3.2 Efficiens

Efficiens behandler fordelingen af nytte mellem aktører, såfremt der er begrænsede ressourcer. Afhandlingen sonder mellem to typer af efficiens, Pareto- og Kaldor-Hicks-efficiens.

Pareto-efficiens antager, at aktører er selvoptimerende, hvorfor disse i enhver situation vil søge at maksimere egen nytte. Grundet denne antagelse vil en aktør kun acceptere en reallokering af ressourcer, såfremt dennes nytte herved forøges eller forbliver uændret. En Pareto-efficient tilstand vil hermed først være opnået, såfremt det ikke er muligt at foretage en reallokering, således at begge parter enten stilles bedre, eller den ene part stilles bedre uden, at den anden part stilles værre.⁹⁰ Kaldor-Hicks-efficiens fokuserer derimod ikke på de enkelte aktørers nytte, men i stedet på aktørernes samlede nytte. Af denne grund bør aktørerne acceptere en reallokering, såfremt aktørerne tilsammen stilles bedre, selvom den enkelte aktør stilles værre. En Kaldor-Hicks-efficient tilstand vil først være opnået, når det ikke er muligt at foretage en reallokering uden, at den samlede nytte mindskes.⁹¹

Da nytte også er et udtryk for velfærd⁹², kan en efficiensanalyse benyttes til at vurdere en retsregels effektivitet⁹³, da denne analyserer fordelingen af velfærd mellem samfundets aktører, dvs. mellem lovgiver og de regulerede aktører. I nærværende afhandling vil efficiensanalyse derfor indgå som et delelement i den retsøkonomiske analyse til vurdering af effektiviteten af LL § 3.

⁸⁷ Cooter, Robert B.; Ulen, Thomas (2014), s. 3

⁸⁸ Ross, Stephen A. (1973), s. 134

⁸⁹ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 452

⁹⁰ Miceli, Thomas J. (2004), s. 4

⁹¹ Ibid., s. 6

⁹² Varian, Hal R. (2010), s. 600 ff.

⁹³ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), 436

1.6 Struktur

Ved udarbejdelsen af denne afhandling er den juridiske analyse valgt behandlet først, hvorefter den økonomiske analyse foretages. Denne struktur er valgt, da ligningslovens bestemmelse er den primære genstand for behandling, hvorfor det findes naturligt først at klarlægge dennes indhold for derefter at se på de økonomiske overvejelser, der ligger til grund for indførelsen af reglen samt de økonomiske konsekvenser af denne. Den integrerede analyse foretages derefter på baggrund af resultaterne i den juridiske og økonomiske analyse.

1.6.1 Juridisk kapitel

Kapitel 2 indeholder en analyse af omgåelsesklausulerne i LL § 3. Indledningsvis fremfindes gældende ret af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, hvilket indebærer en fortolkning af de i bestemmelsen indeholdte ord, hvorved rækkevidden af bestemmelsen søges fastlagt. Derefter foretages en tilsvarende analyse af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, hvorefter resultatet af de to analyser holdes op mod hinanden.

1.6.2 Økonomisk kapitel

Afhandlingens økonomiske kapitel tager udgangspunkt i den grundlæggende teori om selskabers ageren, hvorefter betydningen af skatter inddrages. I forlængelse heraf inddrages udvalgte studier vedrørende den betydning forskelle i skattesatser og -regler landene imellem har for multinationale selskaber, hvorefter LL § 3 vurderes i forhold til kapitlets fremfundne resultater. Endeligt vurderes validiteten af den anvendte teori og de anvendte studier.

1.6.3 Integreret kapitel

Afhandlingens integrerede kapitel søger at analysere, hvorvidt LL § 3 er et effektivt middel mod skatteplanlægning. Indledningsvis beskrives forholdet mellem selskaber og myndigheder, samt mellem EU og medlemsstater. Herefter foretages en analyse af usikkerheden forbundet med LL § 3. Dernæst foretages en spilteoretisk analyse af LL § 3 som et internationalt værn mod skatteplanlægning. Slutteligt anbefales initiativer, som kan gøre reglen mere effektiv.

1.7 DEFINITIONER

- *Dobbeltbeskatning* – Når skatteyder beskattes af samme indkomst i to eller flere stater.⁹⁴
- *Domicilstat* – Den stat, hvor skattesubjektet anses for hjemmehørende.⁹⁵
- *Flytning af profit* – Skatteudnyttelse, hvor indkomst rykkes fra en stat til en anden, således at indkomst kommer til beskatning i den anden stat, hvorved en lavere skattebetaling opnås.⁹⁶
- *Kildestat* – En stat, hvortil skattesubjektet anses for skattepligtig, men hvor skattesubjektet ikke anses for hjemmehørende.⁹⁷
- *Skatteudnyttelse* – Samlebetegnelse for skatteunddragelse, -planlægning, -undgåelse og -svig.⁹⁸
- *Skatteudskydelse* – Adfærd, som medfører, at indkomst kommer til beskatning i et senere år end det år, hvori indkomsten er genereret.
- *Skatteundgåelse / Skatteplanlægning* – Ageren, som er i overensstemmelse med skattelovgivningen, dvs. lovlig adfærd.⁹⁹
- *Skatteunddragelse* – Ageren, som ikke er i overensstemmelse med skattelovgivningen, dvs. ulovlig adfærd.¹⁰⁰
- *Skattesvig* – Ageren, som ikke er i overensstemmelse med skattelovgivningen, og som samtidig udløser strafansvar, dvs. ulovlig adfærd.¹⁰¹

⁹⁴ Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 21

⁹⁵ Ibid., s. 23

⁹⁶ Beierholm, Ann-Charlotte; Hansen, Søren Jesper (2013), s. 584

⁹⁷ Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 23

⁹⁸ Ibid., s. 271

⁹⁹ Ibid., s. 271

¹⁰⁰ Ibid., s. 271

¹⁰¹ Ibid., s. 271

Kapitel 2 – Juridisk analyse

2.1 BESTEMMELSENS FORMÅL OG BAGGRUND

Ligningslovens § 3 følger af den såkaldte Skattelypakke, der blev indført i dansk skattelovgivning ved lov nr. 540 af 29. april 2015. Loven er et resultat af lovforslag L 167 af 20. marts 2015, der blev fremsat i forlængelse af regeringens aftale om en styrket indsats mod skattely¹⁰², hvor der var enighed om, at skatteunddragelse og skattelykonstruktioner indebar en betydelig udfordring for det internationale samfund.¹⁰³

LL § 3 indeholder to omgåelsesklausuler: én vedrørende fordele som følge af M-/D-¹⁰⁴, R-/R-¹⁰⁵ og fusionsskattedirektivet¹⁰⁶, hvilken fremgår af bestemmelsens stk. 1, og én vedrørende de af Danmark indgåede DBO'er, hvilken fremgår af bestemmelsens stk. 3.

De to omgåelsesklausuler indeholder flere af de samme begreber, men er dog ikke fuldkommen identiske, hvilket bl.a. skyldes, at de to bestemmelser har forskellig oprindelse.

Hvad angår omgåelsesklausulen i stk. 1, er denne en implementering af omgåelsesklausulen i M-/D-direktivets artikel 1, stk. 2-3, der blev indført ved Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015. Formålet med denne ændring er på EU-plan at skabe en samordnet indsats for at eliminere udnyttelsen af de forskellige nationale skatteregler, som fører til tabte skatteindtægter og unfair konkurrence mellem virksomhederne.¹⁰⁷ Ved indførelsen af bestemmelsen i dansk lovgivning har Danmark dog valgt at udvide anvendelsesområdet for bestemmelsen til ligeledes at omfatte de fordele, der følger af R-/R- samt fusionsskattedirektivet.¹⁰⁸

Omgåelsesklausulen i stk. 3, følger derimod af OECD's arbejde angående hindring af misbrug ved anvendelse af DBO'erne.¹⁰⁹ Dette arbejde resulterede i en række anbefalinger, hvoraf action 6 omhandler indførelse af en misbrugsklausul i både OECD's modeloverenskomst, DBO'er og national lovgivning. Den danske vedtagelse af omgåelsesklausulen blev dog vedtaget, inden OECD havde færdiggjort deres anbefalinger.¹¹⁰ Der forekommer dog ikke væsentlig forskel på det første udkast til OECD's omgåelsesklausul og den endelige i action 6.¹¹¹

¹⁰² Regeringen (november 2014)

¹⁰³ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 2.1

¹⁰⁴ Rådets direktiv 2011/96 af 30. november 2011

¹⁰⁵ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003

¹⁰⁶ Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009

¹⁰⁷ COM(2013) 814 final af 25. november 2013, afs. 1

¹⁰⁸ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 3.3

¹⁰⁹ Ibid., afs. 3.3

¹¹⁰ L 167 af 20. marts 2015 og OECD/G20, Action 6 (2015)

¹¹¹ OECD/G20, Action 6 (2014), s. 66) (OECD/G20, Action 6 (2015), s. 55

Nedenstående analyse søger at klarlægge indholdet og rækkevidden af begge omgåelsesklausuler, da disse forekommer uklare. Som følge af klausulernes forskellige udformning behandles disse i hver sit afsnit, hvorefter eventuelle forskelle belyses.

2.2 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 1

Det fremgår af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, at *“skattepligtige har ikke de fordele, der følger af M/D-direktivet, R-/R-direktivet og fusionsskattedirektivet (egen notation), til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.”* Indholdet af denne omgåelsesklausul behandles i det følgende.

2.2.1 Fortolkning af bestemmelsens enkelte dele

2.2.1.1 Fordel af direktiverne

For at LL § 3, stk. 1, finder anvendelse, skal et skattesubjekt, omfattet af klausulen, først og fremmest have opnået en *fordel* af enten M-/D-, R-/R- eller fusionsskattedirektivet. Da det ikke fremgår af bestemmelsen, hvilke fordele, der tænkes på, fastlægges disse.

M-/D-, R-/R- og fusionsskattedirektivet, er vedtaget for at opretholde det indre marked og skabe gode vilkår for aktørerne. Dette søges opretholdt ved at harmonisere reglerne om fordeling af beskatningskompetencen.¹¹² Direktiverne finder kun anvendelse på grænseoverskridende transaktioner.¹¹³ Som følge heraf vil LL § 3, stk. 1, alene anvendes på transaktioner, som involverer minimum to medlemsstater.

M-/D-direktivet fritager udbytte og andre udlodninger af overskud fra et datterselskab til dets moderselskab for dobbeltbeskatning.¹¹⁴ Dette er gennemført ved at nægte medlemsstaten, hvor datterselskabet er beliggende, at pålægge kildeskat. Herudover skal medlemsstaten, hvor moderselskabet er beliggende, enten fritage udbytte for beskatning (eksempionslempelse) eller yde moderselskabet fradrag for den del af datterselskabets skattebetaling, der vedrører udbyttet

¹¹² Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 238 f.

¹¹³ Ibid., s. 239 ff.

¹¹⁴ Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011, betragtning 3

(creditlempelse).¹¹⁵ Disse regler er i dansk ret implementeret i selskabsskattelovens¹¹⁶ (herefter SEL) § 13, stk. 1, nr. 2. En fordel opnået efter M-/D-direktivet, må efter LL § 3, stk. 1, hermed omfatte fuldstændig skattefrihed, hvor hverken domicil- eller kildestaten beskatter, eller delvis skattefrihed, hvor kildestaten ikke beskatter og domicilstaten beskatter samt yder fradrag for den af datterselskabet betalte skat.

R-/R-direktivet skal bevirke, at renter og royalties kun beskattes én gang i en medlemsstat, dvs. at kun én medlemsstat har beskatningskompetencen, hvilket skal eliminere dobbeltbeskatning.¹¹⁷ Dette opretholdes ved, at kildeskatte på renter og royalties frafaldes.¹¹⁸ Reglerne er i dansk ret implementeret i SEL § 2, stk. 1, litra d, g og h. Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at en fordel opnået efter R-/R-direktivet, udgør frafald af kildeskatte, dvs. delvis skattefritagelse.

Fusionsskattedirektivet skal medføre en ens skattebehandling af omstruktureringer, herunder fusioner og spaltninger mv. i alle medlemsstater, som samtidig er konkurrencemæssig neutral.¹¹⁹ Som følge heraf sker der ingen beskatning af et selskab eller dets selskabsdeltagere ved foretagelse af omstruktureringer. Beskatning af kapitalgevinster opnået ved disse omstruktureringer udskydes i stedet til det tidspunkt, hvor aktivet, som genererer kapitalgevinsten, afhændes.¹²⁰ Disse regler er implementeret ved fusionsskattelovens¹²¹ §§ 15-15 d og aktieavancebeskatningslovens¹²² § 36. Det kan herudfra sluttes, at den fordel, som fusionsskattedirektivet tildeler, omfatter en skatteudskydelse, idet der ikke sker en straksbeskatning ved omstruktureringen, men først ved afhændelse.

Det fremgår endvidere af skatteministerens svar til FSR's høringssvar, at fordele opnået efter direktiverne, kun omfatter de fordele, som en skatteyder kan indrømmes i Danmark.¹²³

Fordelene forbundet med M-/D-, R-/R- eller fusionsskattedirektivet vil altså omfatte skattefritagelse, enten hel eller delvis, samt skatteudskydelse opnået i Danmark.

¹¹⁵ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 3.3.1, og Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011, art. 4, 5 og 6

¹¹⁶ LBK nr. 680 af 2. maj 2015 om indkomstbeskatning af aktieselskaber mv.

¹¹⁷ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003, betragtning 3

¹¹⁸ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 3.3.1 og Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003, art. 1

¹¹⁹ Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009, betragtning 2

¹²⁰ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 3.3.1 og Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009, art. 8

¹²¹ LBK nr. 1017 af 24. august 2015 om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver m.v.

¹²² LBK nr. 1082 af 8. september 2015 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier mv.

¹²³ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 27

2.2.1.2 Arrangementer eller serier af arrangementer

For at omgængelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, finder anvendelse, skal der foreligge et *arrangement eller en serie af arrangementer*. I bestemmelsen er det ikke nærmere uddybet, hvad der menes hermed.

Ordet *arrangement* henviser i almindelig tale til den måde, hvorpå ting eller personer er organiseret. I direktivforslaget er begrebet *arrangement* defineret som værende en transaktion, en plan, en handling, en operation, en aftale, en forståelse, et løfte eller et tilsagn.¹²⁴ Direktivforslagets definition er en direkte overtagelse af definitionen i Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning.¹²⁵ I lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser præciseres det, at vendingen *ethvert arrangement eller enhver transaktion* skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om der kan støttes ret på dem eller ej. Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstskabelsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation.¹²⁶ Vendingen *ethvert arrangement eller enhver transaktion* fremgår af LL § 3, stk. 3, dog må de to klausuler skulle ses i lyset af hinanden. Det fremgår også af direktivforslaget, at begrebet arrangement omfatter transaktioner. Ministeren benytter ligeledes begreberne som synonymmer.¹²⁷ Det skal ligeledes bemærkes, at det af den juridiske vejledning fremgår, at begrebet *arrangement og serie af arrangementer*, som anvendt i stk. 1, har samme definition som *ethvert arrangement eller enhver transaktion*.¹²⁸ Grundet foranstående argumenter må det lægges til grund, at der ved fortolkning af ordene *arrangement og serie af arrangementer* skal henses til definitionen af *ethvert arrangement eller enhver transaktion*. Af ovenstående fremgår det, at et arrangement er karakteriseret ved en handling, hvorfor fuldkommen passivitet ikke formodes at omfattes.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at ordet arrangement skal fortolkes bredt, hvorfor det må forventes, at nærmest alle former for selskabsageren kan blive omfattet. I lovforslaget uddybes det dog, at såfremt enkelte dele af et arrangement ikke er reelle, da vil omgængelsesklausulen kun finde anvendelse på disse specifikke dele, uden at de øvrige dele af arrangementet berøres.¹²⁹

¹²⁴ COM(2013) 814 final af 25. november 2013, art. 1a, stk. 2

¹²⁵ C(2012) 8806 final af 6. december 2012, afs. 4.3

¹²⁶ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

¹²⁷ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 24

¹²⁸ Den juridiske vejledning 2016-1, afs. C.I.4.1.3 og C.I.4.2.3

¹²⁹ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

Ordet *serie* udtrykker i gængs tale, at der foreligger en række forhold, hvorimellem der eksisterer en vis relation.

Hverken i bestemmelsen, direktivet eller disses forarbejder findes der støtte for, hvad der menes med en *serie*. Af den rene ordlyd kan det dog udledes, at der skal foreligge mere end ét arrangement for, at der eksisterer en serie. Spørgsmålet er dog, om to arrangementer er nok til at statuere en serie, eller om flere er nødvendige. Endvidere må det formodes, at der skal foreligge en vis sammenhæng og relation mellem arrangementerne, angående tid og afhængighed, for at de statuerer en serie. Angående det tidsmæssige aspekt, kan det dog ikke umiddelbart udledes, hvilket tidsrum, der skal være mellem dispositionerne for, at de vil blive anset som en serie, da dette formentlig vil afhænge af den konkrete sag.

Da udtrykket hverken fremgår af forarbejderne til LL § 3 eller af direktivet, kan der søges inspiration i EU-praksis. I Kofoed-dommen blev der inden for 9 dage erhvervet et nyt selskab, foretaget en aktieombytning og lavet en udlodning med en tilhørende videreudlodning.¹³⁰ For en nærmere gennemgang af sagen henvises til afsnit 2.2.5.2. Både Generaladvokaten og EU-Domstolen finder, at der er sammenhæng mellem aktieombytningen og den tilhørende videreudlodning.¹³¹ Ud fra ovenstående, må dispositionerne anses for at udgøre en serie af arrangementer, da de 9 dage må udtrykke en vis tidsmæssig sammenhæng. Det formodes dog, at også længere tidsmæssig spænd kan medføre, at der foreligger tidsmæssig sammenhæng. Endvidere må der anses at eksistere en vis afhængighed mellem dispositionerne, idet udlodningen ikke kunne være foretaget på den givne måde og med de givne fordele, såfremt omstruktureringen ikke var foretaget først. Samlet kan det konkluderes, at der skal foreligge en sammenhæng mellem arrangementerne, både i forhold til tid og afhængighed, for at de kan udgøre en serie.

2.2.1.3 Der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel

For at omgåelsesklausulen finder anvendelse, er det ydermere en betingelse, at arrangementet eller serien af arrangementer er tilrettelagt med det *hovedformål* eller har som *et af hovedformålene* at opnå en skattefordel.

Dette afsnit behandler udtrykkene *hovedformål* eller *et af hovedformålene*, mens udtrykket *skattefordel* behandles i afsnittet nedenfor.

¹³⁰ Sag C-321/05 Kofoed, præmis 15-20

¹³¹ Ibid., præmis 26 og 39 og Generaladvokatens forslag til afgørelse af sag C-321/05, pkt. 59

Det fremgår ikke af selve bestemmelsen, hvad der mere specifikt menes med *hovedformål*. Anvendelsen af betegnelsen *hovedformål* eller *ét af hovedformålene* indikerer, at det ikke er en forudsætning for, at et arrangement omfattes af bestemmelsen, at *hele* formålet med den givne transaktion er at opnå en skattefordel. Det må derimod anses tilstrækkeligt, at blot ét af hovedformålene er at opnå denne skattefordel.

Det er imidlertid ikke tydeligt, hvornår der er tale om et hovedformål og ikke blot et formål. Tilføjelsen af *hoved-* indikerer, at det pågældende formål med et givent arrangement, tillægges større betydning end øvrige formål med samme arrangement, der i så fald må anses som havende sekundær karakter. Det er fortsat uklart, hvor meget større værdi det såkaldte hovedformål skal tillægges set i forhold til sekundære formål, for at arrangementet kan omfattes af bestemmelsen. Hverken bemærkningerne til lovforslaget eller direktivforslaget ses at bidrage til forståelsen. Det er dog værd at bemærke, at misbrugs klausulen i fusionsskattedirektivets art. 15 indeholder udtrykket *hovedformål eller et af hovedformålene*, hvorfor det kan synes relevant at se på EU-Domstolens tidligere fortolkning af denne. EU-Domstolen har i forhold til misbrugsbestemmelsen tidligere tillagt en restriktiv fortolkning således, at denne udelukkende rammer transaktioner, der har som det eneste eller det overvejende formål at opnå direktivets fordele.¹³²

Anvendes denne tilgang ved fortolkningen af bestemmelsen i M-/D-direktivet, skal udtrykket *hovedformål* forstås således, at formålet med det pågældende arrangement udelukkende eller overvejende er at opnå de fordele, der følger af direktivet. Denne fortolkning må udelukke arrangementer eller serier af arrangementer, der blot har skattefordelen som et sekundært formål, fra at blive omfattet af bestemmelsen. En noget tilsvarende fortolkning kan udledes af Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning. Heraf fremgår, at der er tale om et hovedformål, der omfattes af bestemmelsen, såfremt andre formål med arrangementet eller serien af arrangementer forekommer ubetydelige set i forhold til omstændighederne i den pågældende sag.¹³³ Idet direktivforslagets formulering af klausulen er inspireret af Kommissionens henstilling¹³⁴ må denne fortolkning ligeledes kunne lægges til grund i forhold til direktivbestemmelsen.

Ud fra ovenstående kan det slutes, at et arrangement for at blive omfattet af klausulen i LL § 3, stk. 1, ikke udelukkende skal have til formål at opnå en skattefordel, der virker mod de nævnte direktiver. Er der tale om et arrangement, der har flere formål, er det dog en forudsætning, at det

¹³² Bundgaard, Jakob (2015), afs. 3.4.2 og Sag C-126/10 Foggia, præmis 34-35

¹³³ C(2012) 8806 af 6. december 2012, pkt. 4.6

¹³⁴ COM(2013) 814 final af 25. november 2013, s. 3

overvejende formål er at opnå en sådan fordel. Endvidere kan det slutes, at arrangementers sekundære formål ikke omfattes.

Af litteraturen fremgår det, at virksomheder er pligtige til at minimere deres skattebetaling¹³⁵, hvorfor arrangementer vil kunne anses for at have et sådant formål. Hvorvidt dette er tilfældet behandles nærmere i kapitel 3.

2.2.1.4 Skattefordel, der virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne

LL § 3, stk. 1, vedrører som nævnt arrangementer, der har som hovedformål eller et af hovedformålene at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne. Det er derfor relevant at klarlægge, hvad der ligger i ordet *skattefordel*, samt fastlægge, hvad der menes med at *virke mod indholdet af direktiverne*.

Ordet skattefordel tyder i sig selv på en fordel angående skattesubjektets skattebetaling. Hverken bestemmelsen, bemærkningerne til lovforslaget eller direktivbestemmelsen uddyber begrebet. Dog uddybes indholdet af ordet *skattefordele* i Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning, hvoraf det fremgår, hvilke overvejelser, der skal lægges til grund, ved vurderingen af, om et arrangement har medført skattefordele i bestemmelsens forstand. Det nævnes, at myndighederne skal sammenligne skatteyderens skattebetaling vedrørende de pågældende arrangementer med skatteyderens skattebetaling under samme omstændigheder, dog uden de pågældende arrangementer.¹³⁶ En skattefordel i bestemmelsens forstand må forstås som en eventuel difference i skattebetalingen i de to scenarier. Det er dog uklart, om en sådan difference uanset størrelse og årsag medfører, at der foreligger en skattefordel i bestemmelsens forstand.

I tilknytning til den nævnte sammenligning opstiller henstillingen en række forhold, der bør undersøges, herunder om a) et beløb ikke indgår i beskatningsgrundlaget, b) skatteyderen får fordel af et fradrag, c) der opstår et skattemæssigt tab, d) der ikke skal betales kildeskat og e) udenlandsk skat udlignes.¹³⁷ Som nævnt medgår definitionen af *skattefordel* ikke i direktivforslaget, men de under a-e nævnte forhold må dog forventes at medgå i overvejelserne om forståelsen af de anvendte ord i direktivbestemmelsen og dermed i LL § 3, stk. 1. Det er relevant at bemærke, at der ifølge Kommissionens henstilling er tale om situationer, der *bør* undersøges. Dette må indikere, at der ikke nødvendigvis *skal* være tale om en skattefordel i form af en af situationerne nævnt i forhold a-

¹³⁵ Jensen, Dennis Ramsdahl (2015), afs. 2

¹³⁶ C(2012) 8806 af 6. december 2012, pkt. 4.7

¹³⁷ Ibid., pkt. 4.7

e, men at øvrige former for skattefordele ligeledes må forventes at kunne blive omfattet. Dette medfører i sig selv, at *skattefordel* i bestemmelsens forstand må forventes at blive tillagt en bred betydning. En situation, hvor skattebetalingen vedrørende de pågældende arrangementer differentierer sig fra skattebetalingen i en tilsvarende situation uden de pågældende arrangementer, vil altså blive betragtet som en skattefordel, uanset størrelsen af differencen. Et sådant krav synes ikke svært at opfylde, da en situation, som benytter direktivernes fordele, ofte ikke vil have samme skattebetaling som en situation, der ikke benytter direktivernes fordele.

Det faktum, at Kommissionen oplister de fem situationer, kan dog modsat tyde på, at det menes, at forekomsten af en eller flere af de nævnte situationer, øger sandsynligheden for, at der foreligger en skattefordel i bestemmelsens forstand. Foranstående taler for, at ikke alle skattefordele forventes at blive omfattet, men derimod blot skattefordele, som følger af situationerne nævnt i forhold a-e eller tilsvarende. Trods denne indsnævring af begrebet, forekommer begrebet dog fortsat bredt.

Lægges udfaldet af den sidste argumentation til grund, finder LL § 3, stk. 1, anvendelse, såfremt der er tale om en skattefordel, hvorved forstås, at der for det første eksisterer en difference i skattebetalingen mellem de to sammenlignelige situationer og for det andet, at denne er forårsaget af en situation som nævnt i a-e eller en situation af samme karakter. Af ovenstående kan det konkluderes, at dette dobbeltkrav skal opfyldes for, at LL § 3, stk. 1, kan finde anvendelse.

I forlængelse af ovenstående skal denne skattefordel, for at kunne omfattes af LL § 3, stk. 1, virke mod *indholdet af* eller *formålet med* direktiverne, hvorved må forstås M-/D-, R-/R- og fusions-skattedirektivet.

Det fremgår af betragtning 3 til M-/D-direktivet¹³⁸ at direktivet har til formål at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster.¹³⁹ Betragtning 3 ses som udgangspunkt ikke at have relevans i forhold til LL § 3, stk. 1, da det formodes, at skattesubjekter ikke vil agere med henblik på at modvirke fritagelse af en skattebetaling eller modvirke at undgå dobbeltbeskatning.

På trods af denne umiddelbare irrelevans i forhold til LL § 3, stk. 1, kan der alligevel forestilles en række scenarier, hvor opnåelsen af en skattefordel modvirker formålene i betragtning 3.

¹³⁸ Rådets direktiv 2011/96 af 30. november 2011, præambelens 3. betragtning

¹³⁹ Et moderselskab defineres i direktivets art. 3, stk. 1, litra a og b, som et selskab i en medlemsstat, der ejer minimum 10 % af kapitalen eller stemmerettighederne i et selskab i en anden medlemsstat, mens et datterselskab i litra b defineres som et selskab, hvis kapital er ejet af et sådant moderselskab.

Eksempelvis følger det af betragtningen, at det er udlodninger fra *datter-* til moderselskaber, der fritages for kildeskat. Såfremt et datterselskab udelukkende oprettes for at opnå denne skattefritagelse, kan der derfor argumenteres for, at arrangementet strider mod direktivets formål. Endvidere forestilles situationer, hvor der ikke blot undgås dobbeltbeskatning, men hvor der opstår dobbelt ikke-beskatning. Om dette strider mod formålet med direktivet kan ikke direkte udledes af hverken M-/D-direktivet og dets præambel eller af præamblen til den vedtagne ændring af direktivet. Det følger dog af betragtning 2 til det oprindelige forslag til ændringen af M-/D-direktivet¹⁴⁰, at de fordele, der følger af M-/D-direktivet, ikke bør føre til situationer med dobbelt ikke-beskatning og dermed give utilsigtede skattefordele til grænseoverskridende set i forhold til nationale. Samlet betyder dette, at såfremt en skattefordel medfører dobbelt ikke-beskatning, da virker denne skattefordel mod direktivet.

Endelig følger det af bemærkningerne til de enkelte artikler i forslaget til ændringen af M-/D-direktivet, at det grundlæggende formål med direktivet er at skabe lige vilkår for grænseoverskridende og nationale koncerner.¹⁴¹ Dette angives ikke ordret i direktivet eller dets præambel, men må dog betragtes at indgå i præambelens 4. betragtning, hvoraf fremgår, at grænseoverskridende sammenslutninger bevirker, at det indre marked kommer til at fungere bedst muligt, samt at grænseoverskridende sammenslutninger ikke bør hæmmes af særlige restriktioner og forskelsbehandling som følge af medlemsstaternes beskatningsregler.¹⁴² Det kan heraf udledes, at grænseoverskridende sammenslutninger ikke må behandles værre end rent nationale. Det er dog ikke tydeligt, at dette er ensbetydende med, at de to situationer skal behandles *ens*, dvs. behandles på *lige vilkår*. På baggrund af det netop nævnte samt enighed herom i litteraturen¹⁴³ synes det dog næppe forkert at opfatte *ligebehandling* af nationale samt grænseoverskridende sammenslutninger inden for EU, hvad angår udlodning af udbytte fra datter- til moderselskaber, som værende hovedformålet med direktivet.

For ikke at blive omfattet af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, må skattefordelen altså ikke bevirke, at grænseoverskridende og rent nationale sammenslutninger behandles forskelligt. Da de arrangementer, som LL § 3, stk. 1, vedrører, formodes at have til hensigt at opnå en fordelagtig skattebetaling, forventes arrangementerne ikke at medføre en værre skattemæssig behandling af grænseoverskridende sammenslutninger end nationale, men derimod en bedre behandling. Der kan

¹⁴⁰ COM(2013) 814 final af 25. november 2013

¹⁴¹ Ibid., s. 6

¹⁴² Rådets direktiv 2011/96 af 30. november 2011, præambelen 4. betragtning

¹⁴³ Bundgaard, Jakob (2015), afs. 3.4.4

derfor tales for, at en sådan bedre behandling strider mod formålet i direktivets 4. betragtning, idet sammenslutningerne da ikke behandles på lige vilkår, hvilket i henhold til ovenstående diskussion må betragtes som værende hovedformålet med direktivet.

Hvad angår modvirken af *indholdet* af direktivet, synes dette umiddelbart svært at forbinde med LL § 3, stk. 1, da indholdet af direktivet antageligvis må være det, der søges opnået ved det pågældende arrangement eller serier af arrangementer. Den engelske version af bestemmelsen anvender imidlertid udtrykket *the object or purpose*¹⁴⁴, hvilket oversat til dansk betyder *formålet eller hensigten*. Anvendelsen af disse ord synes at bekræfte, at der med udtrykket *indhold og formål* henses til formålet og hensigten med direktivet. Dette må antages også at være gældende for R-/R- og fusionsskattedirektivet.

Ud fra disse overvejelser kan det sluttet, at den skattemæssige behandling af det pågældende arrangement eller serier af arrangementer ikke må bevirke, at der opstår dobbelt ikke-beskatning samt ikke må medføre, at grænseoverskridende og nationale sammenslutninger ikke behandles på lige vilkår.

For R-/R-direktivet¹⁴⁵ følger det af betragtning 10 i direktivets præambel, at målet med direktivet er at etablere et fælles system for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater.¹⁴⁶

Opnår en skattepligtig en skattefordel, må denne fordel, for ikke at falde ind under LL § 3, stk. 1, altså ikke modvirke formålet i betragtning 10. For at fastlægge, hvorvidt skattefordelen ved et givent arrangement modvirker dette formål, er det nødvendigt at klarlægge, hvad der ligger i udtrykket *fælles system for beskatning af renter og royalties*. Betragtningen udtrykker, at der på EU-niveau anvendes ensartede regler for beskatning af renter og royalties. Det følger af betragtning 3 til direktivet, at det ønskes sikret, at renter og royalties beskattes én gang i én medlemsstat. Det *fælles system* må derved forudsættes at indebære anvendelsen af et fælles sæt regler, der medfører, at dobbeltbeskatning af renter og royalties undgås. Set i forhold til betingelsen om, at en skattefordel skal modvirke formålet med direktivet, synes dette formål som udgangspunkt ikke at være relevant, da skattepligtige næppe vil søge at modvirke undgåelse af dobbeltbeskatning. Det

¹⁴⁴ Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015, EN

¹⁴⁵ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003

¹⁴⁶ Et selskab er associeret med et andet selskab, i henhold til direktivets art. 3, litra b, såfremt dette direkte ejer minimum 25 % af det andet selskabs kapital, eller direkte ejes med minimum 25 % af dette andet selskab. Ligeledes er der tale om associerede selskaber, såfremt et tredje selskab direkte ejer minimum 25 % i et selskab samt 25 % i det andet selskab.

bør dog bemærkes, at ordvalget *beskattes én gang* i betragtning 3 kan indikere, at det vil virke mod formålet med direktivet, såfremt det pågældende arrangement medfører dobbelt ikke-beskatning af rente- eller royaltybetalinger, da betalingen i så fald ikke vil medføre, at der beskattes én gang.

Det følger af betragtning 1 i R-/R-direktivet, at transaktioner på det indre marked mellem selskaber fra forskellige medlemsstater ikke må være underlagt ringere beskatningsvilkår end de vilkår, der gælder for tilsvarende transaktioner mellem selskaber fra samme medlemsstat. Denne betragtning synes at svare til hovedformålet med M-/D-direktivet i betragtning 4, hvorfor betragtningen må udgøre et væsentligt formål med direktivet. Anvendes samme tankegang som for hovedformålet med M-/D-direktivet, hvor hovedformålet er *ligebehandling*, kan der dog også her tales for, at det vil stride mod formålet med direktivet, hvis et givent arrangement medfører, at grænseoverskridende sammenslutninger opnår en bedre skattemæssig situation end rent nationale.

Samlet kan det siges, at skattefordelen ved det pågældende arrangement ikke må medføre dobbelt ikke-beskatning af rente- og royaltybetalinger samt, at der ikke må være tale om arrangementer, der medfører, at grænseoverskridende og nationale selskaber ikke behandles på lige vilkår.

Formålet med fusionsskattedirektivet fremgår ikke entydigt af direktivets præambel, men synes dog at udgøres af en række hensyn.¹⁴⁷

Ifølge betragtning 5 til direktivet bør en fælles beskatningsordning sikre, at de omfattede omstruktureringer ikke beskattes, mens det følger af betragtning 14, at direktivet søger at fjerne hindringer på det indre marked, såsom dobbeltbeskatning, således at det indre marked fungerer tilfredsstillende. Af sag C-321/05, præmis 32, fremgår det ligeledes, at formålet med direktivet er, at fjerne skattemæssige hindringer for grænseoverskridende omstruktureringer.

De skattefordele, der følger af de i LL § 3, stk. 1, nævnte arrangementer, formodes ikke at være i strid med disse formål, da arrangementerne netop søger at minimere skattebetalinger. Dog bør det som for de andre direktiver overvejes, om det vil virke mod formålet, såfremt der er tale om dobbelt ikke-beskatning, hvilket kan hindre opretholdelsen af det indre marked.

2.2.1.5 Som ikke er reelle

Kun arrangementer eller serier af arrangementer, som *ikke er reelle*, vil blive omfattet af LL § 3, stk. 1. Af bestemmelsens stk. 2 uddybes det, at et arrangement eller en serie af arrangementer ikke

¹⁴⁷ Bundgaard, Jakob (2015), afs. 3.4.4

er reelt, når det ikke er tilrettelagt af *velbegrundede kommercielle årsager*, der afspejler en økonomisk virkelighed. Trods uddybningen i stk. 2 forekommer det dog fortsat uklart, hvad der skal til for, at et arrangement anses for ikke-reelt.

Ordet *reelt* giver umiddelbart udtryk for noget, som kan konstateres, dvs. noget som ikke er fiktivt. Af direktivforslaget benyttes ordet *kunstige arrangementer* nærmest som synonym for ikke-reelle arrangementer.¹⁴⁸ I gængs tale hentyder ordet *kunstigt* ligeledes til noget, som er uægte. I den engelske version af den vedtagne klausul indgår udtrykket *not genuine*, hvilket ved en direkte oversættelse ligeledes betyder uægte.¹⁴⁹ Da ordet kunstigt og uægte må skulle ses i lyset af lovforslagets formål, må begreberne skulle hentyde til faktisk foretagne arrangementer, som indeholder et element af uæghed. Dette synes begrebet *økonomisk virkelighed* i stk. 2 at bekræfte. Betragtningen om det uægte giver dog ikke mange holdepunkter for, hvad der omfattes heraf, hvorfor dette søges klarlagt.

I direktivforslaget¹⁵⁰ er det indskrevet, hvad der anses for et kunstigt arrangement. Dette inkluderer; a) arrangementer, hvor dele af et arrangement er uden sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed, b) arrangementer, som ikke benyttes i god forretningspraksis, c) arrangementer, som indeholder elementer, der udligner og ophæver hinanden, d) transaktioner, der har cirkulær art samt e) arrangementer, som resulterer i en betydelig skattefordel, som ikke afspejles i skatteyderens forretningsrisici eller cash flows.¹⁵¹ Foranstående parametre er en direkte overtagelse fra Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning. I denne anses arrangementer, hvis forventede overskud før skat er ubetydelig i forhold til størrelsen af den forventede skattefordel, også for kunstige.¹⁵² At der i direktivforslaget er undladt dette parameter, men medtaget alle andre, må være udtryk for et bevidst valg, hvorfra det kan sluttes, at et arrangement, hvis forventede overskud før skat er ubetydelig i forhold til størrelsen af den forventede skattefordel, som udgangspunkt ikke vil anses for kunstigt.

Trods at ovenstående definitioner ikke er direkte inkluderet i den vedtagne ændring af M-/D-direktivet og dermed heller ikke i LL § 3, stk. 1 og 2, må Kommissionens henstilling og direktivforslaget alligevel anses for at udgøre fortolkningsbidrag for domstolene.

¹⁴⁸ COM(2013) 814 final af 25. november 2013, forslag til art. 1a, afs. 2

¹⁴⁹ Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015, EN

¹⁵⁰ COM(2013) 814 final af 25. november 2013

¹⁵¹ Ibid., art. 1a, stk. 2

¹⁵² C(2012) 8806 final af 6. december 2012, pkt. 4.4

Af ovenstående fremgår det, at arrangementer, hvor dele af et arrangement er uden sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed (a), vil blive anset for kunstige. Denne betragtning angår hermed det klassiske substance-over-form princip.¹⁵³ I bemærkningerne til lovforslaget fremgår ligeledes et eksempel omhandlende udbytteudlodninger, som foretages via et gennemstrømningsselskab, hvortil det uddybes, at gennemstrømningsselskabet er uden større substans, hvorfor en direktivfordel vil kunne nægtes.¹⁵⁴ I ministerens svar til FSR's høringssvar uddybes det ydermere, at midlertidige eller rene "proforma"-aftaler uden velbegrundede kommercielle årsager, ikke vil anses for reelle.¹⁵⁵

Ud fra ovenstående betragtninger kan det sluttes, at fortolkningen af begrebet reelt, særligt trækker i retning af den allerede kendte substance-over-form betragtning. Et arrangement vil således karakteriseres for reelt, såfremt dets indhold og aktivitet er i overensstemmelse med dets form, dvs. når arrangementet ikke blot udgør en tom skal. I vurderingen af arrangementets realitet skal der altså både ses på de formelle såvel som de rent faktiske forhold. I forlængelse heraf er det relevant at behandle, hvor meget substans der skal til for at et arrangement kan erklæres for reelt.

I ministerens svar til FSR's høringssvar uddybes det, at begrebet reelt i et vist omfang er inspireret af EU-Domstolens praksis.¹⁵⁶ Som et eksempel herpå henviser ministeren til sag C-126/10 (Foggia), hvor EU-Domstolen udtalte "*at da det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke udøver nogen virksomhed, ikke råder over nogen finansielle andele og alene overfører store skattemæssige tab, af ubestemt oprindelse, til det overtagne selskab, udgør en formodning for, at transaktionen ikke er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger*".¹⁵⁷ Denne udtalelse synes at bekræfte ovenstående synspunkt om, at et arrangement skal indeholde substans for at blive anset for reelt. I SKM2012.26.LSR¹⁵⁸ udtalte Landsskatteretten, at "*Den omstændighed, at det cypriotiske selskabs eneste - eller i det væsentligste eneste - aktivitet er at eje anparter i det danske selskab, medfører ikke at selskabet ikke har erhvervsmæssig drift*".¹⁵⁹ I relation til substansbetragtningen kan det af denne udtalelse udledes, at aktiebesiddelse ikke alene medfører, at et arrangement ikke er reelt, men at der ligeledes skal foreligge andre omstændigheder.

Samlet kan det sluttes, at substansbetragtningen vil lægges til grund ved vurdering af, hvorvidt et arrangement er reelt. I denne vurdering, vil virksomhedsaktiviteten såvel som beholdningen af

¹⁵³ Substance-over-form princippet omhandler, hvorvidt den formelle form af en transaktion eller et selskab svarer til det faktiske indhold. Se Werlauff (2015), s. 455 f.

¹⁵⁴ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslaget enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

¹⁵⁵ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 28

¹⁵⁶ Ibid., s. 27

¹⁵⁷ Sag C-126/10 Foggia, præmis 52

¹⁵⁸ Se afs. 2.2.5.3 for beskrivelse af sagen

¹⁵⁹ SKM2012.26.LSR, Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

aktiver, finansielle andele og eventuelle tab indgå. Det kan dog ikke udledes, hvilket forhold, der skal eksistere mellem aktivitet og indhold for, at et arrangement er reelt.

Ud over substance-over-form betragtningen fremgår det af direktivforslaget, at et arrangement alene anses for reelt, såfremt der er overensstemmelse mellem arrangementets skattefordele og dets forretningsrisici eller cash flows (e). Dette krav synes ligeledes at tage udgangspunkt i substance-over-form betragtningen, dog udvides kravet, da en skattefordel også skal svare til selskabets forretningsrisici eller cash flows. Denne betragtning rejser spørgsmålet om, hvornår der eksisterer overensstemmelse mellem et selskabs skattefordel og dets forretningsrisici eller cash flows. Hverken af direktivforslaget eller af henstillingen fra Kommissionen fremgår der noget herom.

Samlet forekommer substanskravet strengt, da der både skal være en vis virksomhedsaktivitet, indhold i form af aktiver, ingen ubegrundede underskud samt overensstemmelse mellem skattefordel og forretningsrisici eller cash flows for, at et arrangement vil blive anset for reelt. Dette synes umiddelbart at medføre, at holdingselskaber, hvis aktivitet og indhold inkluderer aktiebesiddelse og/eller udlån, men ikke yder andre former for aktivitet og ikke indeholder andre typer aktiver, kan blive anset for ikke-reelle, medmindre aktiviteten er tilknyttet store risici eller cash flows. Der skal altså ikke foreligge megen uoverensstemmelse for, at et arrangement erklæres ikke-reelt.

Begrebet *kommercielle årsager* i LL § 3, stk. 2, kan umiddelbart sidestilles med begrebet *forretningsmæssige årsager*, hvilket betyder, at de foretagne arrangementer skal kunne begrundes ud fra et forretningsmæssigt perspektiv, for at kunne betragtes som reelle. Dette synes ligeledes i overensstemmelse med direktivforslagets betragtning om god forretningspraksis (b). I forlængelse heraf er det relevant at fastlægge, hvad der udgør en forretningsmæssig årsag.

Om vendingen *kommerciel årsag* uddyber ministeren, at en minimering af skattebetalingen ikke kan anses for en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand.¹⁶⁰ Ministerens kommentar synes dog at negligere, at skat udgør en omkostning og derfor i et vist omfang har betydning for skattesubjekters ageren.¹⁶¹ I forlængelse heraf vil afhandlingens økonomiske kapitel diskutere, hvorvidt skat udgør en forretningsmæssig betragtning for selskaber.

¹⁶⁰ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 28

¹⁶¹ Ravn, Jacob (2015), s. 178

Modsat ministeren anerkender EU-Domstolen en skattebesparelse som en legitim erhvervsmæssig bevæggrund. I sag C-196/04 (Cadbury Schweppes) udtalte EU-Domstolen, at hensigten om at drage fordel af fordelagtig skattelovgivning, ikke i sig selv kan medvirke, at en skatteyder ikke kan påberåbe sig traktatens bestemmelser.¹⁶² EU-Domstolen udtalte endvidere, at oprettelse af et selskab i en stat grundet fordelagtig lovgivning ligeledes ikke er tilstrækkeligt til at statuere misbrug.¹⁶³

Umiddelbart synes ministerens udtalelse en anelse drastisk, i forhold til at ministeren ligeledes har udtalt, at begrebet reelt er inspireret af hidtidig EU-praksis om misbrug.¹⁶⁴ Da bestemmelsen er en direkte implementering af M-/D-direktivets bestemmelse, og de danske domstole, som følge af EU-rettens forrang, er pligtige til at stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen i tilfælde af tvivl, må EU-Domstolens fortolkning i sidste ende finde anvendelse ved fortolkning af begrebet *reelt*.

Ovenstående betragtning resulterer i, at begrebet reelt skal forstås bredt og omfatter mere end, hvad ordlyden umiddelbart antyder, hvilket også afspejles i direktivforslagets betragtning om god forretningspraksis (b). Spørgsmålet er, hvad der vil anses for god forretningspraksis, og hvordan dette vurderes. Kravet antyder, at der skal foretages en sammenligning mellem arrangementer foretaget af forskellige skatteydere for at kunne fastlægge, hvad der anses for god forretningspraksis. Det bemærkes hertil, at god forretningspraksis næppe kan sidestilles med normal forretningspraksis, dvs. at selvom skatteoptimering er normal forretningspraksis, så er det ikke nødvendigvis god forretningspraksis. Spørgsmålet er herefter, hvor stor en afvigelse fra den fundne standard om god forretningspraksis, der skal eksistere for, at et arrangement vil blive fundet ikke-reelt. Umiddelbart må denne standard medføre, at arrangementer, som er anderledes, eksempelvis grundet afprøvning af nye forretningsgange, vil risikere at blive anset som ikke-reelle. Skatteyder må ved sådanne arrangementer formodes at skulle føre større bevis for sine dispositioner for, at disse kan anses for reelle. Samlet synes standarden om god forretningsskik og kommercielle årsager ikke at skabe mere klarhed om, hvornår et arrangement anses for reelt.

Det kan konkluderes, at kravet om realitet er meget uklart og bredt, da det af de begrænsede fortolkningsbidrag hverken kan afklares, hvad der omfattes eller ikke omfattes, hvilket medfører, at flere typer af arrangementer må kunne omfattes af begrebet. Det brede anvendelsesområde

¹⁶² Sag C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 36

¹⁶³ Ibid., præmis 37

¹⁶⁴ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 27

bekræftes endvidere af, at betragtningerne om substance-over-form og god forretningsskik, som ligeledes er uklare og brede, indgår i vurderingen heraf. Realitetskravet kan dog ikke, som følge af EU-rettens forrang, bredes ud til at omfatte arrangementer, der er tilrettelagt af skattebesparende hensyn, medmindre andre forhold peger i retningen af misbrug.

2.2.1.6 Under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder

Af LL § 3, stk. 1, fremgår det, at der skal tages hensyn til *alle relevante faktisk forhold og omstændigheder* ved vurdering af, hvorvidt et arrangement omfattes af bestemmelsen. Det kan derfor udledes, at det påhviler skattemyndighederne at foretage en objektiv analyse af, hvorvidt et arrangement omfattes af bestemmelsen og dermed udgør misbrug. Pligten til at foretage en objektiv vurdering bekræftes endvidere i præamblen til direktivforslaget.¹⁶⁵

EU-Domstolen udtrykker endvidere, at de kompetente nationale myndigheder ikke blot kan anvende forud fastsatte, generelle kriterier, men skal foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion.¹⁶⁶ Det kan herudfra udledes, at det påhviler de danske skattemyndigheder at foretage en konkret vurdering af den enkeltes sags faktum, og at der ikke blot kan refereres til generelle betragtninger om, at visse typer af arrangementer anses for misbrug, eksempelvis brug af gennemstrømningsselskaber.

Hvilke forhold og omstændigheder, der skal indgå i den objektive analyse, fremgår ikke nærmere af bestemmelsen eller forarbejderne hertil, men i ministerens svar til FSR's høringssvar uddybes det dog, at der i den objektive analyse skal tages hensyn til den samlede koncerns forhold.¹⁶⁷

Af ovenstående er det umiddelbart ikke klart, hvilke forhold, der skal indgå i en objektiv analyse. Ud fra bestemmelsens ordlyd må det dog antages, at skattemyndighederne er pligtige til at inddrage alle forhold, der kan relateres til det undersøgte arrangement.

2.2.2 De objektive kriterier

Ud fra ovenstående analyse vil dette afsnit kort opsamle indholdet af de objektive kriterier, som skal opfyldes for, at skatteyder bliver omfattet af LL § 3, stk. 1.

For at bestemmelsen kan finde anvendelse, skal der være foretaget en aktivitet eller handling, hvis indhold er underordnet, dvs. at alle former for ageren er omfattet, dog ikke fuldkommen passivitet.

¹⁶⁵ Dokument nr. 16435/14 af 5. december 2014, bilag. 1, præambelens pkt. 7

¹⁶⁶ Sag C-126/10 Foggia, præmis 37

¹⁶⁷ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 27

Såfremt der foretages flere handlinger, hvorimellem der eksisterer afhængighed samt tidsmæssig sammenhæng, vil disse anses som en serie, og blive behandlet under ét.

Derudover eksisterer der 3 objektive kriterier for, at selskabets aktivitet vil blive omfattet af bestemmelsen.

For det første skal aktiviteten have som et af sine formål at opnå en skattefordel. Formålet om at opnå en skattefordel skal dog være et af de primære formål med aktiviteten. Ydermere skal der eksistere en forskel i skattebetalingen mellem den foretagne aktivitet, som medfører direktivfordelene, og en lignende aktivitet, som ikke medfører direktivfordelene, hvorved der er opnået en skattefordel. Denne forskel skal endvidere være opstået på baggrund af enten frafald i kildeskat, opnåelse af fradrag, manglende inklusion i beskatningsgrundlaget eller en lignende lempelig skatteregel.

For det andet skal skatteyder enten have opnået skattefritagelse, enten hel eller delvis, eller skatteudskydelse, som følge af enten M-/D-, R-/R- eller fusionsskattedirektivet, opnået i Danmark. Denne fordel skal virke mod formålet med et af de tre direktiver, hvorfor fordelene ikke må medføre ulige behandling af grænseoverskridende og nationale selskabssammenslutninger eller dobbelt ikke-beskatning.

Det tredje objektive kriterium er, at et arrangement skal anses for ikke-reelt. Hvornår dette kriterium er opfyldt forekommer dog uklart, dog vil arrangementer, som ikke afspejler god forretningspraksis eller ikke har substans opfylde kriteriet.

2.2.3 Bevisbyrden

I forlængelse af ovenstående analyse af begreberne findes det relevant at fastlægge den bevisbyrde, der følger af bestemmelsen, da bevisbyrdefordelingen formodes at være afgørende for udfaldet af en sag.

Af bestemmelsen og forarbejderne hertil¹⁶⁸ kan det udledes, at det påhviler skattemyndighederne at påvise, ud fra hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at et arrangement eller en serie af arrangementer ikke er reelt og er tilrettelagt med det hovedformål eller har som et af hovedformålene at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne. Skattemyndighederne skal altså først påvise, at alle betingelserne for tilsidesættelse er til stede. Såfremt dette er påvist, påhviler det den skattepligtige, at godtgøre, at arrangementet er

¹⁶⁸ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, s. 18

tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, og dermed er reelt.¹⁶⁹

Af ministerens svar til FSR's høringssvar uddybes det, at skatteyderen skal føre et *konkret* bevis.¹⁷⁰ Idet ministeren alene påpeger, at skatteyderen er pligtig til at føre *konkret* bevis, kan det heraf sluttes, at samme bevisbyrde ikke påhviler skattemyndighederne, hvilket giver indtryk af, at skattemyndighederne blot skal hævde, at der foreligger en formodning for, at skatteyderen opfylder betingelserne for at være omfattet af LL § 3, stk. 1. Kravet til skattemyndighedernes indledende bevis vil altså være lavere end kravet til skatteyderens modbevis herfor. Denne skævvredne bevisbyrde kan føre til, at skattemyndighederne lettere vil få medhold end skatteyder.

2.2.4 Retsfølgen

Dette afsnit klarlægger, hvilken retsfølge LL § 3, stk. 1, pålægger en skatteyder, som omfattes af bestemmelsen.

Såfremt skattemyndighederne har godtgjort deres bevisbyrde, og skatteyderen ikke har kunne føre konkret modbevis, vil en skatteyder, som er kvalificeret til en direktivfordel, blive nægtet denne.

Som diskuteret ovenfor har skattemyndighederne alene kompetence til at tilsidesætte fordele som opnås i Danmark.¹⁷¹ Det er ydermere bekræftet af ministeren, at LL § 3, stk. 1, alene giver kompetence til foretagelse af en indkomstkorrektion og ikke en dispositionskorrektur, da det konkrete arrangement fortsat skal anses for gennemført.¹⁷² Skattemyndighederne har hermed kun kompetence til at ændre størrelsen af den skattebetaling, som følger af dispositionen, men ikke selve dispositionen.

En tilsidesættelse af de fordele, som følger af M-/D-direktivet betyder, at hverken kilde- eller domicilstaten, er pligtig til at frafalde beskatning af udbytteudlodningen efter direktivets regler herom.¹⁷³ Skatteyderens fuldstændige skattefrihed fratages hermed og erstattes med enten dobbeltbeskatning eller blot beskatning i én medlemsstat. Begge stater vil, såfremt deres lovgivning giver hjemmel hertil, have ret til at beskatte udbyttet, hvilket kan resultere i en dobbeltbeskatning i tilfælde af, at kildestatens lovgivning hjemler kildeskat på udbytte, og domicilstatens lovgivning hjemler, at udbytte medregnes i den skattepligtige indkomst.

¹⁶⁹ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, s. 18

¹⁷⁰ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 23

¹⁷¹ Se afs. 2.2.1.1

¹⁷² Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 29

¹⁷³ Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011, art. 4, 5 og 6 og LL § 3, stk. 1

Tilsidesættelse af de fordele, som følger af R-/R-direktivet medfører, at kildestaten ikke skal frafalde beskatning.¹⁷⁴ Fratagelse af skatteyderens delvise skattefrihed resulterer muligvis i en dobbeltbeskatning i tilfælde af, at kildestatens lovgivning hjemler kildeskat på renter og royalties, og domicilstatens lovgivning hjemler, at renter og royalties medregnes i den skattepligtig indkomst. Såfremt fordelene, der følger af fusionsskattedirektivet fratages, kan medlemsstaterne beskatte omstruktureringen, så snart denne foretages.¹⁷⁵ Skatteyderens skatteudskydelse erstattes hermed af en straksbeskatning, hvilket kan være likviditetsbelastende, da skatteyderen på omstruktureringstidspunktet ikke har erhvervet noget vederlag for den gevinst, som omstruktureringen evt. har medført.

Samlet kan det slutes, at tilsidesættelse af direktivfordelen betyder, at skatteyderens skattefritagelse, enten hel eller delvis, samt skatteudskydelse elimineres, hvilket kan pålægge skatteyderen en høj likviditetsbelastning i form af dobbelt- eller straksbeskatning.

2.2.5 Rækkevidden af LL § 3, stk. 1

Omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, har til hensigt at bekæmpe skattely og aggressiv skatteplanlægning.¹⁷⁶ At skatteplanlægge er i sig selv inden for lovens rammer, hvorfor der som udgangspunkt ikke er noget i vejen hermed.¹⁷⁷ Bestemmelsen søger hermed at tilsidesætte transaktioner, der rent faktisk er udført inden for lovens rammer, såfremt denne udnyttelse af loven findes at være *for* grov og derved udgøre misbrug. Dette betyder i bund og grund, at anvendelsen af omgåelsesklausulen tilsidesætter den øvrige skattelovgivning, og der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, om omgåelsesklausulen medfører, at selskabsageren der tidligere blev betragtet som lovlig nu i stedet opfattes som ulovlig. Dette medfører usikkerhed om anvendelsesområdet af bestemmelsen¹⁷⁸, og det er i den forbindelse relevant at behandle, hvilke former for transaktioner, omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, rent faktisk forventes at ramme, dvs. hvor grænsen mellem brug af loven og misbrug af loven går. Afhandlingens kapitel 4 foretager en mere dybdegående analyse af ageren under usikkerhed.

I sondringen mellem brug og misbrug af loven kan der henvises til skatteministerens udtalelse om, at en minimering af skattebetalingen ikke er en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand.¹⁷⁹ Handlinger, der medfører, at objektive kriterier i skattelovgivningen opfyldes, hvorved

¹⁷⁴ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003, art. 1 og LL § 3, stk. 1 og 2

¹⁷⁵ Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009, art. 8 og LL § 3, stk. 1

¹⁷⁶ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 1.1

¹⁷⁷ Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 270

¹⁷⁸ Pedersen, Jan (2015), afs. 2.2.2

¹⁷⁹ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 28

der opnås en fordel, udgør dog ikke i sig selv misbrug. I ministerens svar til FSR opstilles et eksempel, hvor et selskab erhverver yderligere aktier med henblik på at opnå en aktiebesiddelse på 10 %, hvorefter udbytte kan udloddes skattefrit. Ministeren udtaler, at dette i sig selv ikke er udtryk for misbrug, medmindre arrangementet er kunstigt opstillet og ikke kan begrundes i kommercielle årsager.¹⁸⁰ Samtidig udtaler ministeren, at misbrugsbegrebet i et vist omfang bygger på det EU-retlige misbrugsbegreb.¹⁸¹ Som anført i afsnit 2.2.1.5 er det ifølge EU-Domstolen¹⁸² ikke tilstrækkeligt til at statuere misbrug, at et selskab er oprettet i en medlemsstat med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning. For at statuere misbrug er det altså nødvendigt, at en række øvrige forhold er til stede. Overordnet set kan det siges, at en transaktion for at blive ramt af bestemmelsen, skal være grænseoverskridende inden for EU, idet der skal være tale om tilfælde, hvor direktiverne finder anvendelse.¹⁸³ Er dette samt de objektive kriterier i afsnit 2.2.2 opfyldt, betragtes arrangementet som misbrug og omfattes derfor af bestemmelsen.

I forbindelse med lovprocessen er der flere gange stillet spørgsmål til rækkevidden af bestemmelsen, herunder angivet en række eksempler på arrangementer, som kunne forestilles at udgøre misbrug¹⁸⁴, skatteministeren har dog ikke vurderet, hvorvidt de oplistede eksempler vil blive omfattet af bestemmelsen.¹⁸⁵ Eksemplerne kan dog anvendes som inspiration til en analyse af rækkevidden af klausulen, hvilket gøres med udvalgte eksempler og tidligere praksis senere i afsnittet.

Bestemmelsen forekommer bred, særligt grundet kriterierne om realitet og hovedformål, hvilket øger sandsynligheden for, at en transaktion kan blive omfattet. Trods misbrugsklausulens brede udformning synes Kommissionen dog særligt optaget af den situation, hvor der indsættes et selskab i en medlemsstat, hvor der kan opnås fritagelse fra kildeskatter, mens moderselskabet ikke selv ville kunne opnå dette¹⁸⁶, dvs. hvor selskabet anvendes som et såkaldt gennemstrømningsselskab. Denne problemstilling er alene relevant i forhold til M-/D-direktivet, da R-/R-direktivet indeholder et krav om retmæssig ejer.¹⁸⁷ Afsnit 2.2.5.3 uddyber dette i henhold til tidligere praksis.

¹⁸⁰ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 28

¹⁸¹ Ibid., s. 24

¹⁸² Sag C-196/94 Cadbury Schweppes, præmis 37

¹⁸³ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 20 f.

¹⁸⁴ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringssvar, FSR, s. 10 ff. og Skatteudvalget 2014-15, L 167, Spørgsmål 3

¹⁸⁵ Skatteudvalget 2014-15, L 167, endeligt svar på spørgsmål 3 og Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 29

¹⁸⁶ Den Europæiske Kommission: memo af 25. november 2013, s. 3 f.

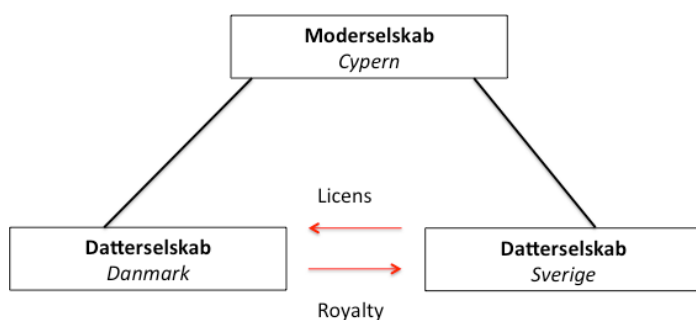
¹⁸⁷ Begrebet retmæssig ejer vedrører problematikken om, hvorvidt erhververen af et vederlag har råde- og dispositionsret over det pågældende vederlag. Se Werlauff, Erik (2015), s. 76 f.

Et andet spørgsmål, der har relevans ved vurdering af rækkevidden af bestemmelsen, er spørgsmålet om tidspunktet for bestemmelsens virkning, dvs. ikrafttrædelsesdatoen. Det følger af § 8, stk. 2, i den vedtagne lov¹⁸⁸, at LL § 3 har virkning fra 1. maj 2015. Endvidere fremgår det af bemærkningerne til § 8 i lovforslaget¹⁸⁹, at dette medfører, at en skatteyder i tilfælde af statuering af misbrug ikke vil kunne påberåbe sig direktivernes fordele, såfremt den fordel, der påberåbes, vedrører en betaling med retserhvervelse den 1. maj 2015 eller senere. Dette må formodes at betyde, at rente-, royalty- eller udbyttebetalinger, der er besluttet forinden 1. maj 2015, men hvor selve betalingen finder sted efter denne dato, omfattes af klausulen, såfremt den efter nugældende regler opfattes som misbrug. Omgåelsesklausulen får hermed tilbagevirkende kraft. Hvad angår omstruktureringer synes denne problemstilling dog ikke at være til stede, idet det fremgår af de nævnte bemærkninger, at bestemmelsen finder anvendelse på omstruktureringer, der er vedtaget den 1. maj 2015 eller senere.

Nedenfor analyseres udvalgte scenarier og faktum fra tidligere praksis i forhold til LL § 3, stk. 1, for at klarlægge, hvorvidt disse typer af arrangementer vil blive omfattet af bestemmelsen, såfremt sådanne blev foretaget efter bestemmelsens ikrafttrædelse.

2.2.5.1 Eksempel 1: Internt salg af IP-rettigheder

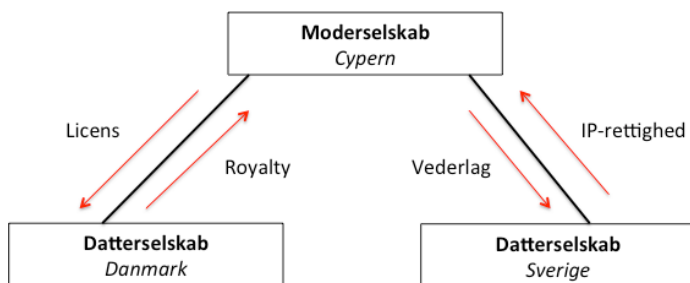
I FSR's høringssvar til lovforslaget opstilles en transaktion, hvor et svensk datterselskab sælger en IP-rettighed til moderselskabet beliggende i Cypern. Transaktionen medfører, at det danske koncernselskabs royaltybetaling nu skal betales til det cypriotiske moderselskab i stedet for det svenske søsterselskab.



Figur 2.1: Før salg af licens

¹⁸⁸ Lov nr. 540 af 29. april 2015

¹⁸⁹ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser



Figur 2.2: Efter salg af licens

Hverken FSR eller skatteministeren tager stilling til transaktionen i forhold til LL § 3, stk. 1, hvorfor dette afsnit vil foretage en analyse heraf.

For at blive omfattet af LL § 3, stk. 1, skal der først og fremmest været opnået fordele af EU-direktiverne. Nærværende eksempel omhandler en royaltybetaling fra det danske selskab til det cypriotiske selskab, hvorfor R-/R-direktivet finder anvendelse. Dette medfører, at betalingen fritages for kildeskat i Danmark efter art. 1, og der opnås derved delvis skattefritagelse.

Der skal endvidere foreligge et arrangement, for at bestemmelsen finder anvendelse, hvilket må anses for opfyldt i denne sammenhæng, da enhver overdragelse er omfattet af begrebet.¹⁹⁰

Herudover skal der være opnået en skattefordel, dvs. at der skal eksistere en forskel i skattebetalingen, såfremt direktivfordelene opnås eller ikke opnås. Denne forskel skal endvidere følge af en lempelig skatteregel. I det opstillede eksempel skal Danmark frafalde kildeskat som følge af direktivet. Såfremt direktivet ikke fandt anvendelse, ville Danmark være berettiget til at pålægge kildeskat, jf. SEL § 2, stk. 1, litra g. Heraf kan det slutes, at skatteyderen har opnået en skattefordel, som følge af frafald i kildeskatter.

Opnåelsen af skattefordelen skal ydermere være hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen. I den beskrevne transaktion er faktum begrænset, hvorfor dette kriterium er svært at afklare, dog skal visse bemærkninger gøres hertil. I Cypern er royalties undtaget fra beskatning, såfremt royaltyen er modtaget fra selskaber inden for samme koncern, som er beliggende inden for EU.¹⁹¹ Den cypriotiske lovgivning medfører hermed, at royaltybetalingen i ovenstående situation opnår fuldkommen skattefritagelse, da Danmark, som følge af R-/R-direktivet, ikke pålægger kildeskatter, og Cypern også undtager betalingen fra beskatning. Såfremt transaktionen fortsat var betalt til Sverige, ville royaltybetalingen kun have opnået delvis skattefritagelse, da

¹⁹⁰ Se afs. 2.2.1.2

¹⁹¹ Deloitte (2015), s. 12

royaltybetalinger ikke er undtaget fra beskatning i Sverige. Det faktum, at transaktionen går fra delvis skattefritagelse til fuldkommen skattefritagelse, kunne antyde, at den fordelagtige beskatning var et af hovedformålene med transaktionen. Der kan dog også være andre formål forbundet med at rykke IP-rettigheder, som er begrundet i koncernens forretning. Eksempelvis kan det være, at det svenske selskab ønskes lukket. Overførslen af IP-rettigheder kan også skyldes, at det cypriotiske selskab skal videreudvikle på disse eller, at selskabet selv skal anvende rettighederne. Det kan hermed slutes, at hvorvidt ovenstående kriterium er opfyldt, afhænger af koncernens begrundelse for overførslen.

Den opnåede skattefordel skal endvidere virke mod indholdet af eller formålet med direktiverne. R-/R-direktivet har til formål at opretholde det indre marked og sørge for, at betalinger af renter og royalties kun beskattes én gang og i én medlemsstat. I det angivne eksempel medfører transaktionen, at royaltybetalingen opnår fuldkommen skattefritagelse, hvilket kan slutes at virke mod formålet om én beskatning. Endvidere kan fuldkommen skattefritagelse medføre en konkurrencefordel for koncernen, hvilket kan være med til at forvride konkurrencen på det indre marked. Kriteriet om at virke mod direktivet må hermed antages for opfyldt.

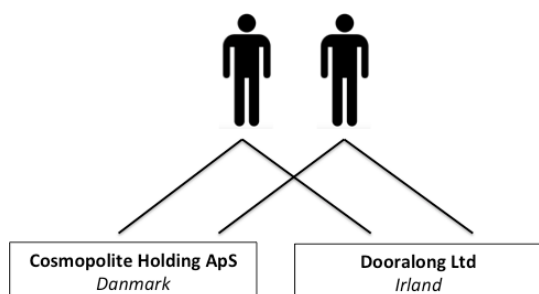
Slutteligt skal arrangementet ikke være reelt. I afsnit 2.2.1.5 uddybes, at kriteriet omfatter udøvelse af forretningspraksis som ikke kan anses for god, dvs. arrangementer uden kommercielle årsager. Da faktum er begrænset, er opfyldelsen af dette kriterium svært at afgøre. Kriteriet må dog omfatte samme diskussion, som angående hovedformålet, nemlig hvorvidt overførslen sker af forretningsmæssige grunde eller blot skyldes opnåelse af fuldkommen skattefritagelse. Til denne diskussion skal der henvises til afsnit 2.2.1.5, hvor det diskuteres, hvorvidt skatteminimering er en velbegrundet kommerciel årsag.

Ovenstående gennemgang af transaktionen, giver ikke noget entydigt svar på, om overførslen vil blive omfattet af LL § 3, stk. 1, da faktum er begrænset.

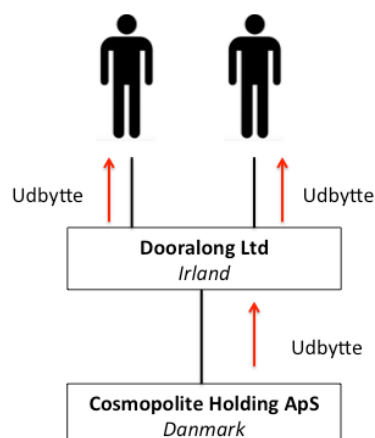
Det kan dog slutes, at såfremt overførslen er begrundet i forretningsmæssige forhold, som eksempelvis at lukke selskabet i Sverige, vil arrangementet blive anset for reelt. Såfremt overførslen i stedet er begrundet i skattefritagelse, vil der, ifølge EU-Domstolens udtalelse om, at skattebesparelse ikke i sig selv udgør misbrug, skulle henses til de øvrige objektive kriterier. Af ministerens udtalelse synes der dog at eksistere en sandsynlighed for, at en dansk domstol vil anse arrangementet for ikke-reelt.

2.2.5.2 Eksempel 2: Sag C-321/05 Kofoed-dommen - omstrukturering og udbytteudlodning

I nærværende sag ejede to aktionærer selskabet Cosmopolite Holding ApS (herefter CH), beliggende i Danmark. Den 26. oktober 1993 erhvervede aktionærerne selskabskapitalen i det irske selskab, Dooralong Ltd (herefter D). Den 29. oktober 1993 foretog CH en aktieombytning, således at D blev indsat mellem CH og aktionærerne. Den 1. november 1993 modtog D et udbytte fra datterselskabet CH, som den 3. november 1993 besluttede at udlodde et udbytte til selskabets to aktionærer på samme nominelle værdi, som udbyttet fra CH til D. Aktionærerne anså omstruktureringen jf. fusionsskatteloven som skattefri, hvorimod skattemyndighederne mente, at omstruktureringen og udlodningerne skulle anses for en samlet transaktion og dermed skattepligtig.¹⁹²



Figur 2.3: Før omstrukturering



Figur 2.4: Efter omstruktureringen

Sagen blev herefter indbragt for Østre Landsret, som stillede præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen. EU-Domstolen fastslog, at EU-retten ikke er til hinder for, at de nationale myndigheder anvender nationale retsprincipper fortolket i overensstemmelse med fusionsskattedirektivets misbrugsklausul til at nægte adgang til at anvende fusionsskattedirektivets fordele, selv når direktivets misbrugsklausul ikke direkte er implementeret i national ret.¹⁹³

Trods EU-Domstolens udtalelse om, at nationale retsprincipper kunne fortolkes i overensstemmelse med fusionsskattedirektivets misbrugsklausul, blev der ikke foretaget yderligere i sagen, hvorfor omstruktureringen blev anset for skattefri.¹⁹⁴ Resultatet antyder, at der på daværende tidspunkt ikke eksisterede et misbrugsprincip i national ret.

¹⁹² Sag C-321/05 Kofoed, præmis 14-21

¹⁹³ Ibid., præmis 43-44

¹⁹⁴ SKM2007.843.DEP, s. 3

Da det i den konkrete sag var ubestridt, at det allerede på tidspunktet for gennemførelsen af aktieombytningen var parternes fælles hensigt at gennemføre en efterfølgende udlodning¹⁹⁵, er det relevant at vurdere, hvorvidt transaktionen ville være blevet anset for misbrug, såfremt omgængelses-klausulen i LL § 3, stk. 1, havde eksisteret i dansk lovgivning på tidspunktet for transaktionen.

I den nævnte sag må det indledningsvist kunne konkluderes, at den skattefri omstrukturering og udbytteudlodning kan anses som en serie af arrangementer, grundet det tidsmæssige aspekt og afhængigheden mellem dispositionerne, hvor der er opnået fordele af direktiverne. Dette bekræftes ligeledes af Generaladvokaten i sit forslag til sagens afgørelse pkt. 59. Da udbytteudlodningen sker umiddelbart efter omstruktureringen, og der ikke synes at være fremlagt nogen forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen, må skatteudskydelsen og derefter skattefriheden anses for at udgøre hovedformålet med omstruktureringen og udbytteudlodningen. I sagen opnås der både skattefrihed i forhold til omstruktureringen og udbytteudlodningen, hvilket bevirker, at konkurrencen på det indre marked forvrides. Kriteriet om, at skattefordelen skal virke mod direktivet, må hermed antages for opfyldt. Slutteligt skal arrangementet anses for ikke-reelt, hvilket er svært at klarlægge, da faktum i sagen ikke er fuldkomment. I sagen købes et allerede eksisterende selskab, hvorfor det må formodes, at selskabet ikke bare er en skal, men har substans. Opfyldelsen af kriteriet kommer hermed til at falde på, hvorvidt arrangementet er udtryk for god forretningspraksis, dvs. om arrangement er reelt. Da købet og omstruktureringen umiddelbart ikke synes at have forbindelse til den øvrige forretning, kan dette antyde, at arrangementet ikke er reelt.

Ovenstående diskussion af sagens omstændigheder antyder, at nærværende serie af arrangementer opfylder de objektive betingelser i LL § 3, stk. 1, hvorved arrangementet vil blive frataget sin fordel i form af skattefrihed, og i stedet blive skattepligtig af både omstruktureringen og udbytteudlodningen fra det danske selskab.

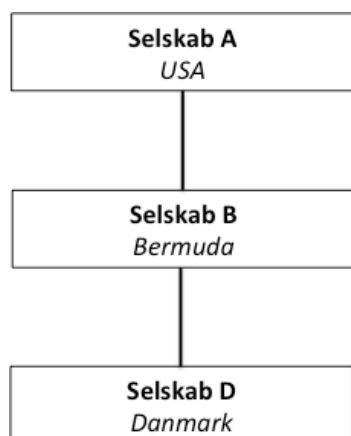
2.2.5.3 Eksempel 3: SKM2012.26H - Gennemstrømningsselskab

Det danske selskab D havde af to omgange udloddet udbytte til moderselskabet C hjemmehørende på Cypern. C brugte det modtagne udbytte til at afdrage på et lån fra moderselskabet B hjemmehørende på Bermuda, som C havde lånt til køb af aktierne i D. B havde herefter brugt tilbagebetalingen til at udlodde udbytte til dets moderselskab A beliggende i USA. Selskabet C var indsat i ejerstrukturen kort før første udlodning fra selskabet i Danmark, som førhen var ejet af

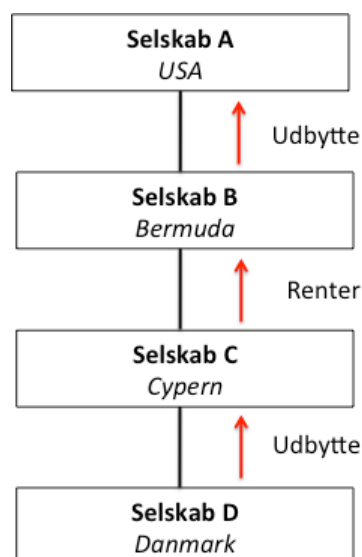
¹⁹⁵ SKM2007.843.DEF, s. 1

selskab B på Bermuda. Anden udlodning blev dog først foretaget mere end et år efter omstruktureringen. C's væsentligste aktivitet bestod i aktiebesiddelse og herudover havde selskabet hverken lokaler eller personale til rådighed og driftsudgifterne var meget beskedne.¹⁹⁶

SKAT mente ikke, at selskabet C var retmæssig ejer af udbytte fra D, hvorfor C var begrænset skattepligtig af udbytte fra D, og D derfor skulle indeholde kildeskat af udlodningen.¹⁹⁷



Figur 2.5: Før omstrukturering og udlodning



Figur 2.6: Efter omstrukturering og udlodning

Landsskatteretten udtalte indledningsvist, at C ikke kunne anses for retmæssig ejer i henhold til DBO'en mellem Danmark og Cypern, da C blot videreførte udbyttet og selskabet ikke indeholdt megen substans. C kunne derfor ikke benytte fordelene af DBO'en. I forlængelse heraf fastslog retten dog, at C i stedet kunne benytte fordelene efter M-/D-direktivet, dvs. skattefriheden på udbytte, da direktivet ikke indeholder et krav om, at modtageren af udlodningen skal være retmæssig ejer. I rettens begrundelse blev der endvidere lagt vægt på, at Danmark i national lovgivning ikke har indført foranstaltninger som skal hindre misbrug, trods at Danmark i henhold til direktivet har ret til at indføre en sådan foranstaltning. Retten kom altså frem til, at C ikke var begrænset skattepligtig til Danmark, hvorfor D ikke var indeholdelsespligtig af kildeskat af udlodningen.¹⁹⁸

¹⁹⁶ SKM2012.26.LSR, Sagens oplysninger

¹⁹⁷ Ibid., SKATs afgørelse

¹⁹⁸ Ibid., Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Ovenstående sag er en af mange udbyttedager omhandlende problemstillingen om retmæssig ejer, og brug af gennemstrømningsselskaber.¹⁹⁹ Trods at det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at retmæssig ejer problemstillingen allerede er omfattet af den danske lovgivning, henvises der i lovforslaget til et retmæssig ejer eksempel, hvor det konkluderes, at eksemplet vil være omfattet af M-/D-direktivets omgåelsesklausul.²⁰⁰ Denne henvisning kunne antyde, at sagerne, om retmæssig ejer ikke alligevel er omfattet af nuværende lovgivning, men vil blive omfattet af den nye omgåelsesklausul.

Såfremt ovenstående konstruktion var foretaget efter indførelsen af LL § 3, stk. 1, må det formodes, at en sådan konstruktion ville omfattes af bestemmelsen, da alle de objektive kriterier må antages opfyldt. Dette kan bl.a. konkluderes på baggrund af, at konstruktionen opnår fuldkommen skattefritagelse, som følge af M-/D-direktivet, samt at selskabet ikke indeholder betydelige aktiver og ikke har anden aktivitet, end besiddelse af aktierne i det ene datterselskab. Dette kan endvidere støttes i rettens udtalelse om, at der i dansk lovgivning på daværende tidspunkt ikke eksisterede en lovbestemmelse, der skulle hindre svig og misbrug, hvorfor tilsidesættelse af et i øvrigt lovligt stiftet selskab alene med henvisning til, at stiftelsen er foretaget af skattebesparelseshensyn, ikke var mulig.²⁰¹

2.3 LIGNINGSLOVENS § 3, STK. 3

Det fremgår af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, at *skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten*. Indholdet af denne omgåelsesklausul klarlægges nedenfor.

2.3.1 Fortolkning af bestemmelsen enkelte dele

2.3.1.1 Fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst

For at omgåelsesklausulen finder anvendelse, skal skatteyderen have opnået en *fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst*.

¹⁹⁹ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

²⁰⁰ Ibid., § 1, nr. 2

²⁰¹ SKM2012.26.LSR, Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

DBO'er skal hindre dobbeltbeskatning ved at fordele beskatningskompetencen mellem de involverede stater.²⁰²

I lovforslaget fremgår det, at udtrykket *fordele* omfatter alle fordele forbundet med overenskomsten, såsom skattefritagelse, skatteudskydelse eller andre godtgørelser.²⁰³ I action 6 præciseres det, at udtrykket *fordele* omfatter alle skattebegrænsninger, der indrømmes af en stat, hvilket inkluderer skattenedsættelse, -fritagelse, -udsættelse og -refundering.²⁰⁴ Det skal hertil bemærkes, at udtrykket *fordel* alene inkluderer fordele indrømmet af de danske myndigheder i henhold til den indkomst, som er skattepligtig i Danmark.²⁰⁵

Lovforslaget angiver ydermere, at klausulen finder anvendelse på fordele opnået efter DBO'er, uanset hvornår disse er indgået og med hvem, dvs. både fordele opnået efter eksisterende og fremtidige DBO'er.²⁰⁶

Samlet kan det konkluderes, at enhver lempelse for dobbeltbeskatning, som indrømmes af Danmark i henhold til eksisterende eller fremtidige overenskomster, vil omfattes.

2.3.1.2 Hvis rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante, faktiske forhold og omstændigheder

Fratagelse af en skatteydere fordel er kun mulig, såfremt det er *rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante, faktiske forhold og omstændigheder, at...* Ud fra denne vending findes det nødvendigt at klarlægge betydningen af de indeholdte udtryk.

I lovforslaget fastlægges det, at skattemyndighederne er pligtige til at foretage en objektiv analyse²⁰⁷, dog fremgår det ikke af forarbejderne, hvilke forhold og omstændigheder, der skal indgå i denne. Af action 6 fremgår det, at alle forhold og personer, som er tilknyttet arrangementet eller er part i arrangementet, bør vurderes. Det tilføjes endvidere, at denne vurdering skal ske på case-by-case basis, idet der skal tages udgangspunkt i den enkelte sags faktum, og dermed føres et individuelt bevis.²⁰⁸ I ministerens svar til FSR's høringssvar uddybes det ydermere, at der i den objektive analyse skal tages hensyn til den samlede koncerns forhold.²⁰⁹

Kravet om *rimelig fastslåelse* relaterer sig til det bevis, skattemyndighederne skal føre, dog uddybes det ikke nærmere i lovforarbejdet. Umiddelbart antyder ordet rimeligt, noget der er passende eller

²⁰² Introduktion til OECD's modeloverenskomst, afs. 1-3

²⁰³ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

²⁰⁴ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 56, pkt. 7

²⁰⁵ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 27

²⁰⁶ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 3.3.5

²⁰⁷ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

²⁰⁸ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 57, pkt. 10

²⁰⁹ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 27

retfærdigt, hvorimod det at fastslå umiddelbart antyder, at noget skal påvises. Dette giver imidlertid ingen konkrete retningslinjer for, hvilket bevis, der kræves af skattemyndighederne.

Af action 6 fremgår det, at det ikke er nødvendigt at føre et konkret og egentligt bevis for skatteyderens hensigt, men at der blot skal føres et fornødent bevis, som antyder, at hensigten eksisterede på tidspunktet for arrangementet eller transaktionen.²¹⁰ Dette fornødne bevis, skal dog tage hensyn til muligheden for forskellige fortolkninger af samme transaktion, hvorfor beviset skal foretages så objektivt som muligt. Endvidere uddybes det, at hensigten dog ikke kan baseres på lette antagelser²¹¹, hvilket må betyde, at myndighedernes bevis skal have et vist belæg og indhold, som er relateret til forhold i den enkelte sag.

Samlet kan det slutes, at skattemyndighederne er pligtige til objektivt at inddrage alle forhold, der på nogen måde kan relateres til det undersøgte arrangement. Skattemyndighederne skal dog kun finde forhold i sagen, der med rimelighed kan antyde skatteyderens hensigt.

2.3.1.3 Opnåelse af fordelene er et af de væsentligste formål

For at omgængelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, finder anvendelse, er det endvidere en betingelse, at den opnåede fordel er *et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion*. Dette afsnit søger at klarlægge, hvad der menes med *et af de væsentligste formål*, mens *ethvert arrangement og enhver transaktion* behandles nedenfor.

At opnåelsen af fordelene skal være *et af de væsentligste* formål med det pågældende arrangement tyder i sig selv på, at det at opnå denne fordel, skal være tillagt en vis betydning ved vurderingen af, om det pågældende arrangement skal gennemføres. Samtidig indikerer ordvalget *et af de væsentligste* formål, at opnåelsen af fordelene ikke nødvendigvis skal være det eneste formål med arrangementet, men blot behøver at være et af flere væsentlige formål. Det er dog fortsat uklart, hvornår et formål er væsentligt, og betydningen af ordet væsentligt forekommer i høj grad subjektiv. Bemærkningerne til L 167 uddyber ikke, hvornår et formål betragtes som væsentligt, og det er derfor nødvendigt at søge fortolkningsbidrag herom andetsteds. OECD's omgængelsesklausul indeholder vendingen *one of the principal purposes*, der direkte oversat til dansk betyder *et af hovedformålene*. Det fremgår af kommentarerne til OECD's omgængelsesklausul, at bestemmelsen

²¹⁰ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 57, pkt. 10

²¹¹ Ibid., s. 58, pkt. 11

bl.a. afspejler punkt 9.5 i kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst.²¹² I den danske version af punkt 9.5 anvendes ordet *hovedformål* ligeledes, hvilket bekræfter forståelsen heraf. For at fastlægge, hvornår et formål betragtes som væsentligt, må det altså vurderes, hvornår der efter OECD's forståelse er tale om et *hovedformål*.

I OECD's action 6 fremgår det, at i tilfælde af, at et arrangement med rimelighed udelukkende kan begrundes i overenskomstfordele, må det dog konkluderes, at et af hovedformålene med det pågældende arrangement var at opnå disse fordele.²¹³

Der er derimod ikke tale om et hovedformål, hvis det er rimeligt at konkludere, at opnåelsen af fordelene ikke var en grundlæggende overvejelse og ikke ville have retfærdiggjort indtræden i det pågældende arrangement.²¹⁴

Samlet kan det slutes, at udtrykket *et af de væsentligste formål* må fortolkes i overensstemmelse med udtrykket *et af hovedformålene*. For at blive omfattet af LL § 3, stk. 3, behøver arrangementet ikke at have som eneste formål at opnå overenskomstfordele, dette formål kan være et blandt flere. For at et arrangement kan omfattes af klausulen kan det på baggrund af argumentationen i dette afsnit sammenholdt med analysen af *hovedformål* i afsnit 2.2.1.3 endvidere slutes, at formålet med arrangementet udelukkende eller i overvejende grad skal have været at opnå fordele af DBO'en.

2.3.1.4 Ethvert arrangement eller enhver transaktion

LL § 3, stk. 3, omfatter *ethvert arrangement eller enhver transaktion*, hvorfor det vil fastlægges, hvad der menes hermed.

Som diskuteret i afsnit 2.1.2.1 giver udtrykket arrangement ikke i sig selv nogle holdepunkter for, hvad der menes hermed. Udtrykket transaktioner giver dog flere holdepunkter, idet udtrykket benyttes som synonym for handler og forretninger, dvs. aktiviteter, hvor to parter er indblandet.

I bemærkninger til lovforslaget uddybes, at vendingen *ethvert arrangement eller enhver transaktion* skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej. Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomst-

²¹² OECD/G20, Action 6 (2015), s. 55

²¹³ Ibid., s. 57 f., pkt. 10

²¹⁴ Ibid., s. 58, pkt. 13

skabelsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation.²¹⁵

Denne definition er en ordret overtagelse af definitionen i BEPS-initiativets action 6.²¹⁶

Det uddybes endvidere i BEPS-initiativet, at en serie af transaktioner, som tilsammen, men ikke individuelt, medfører en fordel, som serie vil være omfattet af begrebet ethvert arrangement eller enhver transaktion.²¹⁷ Som serie af transaktioner anses transaktioner, som løber i forlængelse af hinanden, og hvorimellem, der eksisterer en afhængighed. For en diskussion heraf henvises til afsnit 2.2.1.2.

Samlet kan det udledes, at alle former for aktivitet eller serier heraf udført af et selskab, vil blive omfattet af begrebet, på nær passivitet.²¹⁸

2.3.1.5 Godtgøre, at arrangement eller transaktion er i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den relevante DBO-bestemmelse

Endeligt følger det af LL § 3, stk. 3, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, såfremt det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene er i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten. Der er altså tale om et dobbeltkrav. Ved brug af ordet *godtgøre* forstås, at den skattepligtige pålægges bevisbyrden for, at fordelene er i overensstemmelse med både indholdet af og formålet med den påberåbte DBO-bestemmelse. Bevisbyrden specificeres af skatteministerens udtalelse om, at skatteyderen *konkret* skal godtgøre dette.²¹⁹ Skatteyderens bevisbyrde synes hermed skærpet.

Indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse uddybes ikke i det danske lovforslag. Af kommentarerne til OECD's anbefalede omgåelsesklausul, fremgår det, at denne skal læses i kontekst af resten af overenskomsten, særligt når *indholdet* og *formålet* med den relevante overenskomstbestemmelse skal fastlægges.²²⁰

Dette afsnit behandler indhold af og formål med udvalgte artikler i OECD's modeloverenskomst. Angående *indholdet af* den pågældende bestemmelse, formodes dette at udgøre den fordeling af beskatningsretten mellem kilde- og domicilland, der følger af den pågældende bestemmelse. For art. 10 vedrørende udbytter betyder dette, at domicillandet tillægges beskatningsretten, mens kildelandet også kan beskatte, dvs. at der foreligger en delt beskatningsret. Såfremt modtageren af

²¹⁵ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

²¹⁶ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 57, pkt. 9

²¹⁷ Ibid., s. 57, pkt. 9

²¹⁸ Se diskussionen om passivitet i afs. 2.2.1.2

²¹⁹ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 23 f.

²²⁰ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 56, pkt. 5

udbyttet i domicillandet er den retmæssige ejer af udbyttet, må kildestaten dog ikke beskatte med mere end 5 % eller 15 %. Beskatter såvel domicil- som kildeland, skal domicillandet lempes beskatningen efter den valgte lempelsesmetode. Derimod følger det af art. 12 vedrørende fordelingen af beskatningsretten til royalties, at domicillandet har den eksklusive beskatningsret. For ikke at blive omfattet af LL § 3, stk. 3, skal den skattepligtige altså godtgøre, at den opnåede fordel ikke er i strid med den fordeling af beskatningsretten, der følger af den givne bestemmelse.

Angående *formålet* med bestemmelsen, ses der på det generelle formål med modeloverenskomsten såvel som det specifikke formål med hver enkelt bestemmelse.

Det overordnede formål med modeloverenskomsten er at skabe en ensartet løsning på problematikken om dobbeltbeskatning. Endvidere søges dobbeltbeskatning undgået for at minimere den skadelige virkning, som denne har for fri bevægelighed og derved udviklingen af økonomiske relationer mellem landene.²²¹ Udover dette formål, følger det af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 1, at DBO'er ligeledes har til formål at hindre skatteundgåelse og -unddragelse, hvor undgåelse af dobbeltbeskatning udgør hovedformålet.²²² Heraf kan udledes, at dette formål har sekundær karakter. Dette formål fremgår dog ikke af overenskomstens titel, præambel og bestemmelser, hvorfor dette ifølge litteraturen ikke har kunnet betragtes som et selvstændigt formål med overenskomsten, men snarere som et sekundært.²²³ Hertil bør det dog bemærkes, at det i forbindelse med BEPS action 6 er besluttet at indføre dette formål i modeloverenskomstens titel, præambel, introduktion såvel som kommentarer²²⁴, hvorved der bliver tale om flere *hovedformål*.

Formålene med overenskomstens enkelte bestemmelser er forskellige fra bestemmelse til bestemmelse, men det må overordnet antages, at deres formål søger at fremme det overordnede formål. Eksempelvis må formålet med art. 10 synes at være undgåelse af dobbeltbeskatning af udbytter samt hindring af skatteundgåelse og -unddragelse, hvilket bl.a. kommer til udtryk i punkt 12.1 i kommentarerne til art. 10 i OECD's modeloverenskomst. LL § 3, stk. 3, anvender ordet *formålet*, dvs. i ental. Dette synes umiddelbart ikke foreneligt med, at også skatteundgåelse og -unddragelse skal betragtes som et hovedformål med overenskomsten. Det må dog formodes, at skatteyderen, for ikke at blive omfattet af bestemmelsen, skal kunne godtgøre, at den opnåede fordel er i overensstemmelse med begge formål.

²²¹ Introduktion til OECD's modeloverenskomst, afs. 1-3

²²² OECD's modeloverenskomst, kommentarer til art. 1, pkt. 7

²²³ Wittendorff, Jens (2015), afs. 3.1

²²⁴ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 91 ff.

Samlet kan det sluttes, at den skattepligtige ikke omfattes af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, hvis denne kan godtgøre, at den opnåede fordel er i overensstemmelse med indholdet af den pågældende bestemmelse, dvs. den fordeling af beskatningsretten, der følger af bestemmelsen. Ligeledes påhviler det den skattepligtige at bevise, at fordelene ikke strider mod formålet med den pågældende overenskomstbestemmelse, dvs. undgåelse af international dobbeltbeskatning og/eller hindring af skatteundgåelse og -unddragelse.

2.3.2 De objektive kriterier

Dette afsnit opsamler de objektive kriterier, der skal opfyldes, for at LL § 3, stk. 3, finder anvendelse.

Det første kriterium er, at opnåelse af fordelene er et af de væsentligste formål med ethvert arrangementet eller enhver transaktion. Ved en fordel af en DBO forstås alle fordele, såsom skattefritagelse, -nedsættelse, -udskydelse og refundering eller andre godtgørelser. Udtrykket *et af de væsentligste formål* skal fortolkes i overensstemmelse med *et af hovedformålene*, hvilket vil sige, at opnåelse af fordelene godt kan være et blandt flere formål med arrangementet samt, at formålet med arrangementet udelukkende eller i overvejende grad har været at opnå fordelene af DBO'en. *Arrangement* eller *transaktion* omfatter alle former for aktivitet udført af et selskab.

Det påhviler skattemyndighederne at foretage en objektiv analyse af dette kriterium, hvori alle forhold med relation til det undersøgte arrangement, skal inddrages. Ved denne analyse er det tilstrækkeligt, at skattemyndighederne med rimelighed kan fastslå skatteyderens hensigt.

Det andet kriterium er, at fordelene skal være i overensstemmelse med både indhold af og formål med overenskomstbestemmelsen, dvs. at fordelene er i overensstemmelse med den fordeling af beskatningsretten, der følger den pågældende bestemmelse, og ikke medfører dobbeltbeskatning eller er et resultat af skatteundgåelse og -unddragelse. Dette kriterium påhviler skatteyderen at godtgøre.

2.3.3 Bevisbyrden

Dette afsnit undersøger bevisbyrdefordelingen i LL § 3, stk. 3, samt krav til bevisets indhold, da disse faktorer kan påvirke udfaldet af en sag.

Af LL § 3, stk. 3, kan det udledes, at det påhviler skattemyndighederne, at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelse af fordelene er et af de væsentligste formål med arrangementet eller transaktionen, som direkte eller indirekte medfører fordelene. Såfremt dette er tilfældet, påhviler det skatteyderen at godtgøre, at indrømmelsen af fordelene er i

overensstemmelse med indholdet af og formålet med overenskomsten. Af bestemmelsen kan det udledes, at der eksisterer en forskellig bevisbyrde, idet myndighederne skal fastslå, og skatteyderen skal godtgøre. I afsnit 2.3.1.2 er det udledt, at skattemyndighederne er pligtige til at forelægge et fornødent bevis, som med rimelighed hævder skatteyderens hensigt. I forlængelse heraf er det fastslået i afsnit 2.3.1.5, at skatteyderen er pålagt at føre et konkret bevis for sin hensigt. Sammenlignes de to bevisbyrder, ses det, at der påhviler skatteyderen en strengere bevisbyrde end myndighederne. Skatteyderens bevisbyrde besværliggøres endvidere af, at selskabet både skal bevise, at hensigten ikke var at opnå fordele af DBO'erne, som påpeget af skattemyndighederne²²⁵, og også at hensigten var i overensstemmelse med DBO'erne.

Sammenfattes ovenstående diskussion, kan det slutes, at der eksisterer en skævvredet bevisbyrde. Denne fordeling medfører umiddelbart, at bevisbyrden i realiteten ofte vil ligge hos skatteyderen, da skattemyndighederne nemmere vil kunne løfte deres bevisbyrde.

2.3.4 Retsfølgen

Dette afsnit klarlægger retsfølgen af LL § 3, stk. 3. Såfremt skattemyndighederne har fastslået, at de objektive kriterier for tilsidesættelse af DBO-fordelene er opfyldt, og skatteyderen ikke har kunnet godtgøre, at indrømmelsen af fordelen er i overensstemmelse med DBO'en, er staten berettiget til at nægte fordelen. Bestemmelsen medfører hermed, at skatteyderen fratages en fordel, som skatteyderen ellers var berettiget til, da måden, hvorpå fordelen er opnået, anses for at udgøre misbrug. En fratagelse af en DBO-fordel betyder hermed, at staterne ikke skal lempe for dobbeltbeskatning. Samlet vil dette betyde, at begge stater er berettiget til at beskatte, hvormed skatteyderen risikerer at blive dobbeltbeskattet, hvilket kan være likviditetsbelastende.

Som diskuteret ovenfor vil tilsidesættelsen alene angå fordele indrømmet af Danmark.²²⁶ I denne forbindelse er der stillet spørgsmål til ministeren om, hvorvidt en nægtelse af DBO-fordele betyder, at skatteyderen skal betale yderligere 27% eller blot skal betale differencen mellem den allerede erlagte skattebetaling og de 27 %.²²⁷ Ministeren har valgt ikke at besvare dette spørgsmål, men ud fra ovenstående diskussion må det dog antages, at det blot er differencen, som skal betales, således at skatteyderens situation svarer til en situation, som ikke har opnået DBO-fordele. Er dette ikke tilfældet vil skatteyderen påføres en likviditetsbelastning, hvilket ikke kan være hensigten.

²²⁵ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 58, pkt. 11

²²⁶ Se afs. 2.3.1.1

²²⁷ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringssvar, FSR, s. 10 f.

Af ministeren er det endvidere bekræftet, at LL § 3, stk. 3, alene giver mulighed for indkomstkorrektur, dvs. at skattebetalingen vil stige som følge af en ændring i indkomsten, og ikke dispositionskorrektur, idet arrangementet desuagtet skal anses for gennemført.²²⁸

2.3.5 Rækkevidden af LL § 3, stk. 3

I forlængelse af foregående afsnit, som klarlægger indholdet og retsfølgen af omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, behandles rækkevidden af klausulen. Afsnittet diskuterer, hvilke typer arrangementer, der eksempelvis vil blive omfattet af klausulen.

Ligesom omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, har stk. 3 til formål at hindre aggressiv skatteplanlægning. Idet skatteplanlægning omfatter lovlig ageren²²⁹, og ulovlig ageren må formodes allerede at være omfattet af de øvrige skatteregler, kan det slutes, at omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, søger at rykke grænsen for, hvad der kan anses for lovligt. Klausulen medfører altså, at nogle typer af lovlig ageren fremover vil blive anset for ulovlig.

Som diskuteret i afsnit 2.2.5 har LL § 3 virkning med tilbagevirkende kraft, idet klausulen finder anvendelse på aftaler indgået før klausulens ikrafttrædelse, hvis betaling først erlægges efter vedtagelsen.

Både af lovforslaget og af BEPS action 6 fremgår det, at de såkaldte gennemstrømningsselskaber og postkasseselskaber, der alene er oprettet for at opnå en fordel og, hvortil ingen substans kan knyttes, vil blive ramt af bestemmelsen.²³⁰ Såfremt et selskab opretter et datterselskab i en andet land for, at deres kunder, som følge af den oprettede c/o adresse, skal føle, at selskabet er nærmere dem, er det spørgsmålet, hvorvidt denne situation vil omfattes af bestemmelsen. Afgørelsen heraf vil umiddelbart falde på, hvorvidt et af de væsentligste formål med arrangementet er at kunne foretage skattefrie transaktioner.

Action 6 nævner dog også tilfælde, som forventes at være undtaget fra klausulen, eksempelvis køb af yderligere aktier, for at opnå DBO-fordelene²³¹, hvilket ligeledes fremgår af ministerens høringssvar til FSR.²³² For så vidt angår investeringer fremgår det i action 6, at såfremt eksistensen

²²⁸ Se diskussion afs. 2.2.4

²²⁹ Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 270

²³⁰ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 9 og L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

²³¹ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 61, ex. E

²³² Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema, s. 28

af en DBO indgår i overvejelserne ved køb af aktier eller ved etablering af et selskab, vil dette som udgangspunkt ikke medføre, at omgåelsesklausulen finder anvendelse. Det tilføjes dog, at såfremt investeringen relaterer sig til en transaktion eller er en del af en serie af arrangementer, hvis hovedformål er at drage fordel af en DBO, vil det først foretagne arrangement alligevel kunne omfattes af omgåelsesklausulen.²³³ Det specificeres dog ikke nærmere, hvilken relation, der skal eksistere, men det må formodes, at enhver form for relation omfattes, da både udtrykket *serier af arrangementer* og *relationer* nævnes. Bestemmende indflydelse mellem de involverede er dermed ikke en forudsætning, idet simplere relationer, såsom et låneforhold mellem uafhængige parter, vil omfattes. Klausulens anvendelsesområde må siges at være bredt, idet ikke engang simple investeringer uden forbehold kan undtages fra anvendelsesområdet.

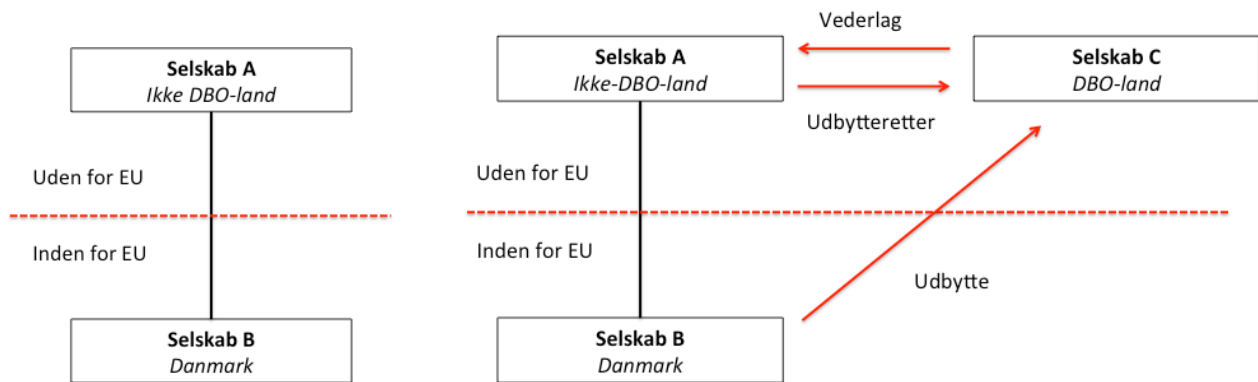
Tildeling af udbytteretter har både for OECD og de danske skattemyndigheder været et fokusområde for omgåelsesklausulens anvendelsesområde.²³⁴ En sådan situation vil derfor blive behandlet i det følgende i forhold til LL § 3, stk. 3.

2.3.5.1 Eksempel 4: Salg af udbytterettigheder

Selskab A, beliggende uden for EU og i et ikke-DBO-land, ejer aktier i selskab B beliggende i Danmark. Selskab A indgår en længerevarende aftale med en uafhængig part, selskab C, som ligeledes er beliggende uden for EU, men i et DBO-land, om overdragelse af sine udbytteretter i selskab B, men ikke de tilhørende stemmeretter. Vederlaget for udbytteretterne er beregnet på grundlag af de forventede udbyttebetalinger. Denne disposition betyder, at udbytte fra selskab B til C kan udloddes efter fordelingsbestemmelserne i den pågældende DBO, dvs. uden dobbeltbeskatning. Såfremt tildelingen af udbytteretter ikke var foretaget, kunne udbytteudlodningen mellem selskab A og B ikke med sikkerhed udloddes uden dobbeltbeskatning.

²³³ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 60, ex. C og D

²³⁴ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 59, ex. A og L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2



Figur 2.7: Før salg af udbytteretter

Figur 2.8: Efter salg af udbytteretter

Angående ovenstående illustration konkluderes det i action 6, at en sådan situation er omfattet af bestemmelsen, såfremt den tildelende part var vidende om udlodningens vedtagelse inden kontraktindgåelsen.²³⁵ Denne situation sidestilles med en gennemstrømningssituation, idet udlodningen er kendt, hvorfor vederlaget for retten udgør samme værdi som udlodningen. I bemærkningerne til lovforslaget fremgår det, at ovenstående situation, selvom udlodningen ikke var vedtaget inden aftaleindgåelsen, og aftalen var længerevarende, ligeledes vil være omfattet af LL § 3, stk. 3, hvorfor DBO-fordelene burde nægtes.²³⁶

Ovenstående disposition har karakter af et arrangement, og skatteyderen opnår fordele af DBO'erne, i form af ikke-dobbeltbeskatning. Det interessante at undersøge er derfor, hvorvidt skattefordelen udgør et af de væsentligste formål med dispositionen. Hverken i OECD's eller skattemyndighedernes udtalelser lægges der vægt på, hvor stor en kapitalandel selskab A besidder i selskab B. Denne faktor findes umiddelbart relevant for væsentlighedsvurderingen, da selskab A kun med bestemmende indflydelse kan påvirke selskab B's udbyttebetaling til selskab C. DBO-fordelen differentierer efter, om kapitalandelen er over eller under 25 %.²³⁷ Såfremt andelen er under 25 % må det formodes, at A muligvis ikke kan påvirke udbyttebetalingen fra B til C. I forlængelse heraf skal det bemærkes, at illustrationen omhandler en længerevarende aftale, dvs. at aftalen strækker sig over flere års udlodninger. Grundet denne varighed må størrelsen af udbyttebetalingen være usikker, særligt hvis ingen bestemmende indflydelse eksisterer, hvorfor vederlaget for udbytteretten, som betales ved aftaleindgåelse, må være udtryk for ren spekulation, da selskab A ikke kan bestemme størrelsen af udbyttet og dermed heller ikke kan forudsige

²³⁵ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 59, ex. A

²³⁶ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

²³⁷ OECD's modeloverenskomst, art. 10

størrelsen af det udbytte, som udbetales i aftaleperioden. Vederlaget for udbytteretterne, vil derfor ikke nødvendigvis være lig den udbyttebetaling, som selskab C faktisk modtager. Spekulation i selskabet B's fremtidige årlige resultat kan altså udgøre et væsentlig formål med dispositionen, endvidere kan et behov for likviditet også være et væsentligt formål.

Hvorvidt det objektive kriterium om, at skattefordelen skal være et af de væsentligste formål med arrangementet er opfyldt, er vanskeligt at afgøre. Nærværende diskussion synes at antyde, at det vil bero på en konkret vurdering, som må afhænge af, hvor stor en viden selskabsdeltageren har om selskabets økonomi på kontraktindgåelsestidspunktet, om deltageren eksempelvis kender til årets resultat, og hvorvidt deltageren kan påvirke selskabets økonomi og beslutningerne gennem antallet af kapitalandele. Denne konklusion synes overensstemmende med den objektive analyse, som domstolene er pligtige til at foretage.²³⁸ Såfremt skattebesparelsen udgør et væsentligt formål, vil det påhvile skatteyderen, i den opstillede illustration selskab A, at bevise, at dispositionen er i overensstemmelse med formålet og indholdet af DBO'en, hvilket som belyst i afsnit 2.3.3 er en strengere bevisbyrde.

Ovenstående diskussion af LL § 3, stk. 3 samt behandlingen af denne i forhold til eksemplet om udbytteretter, viser, at LL § 3, stk. 3, har en bred rækkevidde, hvor det ikke uden forbehold kan udledes, hvilke dispositioner, der omfattes, og hvilke som undtages. Det kan dog slutes, at dispositioner, som anvender et gennemstrømningsselskab eller et postkasseselskab uden substans, formentlig vil blive omfattet af bestemmelsen. Køb af yderligere aktier er det eneste arrangement, som definitivt kan undtages fra bestemmelsens anvendelsesområde. Endvidere kan det udledes, at udfaldet af fremtidige sager særligt vil afhænge af skatteyderens evne til at føre konkret bevis for sine handlinger.

²³⁸ Se afs. 2.3.3

2.4 FORSKELLE PÅ DE TO KLAUSULER

Ud fra ovenstående analyse af de to omgåelsesklausuler, belyser følgende afsnit eventuelle forskelle mellem disse.

Når de to omgåelsesklausuler sammenholdes, kan det konkluderes, at disse er forskellige, måske ikke i indhold, men i hvert fald i udformning. I lovforslaget fremgår det, at der ikke vurderes at eksistere en væsentlig forskel på klausulerne.²³⁹ Modsætningsvist fremgår det ligeledes, at spørgsmål angående forskel på de to klausuler må afklares af domspraksis.²⁴⁰ Disse udtalelser efterlader umiddelbart et indtryk af, at der eksisterer tvivl om, hvorvidt de to klausuler er forskellige. Ligeledes synes indførelsen af LL § 3, stk. 4, som angiver, at stk. 1 har forrang for stk. 3, at bekræfte forskellen på klausulerne, da en sådan bestemmelse ikke burde være nødvendig, såfremt de to klausuler var identiske.

I forlængelse heraf findes det relevant at vurdere de to bestemmelsers objektive kriterier. Efter LL § 3, stk. 1, skal der foreligge et arrangement eller en serie af arrangementer, (1) som har til hovedformål at opnå en skattefordel, (2) der strider mod indholdet af eller formålet med direktiverne og (3) som ikke er reelt. Samlet er der altså tale om 3 objektive kriterier, hvor bevisbyrden for dem alle er pålagt skattemyndighederne. Efter LL § 3, stk. 3, skal der eksistere et arrangement eller transaktion, (1) hvis væsentligste formål er opnåelse af en fordel og (2) hvis indhold ikke strider mod indholdet af og formålet med DBO'en og dennes bestemmelser. Samlet er der altså tale om 2 objektive kriterier, hvoraf skattemyndighederne har bevisbyrden for det ene og skatteyder for det andet.

De to omgåelsesklausuler i LL § 3, indeholder altså ikke samme antal objektive kriterier. Det, at stk. 3 indeholder færre kriterier end stk. 1, medfører umiddelbart, at en skatteyder lettere vil omfattes af stk. 3 end af stk. 1.

Sammenlignes bevisbyrden for de objektive kriterier, kan det slutes, at stk. 3 pålægger skattemyndighederne en mindre bevisbyrde end stk. 1, idet bevisbyrden for, at arrangementet er i overensstemmelse med DBO'erne i stk. 3, flyttes over på skatteyderen, mens skattemyndighederne i stk. 1 stadig har bevisbyrden for, at arrangementet er i uoverensstemmelse med direktiverne. Denne

²³⁹ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 3.2.2

²⁴⁰ L 167 af 20. marts 2015, Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 2

forskel i fordeling medfører umiddelbart, at en sags udfald oftere i stk. 3 end i stk. 1 vil afhænge af skatteyderens bevis, hvilket kan føre til, at sagerne oftere vil falde ud til myndighedernes side.

Forskellen i antallet af objektive kriterier viser sig som nævnt ved, at omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, indeholder et krav til realiteten af det pågældende arrangement eller den pågældende serie af arrangementer, mens dette ikke gør sig gældende for omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3. Dette medfører imidlertid, at et arrangement kun omfattes af LL § 3, stk. 1, hvis det bevises, at arrangementet ikke er reelt. Da dette krav ikke indgår i stk. 3, vil et reelt arrangement derimod som udgangspunkt godt kunne omfattes af denne omgåelsesklausul vedrørende DBO'erne. Hertil bør det dog bemærkes, at visse af de angivne eksempler i Action 6²⁴¹ alligevel synes at inddrage argumentation om realiteten i vurderingen af, om et arrangement omfattes af bestemmelsen. At dette, trods det manglende realitetskrav, alligevel indgår i vurderingen, kan være udtryk for, at vurderingen af realiteten af et arrangement muligvis medtages i den objektive analyse. Dette kan dog næppe definitivt lægges til grund.

Som kort bemærket ovenfor, adskiller de to klausuler sig endvidere fra hinanden ved, at bevisbyrden angående overensstemmelse mellem den opnåede fordel og indhold af og/eller formål med direktiverne eller DBO'erne ikke er ens. LL § 3, stk. 1, pålægger skattemyndighederne bevisbyrden for, at der *ikke* er overensstemmelse, hvorimod LL § 3, stk. 3, pålægger skatteyderen at godtgøre, at der *er* overensstemmelse. Endvidere differentierer denne del af klausulerne sig fra hinanden ved, at formuleringen i LL § 3, stk. 1, pålægger skattemyndighederne at bevise, at skattefordelen strider mod *enten* indholdet af *eller* formålet med direktivet, mens det i LL § 3, stk. 3, kræves bevist af skatteyderen, at fordelene er i overensstemmelse med *både* indholdet af og formålet. Samlet betyder dette, at bevisbyrden i klausulerne er forskellig.

Ovenstående viser, at der er ikke blot er forskel på klausulernes ordlyd, men også væsentligt forskel på deres indhold og rækkevidde, da klausulerne både indeholder forskelligt antal kriterier, og disse er forskellige. På trods af ministerens udtalelse om, at der med rette kan skeles til DBO'ernes bemærkninger ved fortolkning af stk. 1 vedrørende direktiverne²⁴² synes de netop viste forskelle at medføre, at retskilder tilhørende hver af klausulerne bør holdes adskilt. Som følge heraf må det endvidere forventes, at fremtidige afgørelser efter de to klausuler ikke vil kunne tillægges præjudikatværdi på tværs.

²⁴¹ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 59 ff.

²⁴² Skatteudvalget 2014-15, L 167, endeligt svar på spørgsmål 1

2.5 DELKONKLUSION

Dette kapitel fastlægger gældende ret af omgåelsesklausulerne i LL § 3, herunder rækkevidden og forskelligheden af klausulerne.

Klausulen i LL § 3, stk. 1, medfører, at skattepligtige fratages en ellers opnået fordel, opnået af enten M-/D-, R-/R- eller fusionsskattedirektivet, såfremt skattemyndighederne kan godtgøre, at skatteyder, som følge af en disposition, har opnået en lavere skattebetaling end denne ville have opnået i en tilsvarende situation uden den pågældende disposition, og at denne lavere skattebetaling har udgjort det overvejende argument for at udføre dispositionen, dvs. at dispositionen ikke i overvejende grad er begrundet i selskabets forretningsaktiviteter. Endeligt er det en betingelse, at dispositionen ikke er udtryk for god forretningspraksis på området. Samlet betyder dette, at direktivfordelen nægtes, da selskabets adfærd opfattes som misbrug.

Klausulen i LL § 3, stk. 3, medfører, at skattepligtige fratages en ellers opnået fordel af en DBO, såfremt skattemyndighederne ud fra sagens faktum kan argumentere for, at skatteyder, som følge af en disposition, har undgået dobbeltbeskatning, og denne fordelagtige skattemæssige situation udgør en essentiel faktor for udførelsen af dispositionen. Samlet betyder dette, at fordelene nægtes, idet situationen anses for at udgøre misbrug.

Skatteyderen undgår at blive omfattet af bestemmelserne, hvis denne kan føre konkret bevis for, at arrangementet er i overensstemmelse med direktiverne eller DBO'erne.

Ud fra ovenstående analyse kan det konkluderes, at de objektive kriterier i både stk. 1 og stk. 3, bevirker, at rækkevidden af LL § 3, forventes at favne bredt.

Trods udtalelser om, at de to klausuler er ens, konkluderer denne analyse, at der er væsentlig forskel på disse, både i indholdet af de objektive kriterier samt i rækkevidden. Ligeledes konkluderes det, at fordelingen af bevisbyrden mellem skattemyndigheder og skatteyder ikke er den samme i de to klausuler. Det må derfor forventes, at eventuelle sager behandles forskelligt, og at sagerne vedrørende de forskellige klausuler næppe kan anvendes som præjudikat på tværs af de to klausuler.

Uanset forskelligheden af de to omgåelsesklausuler, kan det konkluderes, at de begge medfører, at arrangementer, der tidligere har været anset for lovlige, nu anses for misbrug og derved omfattes af bestemmelsen, hvorved lovlige arrangementer skifter karakter til at være ulovlige.

Det konkluderes, at begge klausuler har et bredt og usikkert anvendelsesområde, og at der ikke kan opstilles specifikke retningslinjer for, hvornår de finder anvendelse og på hvilke typer arrangementer. Hvorvidt bestemmelserne finder anvendelse afhænger derfor af forhold og omstændigheder i den enkelte sag. Det må dog formodes, at jo mindre, der indikerer, at dispositionen er foretaget af andre grunde end skatteoptimering, jo mindre sandsynlighed er der for, at dispositionen ikke omfattes af bestemmelsen.

Kapitel 3 – Økonomisk analyse

3.1 INDLEDNING

Den øgede internationalisering, herunder oprettelsen af det indre marked i EU, har medført, at selskaber udsættes for større konkurrence end tidligere.²⁴³ For at overleve på markedet og samtidig opretholde værdiskabelsen for deres aktionærer, er det derfor nødvendigt, at selskaberne tager midler i brug for at minimere deres omkostninger. Skat er en væsentlig omkostning for selskaber og udgør mellem $\frac{1}{3}$ og $\frac{1}{4}$ af de samlede omkostninger.²⁴⁴ Det må derfor forventes, at selskaber søger at minimere skattebetalingen i videst muligt omfang, dog inden for lovgivningens rammer.²⁴⁵ Et værktøj til dette er at udnytte forskelle i landes skattelovgivning²⁴⁶, eksempelvis ved at flytte skattepligtig indkomst til lavskattelande eller ved at placere selskaber i lande, hvorimellem, der er indgået DBO'er eller anden fordelagtig skatteretlig lovgivning, såsom de EU- direktiverne om direkte skatter. Skatteplanlægning, dvs. brug af skattelovgivningen, er som udgangspunkt legitimt.²⁴⁷

Aggressiv skatteplanlægning, dvs. misbrug af skattelovgivningen, søges dog hindret, idet misbrug af reglerne forringer konkurrenceevnen for de øvrige selskaber samt fører til tabte skatteindtægter.²⁴⁸ På EU-plan antages det estimerede årlige tab af skatteindtægter som følge af skatteudnyttelse at udgøre 1.000 mia. euro.²⁴⁹ Sagt på en anden måde, svarer de tabte skatteindtægter i EU gennemsnitligt til 10 gange det samlede danske skatteprovenu.²⁵⁰ Som behandlet i kapitel 2, har omgåelsesklausulerne i LL § 3 netop til hensigt at hindre sådant misbrug. Da LL § 3 har et bredt og usikkert anvendelsesområde samt pålægger selskaberne en ekstra beskatning, begrænses selskaberne i deres beslutningstagen.

I forlængelse af ovenstående samt afhandlingens juridiske analyse af LL § 3 findes det relevant at behandle skatters betydning for selskabers adfærd, herunder samspillet mellem selskabernes ageren og indførelsen af omgåelsesklausulerne. Afhandlingen behandler den grundlæggende teori om selskabers ageren med og uden pålægning af skat. Slutteligt diskuteres dette i forhold til indførelsen af LL § 3 og dennes påvirkning af selskaberne.

²⁴³ European Commission (2012), s. 11

²⁴⁴ Ravn, Jacob (2015), s. 178

²⁴⁵ Ibid., s. 178

²⁴⁶ COM(2015) 302 final af 17. juni 2015, s. 3 f.

²⁴⁷ Endres, Dieter; Spengel, Christoph (2015), s. 391

²⁴⁸ COM(2015) 302 final af 17. juni 2015, s. 5 f.

²⁴⁹ Dokument nr. A7-0243/2014 af 24. marts 2014, s. 14

²⁵⁰ Pedersen, Jan (2015), afs. 4

3.2 SELSKABERS ADFÆRD

3.2.1 Karakteren af konkurrencen på markedet

Selskaber kan operere på markeder med forskellige typer konkurrence. Dette kapitel lægger til grund, at de omhandlede selskaber agerer på et marked med fuldkommen konkurrence, hvilket vil sige et marked, der er præget af mange mindre udbydere. Det antages endvidere, at markedet er karakteriseret ved salg af en standardiseret vare, at udbyderne er pristagere, hvilket betyder, at hverken selskaberne eller forbrugerne kan sætte prisen på markedet, men at der i stedet skabes en ligevægtspris som følge af udbud og efterspørgsel, samt at der er tale om et åbent marked, hvor indtræden såvel som udtræden er mulig.²⁵¹

3.2.2 Aktørerne på markedet

Denne analyse tager udgangspunkt i et marked, hvorpå der eksisterer 2 aktører: forbrugere og producenter, her multinationale selskaber.

Multinationale selskaber forstås som værende karakteriseret ved at udføre deres forretning på tværs af landegrænser. Multinationale selskaber indgår i en international koncern, hvor moderselskabet er beliggende i et land, og dets datterselskaber er beliggende i andre lande. Denne interne relation betyder, at enhver form for aktivitet udøvet af en koncernenhed i et vist omfang er et resultat af moderselskabets udøvede kontrol. Interne transaktioner af ressourcer mellem koncernens enheder indebærer overførsler af råmaterialer såvel som finansielle midler og andre elementer, der indgår i produktionen. Koncernen kan derfor i nogen grad anses som værende selvforsynende, hvorfor denne i mindre grad er afhængig af andre. Endeligt er multinationale selskaber karakteriseret ved en profitmaksimerende mentalitet, hvilket betyder, at alle selskabsbeslutninger bliver taget på baggrund af den forventede profitabilitet.²⁵²

Den anden aktør på markedet er forbrugerne. Forbrugerne kendetegnes ved at være rationelle og dermed nyttemaksimerende. At en forbruger er rationel betyder, at denne afvejer fordele og ulemper af ethvert valg, før valget foretages. Nytte udgør den værdi, som den individuelle forbruger opnår af et produkt. Af denne grund vil forskellige forbrugere ikke nødvendigvis have samme nytte af samme produkt, og nytten vil ikke nødvendigvis være lig prisen på produktet. Da forbrugerne er nyttemaksimerende, vil en forbruger i en valgsituation vælge det produkt, der giver forbrugeren den

²⁵¹ Frank, Robert H. (2010), s. 337

²⁵² Kopits, George F. (1976), s. 626 f.

højeste nytte.²⁵³ Da afhandlingen tager udgangspunkt i et marked med fuldkommen konkurrence og homogene produkter, betyder dette, at forbrugerne vil vælge produktet med den laveste pris, da dette vil maksimere deres nytte.

Samlet består markedet altså af producenter, som udbyder produkter, og forbrugere, som efterspørger disse. Efterspørgslen og udbuddet vil herefter mødes i en ligevægt, hvor prisen på produkterne er lig med eller lavere end forbrugernes nytte, men samtidig er lig med eller højere end producentens omkostninger.²⁵⁴ Det er altså kun muligt for producenterne at eksistere på markedet, såfremt disse kan imødekomme forbrugernes efterspørgsel, dvs. producere deres produkter til omkostninger lig med eller lavere end forbrugernes nytte heraf.

3.2.3 Selskabers ageren under fuldkommen konkurrence

Selskabers ageren på et marked antages at være et resultat af deres formål om at profitmaksimere, hvorved selskaber søger at overleve på markedet og samtidig skabe værdi for deres aktionærer. Selskabers profit (π) udgøres af differencen mellem de samlede indtægter (Total Revenue, TR) og de samlede omkostninger (Total Costs, TC), hvorfor selskabet søger at maksimere denne difference:²⁵⁵

$$\text{Max } \pi = TR - TC \quad (1)$$

Selskaber søger hermed at maksimere denne difference, ved enten at forøge deres indtægter eller minimere deres omkostninger.

De samlede indtægter (TR) udgøres af prisen (P) ganget den solgte mængde (Q):

$$TR = P \cdot Q \quad (2)$$

Da det antages, at der på markedet eksisterer fuldkommen konkurrence, vil selskaberne ikke kunne påvirke prisen på markedet, da markedsprisen udgøres af den ligevægt, der eksisterer mellem udbud og efterspørgsel. Selskaberne er altså pristagere og kan alene justere på mængden for at forhøje indtægterne.²⁵⁶ Indsættes ligning 2 i selskabets profitfunktion fås:

$$\text{Max } \pi = P \cdot Q - TC \quad (3)$$

²⁵³ Frank, Robert H. (2010), kap. 3

²⁵⁴ Ibid., s. 26 ff.

²⁵⁵ Cowen, Tyler; Tabarrok, Alex (2013), s. 195

²⁵⁶ Ibid., s. 196

Når selskabers adfærd skal klarlægges, måles derfor på den mængde, som selskaber producerer. Som følge af, at selskaber vil profitmaksimere, vil selskaber producere den mængde, som skaber den største difference mellem samlede indtægter og omkostninger.²⁵⁷

3.2.3.1 Selskabers ageren på kort sigt

På kort sigt, dvs. når et selskab netop er indtrådt på et marked, vil selskabers beslutninger være begrænset af, at ikke alle inputs, som indgår i selskabsaktiviteten, er variable. Et selskabs samlede omkostninger (TC) vil derfor udgøres af summen af de variable (VC) og faste omkostninger (FC):

$$TC = VC + FC \quad (4)$$

De variable inputs (L) er mulige at justere i forhold til ændringer i produktionen og vil på kort sigt eksempelvis udgøre arbejdskraft, hvorimod de faste inputs (K) ikke vil kunne justeres og udgør eksempelvis maskiner og bygninger.

De variable omkostningerne afhænger af mængden af det variable input (L), der varierer efter antallet af producerede enheder (Q), og prisen på inputtet, eksempelvis lønninger, (P_L). Derimod vil omkostninger til de faste inputs afspejle en fast mængde af det givne input (K), da mængden er valgt på forhånd, og prisen for denne (P_K) ligeledes er fast.

På kort sigt udgør et selskabs samlede omkostninger derfor:²⁵⁸

$$TC = VC + FC = P_{L(Q)} \cdot L(Q) + P_K \cdot K \quad (5)$$

Et selskabs profitfunktion vil altså på kort sigt se ud, som følger:

$$\text{Max } \pi = P \cdot Q - (P_{L(Q)} \cdot L(Q) + P_K \cdot K) \quad (6)$$

Den optimale produktionsmængde afgøres ud fra de marginale indtægter (Marginal Revenue, MR) og udgifter (Marginal Costs, MC), idet selskabet vil producere, så længe de marginale indtægter overstiger de marginale omkostninger. De marginale indtægter udgøres af ændringen i totale indtægter ved produktion af én yderligere enhed. Ligeledes udgøres de marginale omkostninger af ændringen i totale omkostninger ved produktion af én ekstra enhed. Et selskab vil altså producere så længe indtægterne ved at producere én ekstra enhed overstiger eller er lig omkostningerne herved:

$$MR \geq MC \quad (7)$$

Da der på markedet eksisterer fuldkommen konkurrence, og selskaberne dermed er pristagere, vil de marginale indtægter ved at producere én ekstra enhed være lig markedsprisen. Et selskab vil altså alene få markedsprisen i indtægt ved at producere én ekstra enhed:

²⁵⁷ Frank, Robert H. (2010), s. 339

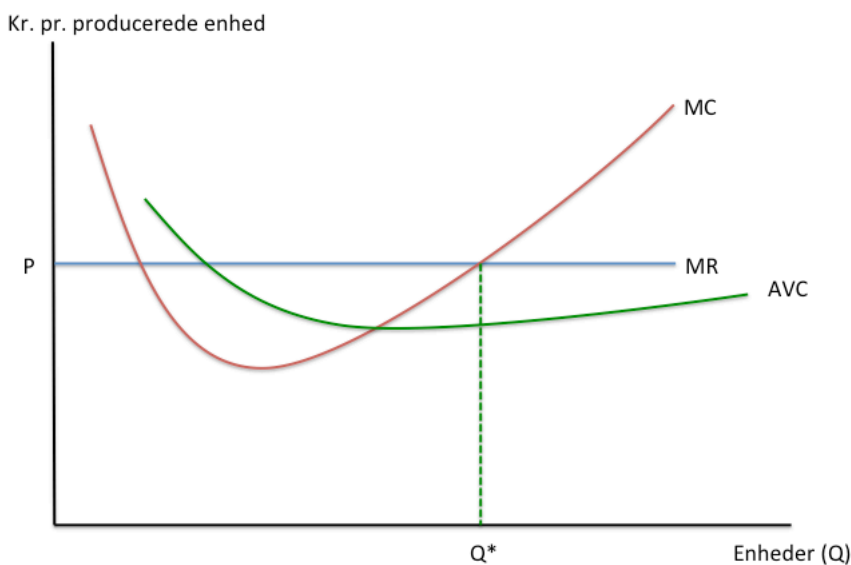
²⁵⁸ Ibid., s. 298 f.

$$P = MR \quad (8)$$

Samlet vil et selskab altså producere, så længe selskabets marginale omkostninger er under eller lig markedsprisen:

$$P \geq MC \quad (9)$$

Den optimale mængde producerede enheder (Q^*) er altså, hvor de marginale omkostninger er lig markedsprisen²⁵⁹, som vist i figur 3.1.



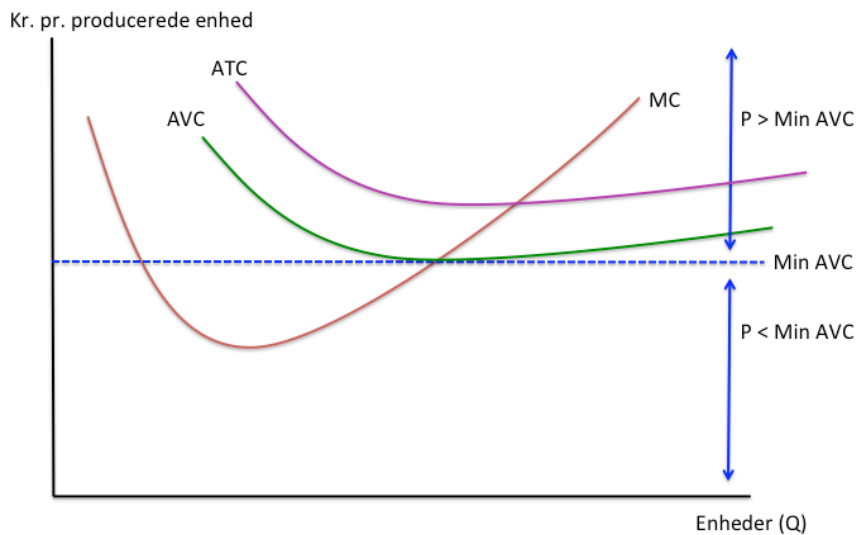
Figur 3.1

Den optimale producerede mængde er dog endvidere afhængig af minimum af de gennemsnitlige variable omkostninger (min AVC)²⁶⁰. Såfremt minimum af de gennemsnitlige variable omkostninger overstiger markedsprisen, dvs. selskabets marginale indtægter (MR) og de gennemsnitlige variable indtægter (AVR), vil selskabet realisere et tab for hver enhed, som produceres, da de gennemsnitlige variable omkostninger vil være højere end indtægterne. Et selskab vil i en sådan situation have negativ profit og derfor udtræde af markedet. Hvis markedsprisen overstiger minimum af de gennemsnitlige variable omkostninger, vil selskabet derimod blive på markedet.²⁶¹ Se figur 3.2 for en illustration heraf.

²⁵⁹ Frank, Robert H. (2010), s. 340

²⁶⁰ Minimum af de gennemsnitlige variable omkostninger udgøres af det punkt på AVC-kurven, hvor omkostninger forbundet med den producerede mængde er lavest.

²⁶¹ Cowen, Tyler; Tabarrok, Alex (2013), s. 203



Figur 3.2

På kort sigt vil et selskab altså producere, selvom indtægterne er lavere end de totale omkostninger, så længe indtægterne er højere end minimum af de gennemsnitlige variable omkostninger. Et selskab i en sådan situation vil altså fortsætte dets produktion, selvom det realiserer en negativ profit.

Samlet vil selskabets optimale produktion være, hvor de marginale omkostninger er lig markedsprisen, og markedsprisen samtidig er større end minimum af de gennemsnitlige variable omkostninger.

$$MC = P = AVC > \min AVC \quad (10)$$

3.2.3.2 Selskabers ageren på lang sigt

På lang sigt forholder det sig anderledes, da alle inputs her er variable.²⁶² De omkostninger, der på kort sigt udgør faste omkostninger ($P_K \cdot K$), vil på lang sigt være variable ($P_{K(Q)} \cdot K(Q)$). På lang sigt vil de totale omkostninger (TC) altså være:

$$TC = VC = P_{L(Q)} \cdot L(Q) + P_{K(Q)} \cdot K(Q) \quad (11)$$

Da selskabet søger at profitmaksimere, fås det derfor, at:

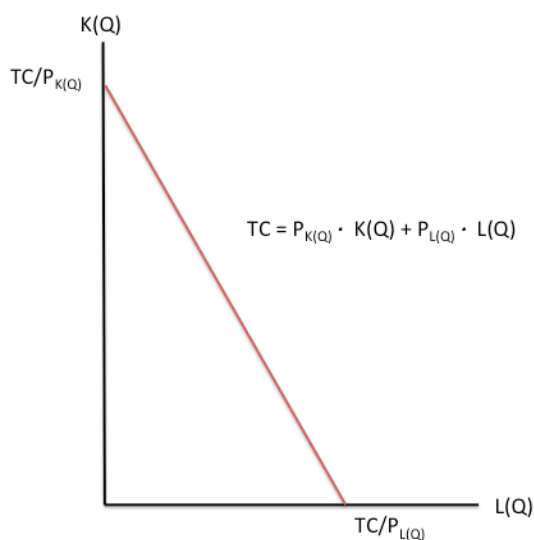
$$\text{Max } \pi = P \cdot Q - (P_{L(Q)} \cdot L(Q) + P_{K(Q)} \cdot K(Q)) \quad (12)$$

Da P er fast, kan selskabet enten maksimere Q eller minimere TC . For at gøre dette, kan selskabet enten fastsætte TC og derudfra beslutte sammensætningen af de variable inputs samt den optimale

²⁶² Frank, Robert H. (2010), s. 311

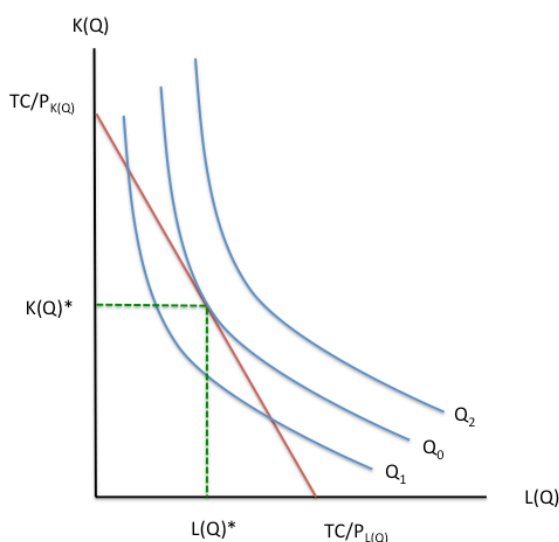
Q, eller fastsætte et ønsket Q, for derefter at finde den sammensætning af variable inputs, der minimerer omkostningerne hertil.

Der ses først på den situation, hvor selskabet ønsker at fastholde TC. Her er det muligt at sammensætte de variable inputs på forskellig vis, hvor alle sammensætninger medfører den samme TC. De forskellige sammensætninger af inputs illustreres ved en isocostlinje:



Figur 3.3

Den optimale Q, givet de mulige sammensætninger af variable inputs, fastlægges ved at finde skæringen mellem isocostlinjen og en af selskabets isokvantkurver, hvor isokvantkurverne illustrerer alle kombinationer af variable inputs, der medfører samme output.²⁶³

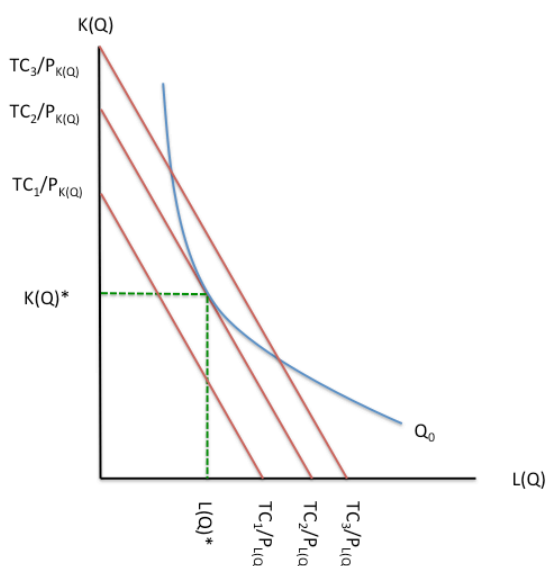


Figur 3.4

²⁶³ Frank, Robert H. (2010), s. 275 og 312

Skæringen mellem de to kurver illustrerer det højest mulige output produceret til en fast omkostning. Det fås herved, at den optimale mængde af Q , Q_0 , fås ved inputsammensætningen $L(Q)^*$ og $K(Q)^*$.

Der ses nu på den anden situation, hvor selskabet ønsker at producere et vist Q og minimere TC . Her findes minimumomkostningerne ved at finde skæringen mellem en given isokvantlinje og de mulige sammensætninger af inputs, illustreret ved isocostlinjerne.



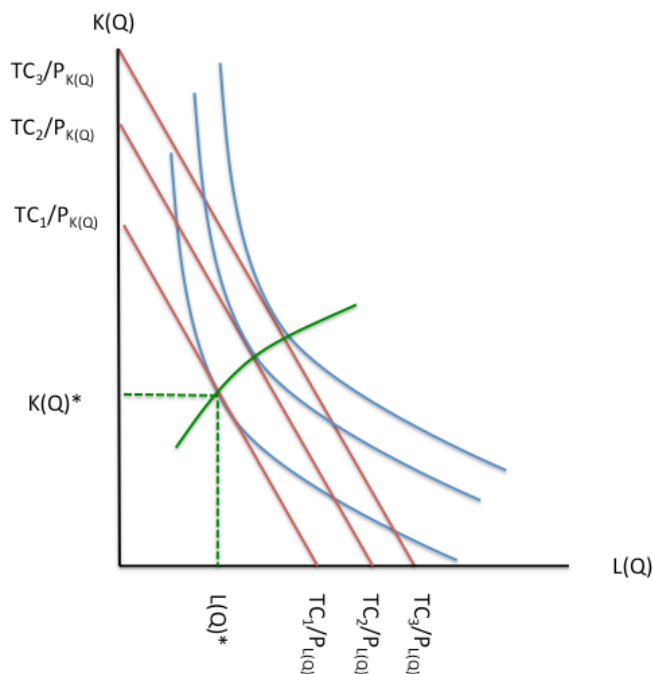
Figur 3.5

Minimumsomkostningerne ved at producere Q_0 fås altså ved inputsammensætningen $K(Q)^*$ og $L(Q)^*$.

Såfremt selskabets tidshorisont ikke er begrænset, vil det altid vælge at anvende den omkostningsminimerende sammensætning af inputs. For på lang sigt at vurdere, hvordan et selskabs omkostninger varierer med dets output, sammenlignes derfor de respektive optimale sammensætninger af input.²⁶⁴

De optimale inputsammensammensætninger, dvs. de mindst omkostningsfulde sammensætninger, givet et specifikt output, Q , illustreres i figur 3.6.

²⁶⁴ Frank, Robert H. (2010), s. 316 f.

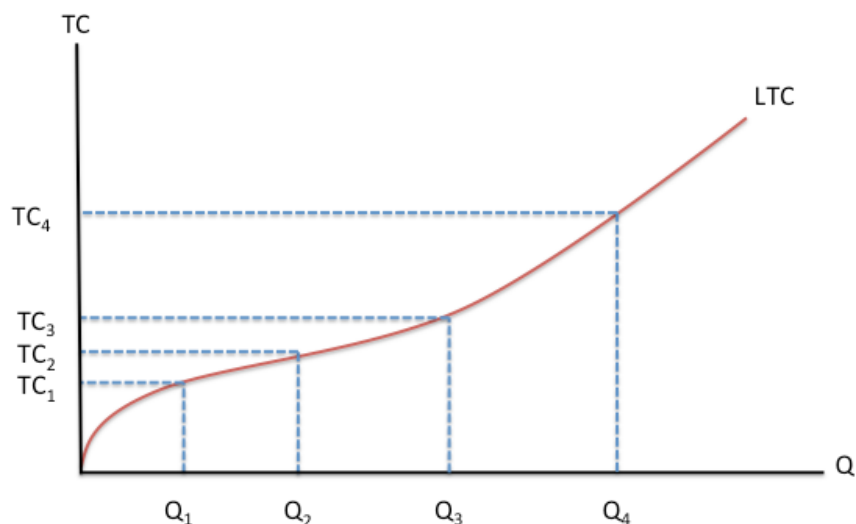


Figur 3.6

Det ses her, at den omkostningsminimerende inputsammensætning ved et output lig Q_1 , findes ved skæringen mellem Q_1 og linjen for TC_1 , hvilket tilsvarende gør sig gældende for Q_2 og linjen for TC_2 mv.

Indsættes disse skæringspunkter for Q og TC i en grafisk afbildning, fås kurven for de totale omkostninger på lang sigt (LTC).²⁶⁵

Det ses af figur 3.7, at grafen går gennem punktet $(0,0)$, hvilket skyldes, at selskaber på lang sigt altid vil kunne vælge ikke at producere og dermed ikke afholde omkostningerne forbundet hermed.



²⁶⁵ Frank, Robert H. (2010), s. 317

Figur 3.7

Minimering af de totale omkostninger er endvidere på lang sigt afgørende for antallet af selskaber på markedet, dvs. om de eksisterende vil forblive eller udtræde, og om nye vil indtræde.

Mængden af selskaber på markedet afhænger på lang sigt af markedsprisen og de gennemsnitlige totale omkostninger (LATC), dvs. hvorvidt selskaberne i markedet er profitable. Da selskaberne er pristagere, vil markedsprisen (P) både svare til de marginale indtægter (MR), men også til de gennemsnitlige totale indtægter (ATR).

Hvis selskabets minimum af gennemsnitlige totale omkostninger overstiger markedsprisen, så vil disse ligeledes overstige de gennemsnitlige variable indtægter.

$$P = ATR < \min LATC \quad (13)$$

På lang sigt vil et selskab vælge at træde ud af markedet, hvis dets gennemsnitlige totale omkostninger overstiger markedsprisen, da selskabet i en sådan situation vil få en negativ profit.²⁶⁶ Se figur 3.8 for illustration.

Såfremt minimum af de gennemsnitlige totale omkostninger i stedet er under markedsprisen, vil selskabet på længere sigt forblive på markedet, og flere selskaber vil indtræde, da markedet er profitabelt. Se figur 3.8 for en illustration heraf.

$$P = MR = AVR > \min LATC \quad (14)$$

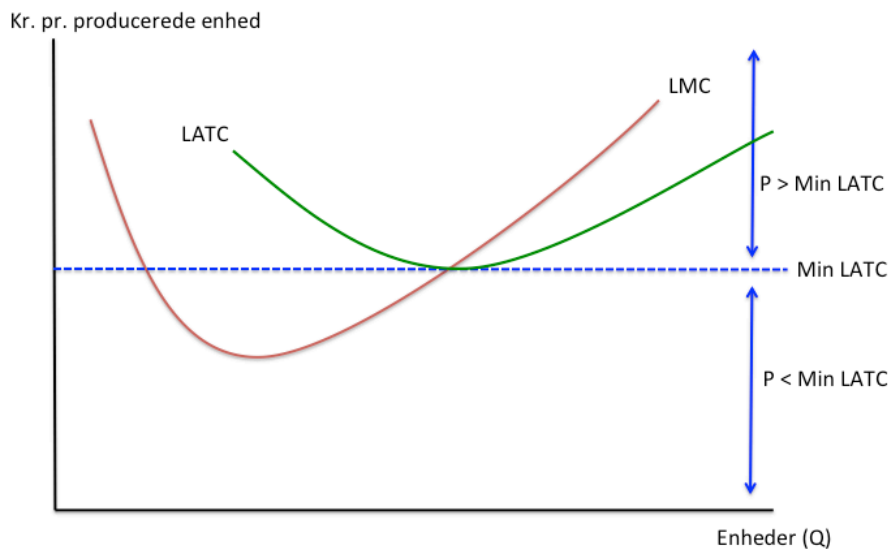
Som konsekvens af andre selskabers indtræden, vil disse selskabers marginale omkostningskurver blive tillagt de eksisterende selskabers kurver, hvilket samlet set medfører, at udbudskurven forskydes, hvorved markedsprisen vil falde. Dette fører til, at hvert selskabs profit falder. Denne udvikling vil fortsætte indtil prisen på marked bliver lig den mindste værdi af de gennemsnitlige totale omkostninger, dvs. indtil den økonomiske profit er lig nul. På dette tidspunkt vil markedet være mættet, dvs. at ingen vil ud- eller indtræde, og selskaberne herpå vil alle tjene normal profit.²⁶⁷

$$P = LATC \quad (15)$$

I nedenstående figur belyses ovenstående markedssituationer.

²⁶⁶ Frank, Robert H. (2010), s. 350 f.

²⁶⁷ Ibid., s. 203 f.



Figur 3.8

Antallet af selskaber på markedet afhænger altså i høj grad af, hvorvidt selskaberne kan holde deres gennemsnitlige totale omkostninger nede.

3.2.3.3 Forekomsten af selskabsskat

På baggrund af antagelsen om, at selskaber til enhver tid søger at profitmaksimere, lægges det til grund, at selskaberne ligeledes søger at maksimere værdien af profitten efter skat. Selskaberne vil altså:

$$\text{Max } \pi_{\text{Efter skat}} = \pi - T \quad (16)$$

Hvor T udgør den faktiske skattebetaling.

På kort sigt antages det, at selskaber ikke kan skatteplanlægge, hvorfor skattebetalingen udgøres af en fast procentsats.

På lang sigt antages det derimod, at selskaber kan skatteplanlægge, således at den profit som kommer til beskatning kan nedbringes, hvorved skattebetalingen mindskes. Selskaber vil altså søge at minimere T.

Da multinationale koncerner har mulighed for at flytte profit mellem deres jurisdiktioner, har disse en konkurrencefordel, som rent nationale ikke har. Hvilke selskaber, der overlever på markedet vil altså være bestemt af, hvilke selskaber, der er bedst til at skatteplanlægge.

3.3 HVEM BÆRER SKATTEBYRDEN?

Nærværende afsnit redegør for, hvordan selskabsskat påvirker markedet, herunder markedsaktørerne.

Når lovgiver introducerer eller forhøjer selskabsskatten, opnår staten større skatteindtægter (Tax Revenue, TR), hvilken skal modsvares af en lige så stor skattebetaling (Tax Payment, TP) hos de involverede markedsaktører.

$$TR = TP \Leftrightarrow TR - TP = 0 \quad (17)$$

Selskabsskat er skat pålagt selskabers indkomst, dvs. at det er selskabet, der som udgangspunkt afholder skattebetalingen over for staten. Idet et selskab blot udgør en ramme indeholdende virksomhedsaktivitet, vil skattebetalingen reelt betales af de involverede markedsaktører: enten kapitalejerne i form af lavere udbytte (Capital, C), arbejdskraften i form af lavere lønninger (Wages, W) og/eller forbrugerne i form af højere priser (Price, P).²⁶⁸ Der er altså forskel på den formelle og den reelle betaler af skattebetalingen.

$$\Delta TP = \Delta C + \Delta W + \Delta P \quad (18)$$

Den totale skattebyrde bæres af altså hhv. kapitalejerne, arbejdskraften og/eller forbrugerne. Fordelingen af skattebetalingen, dvs. hvilke aktører, som bærer skattebyrden, afhænger af økonomien, dvs. om denne er åben eller lukket.

3.3.1 Fordelingen af skattebyrden i en lukket økonomi

En lukket økonomi er karakteriseret ved, at der ikke foretages grænseoverskridende transaktioner. Under forudsætning af, at der er fuldkommen konkurrence på markedet, vil der endvidere være tale om homogene produkter og en fast markedspris.

Den grundlæggende teori om fordeling af selskabsskattebyrden i en lukket økonomi inddeler markedet i en såkaldt corporate-sektor og en non-corporate-sektor. I corporate-sektoren sker der beskatning af den juridiske enhed såvel som beskatning af de bagvedliggende kapitalejere, mens det i non-corporate-sektoren udelukkende er kapitalejerne, der beskattes af et eventuelt overskud.²⁶⁹

På kort sigt vil byrden i form af selskabsskat udelukkende blive båret af kapitalejerne i corporate-sektoren, da selskabsskatten medfører et lavere afkast, idet selskabet vil opnå et lavere overskud efter skat. Dette vil dog ikke være tilfældet på længere sigt, her vil skattebyrden fordeles mellem

²⁶⁸ Harberger, Arnold C. (1995), s. 53

²⁶⁹ Harberger, Arnold C. (1962), s. 215 f.

kapitalejerne i corporate- og non-corporate-sektoren, da kapitalejerne fra corporate-sektoren vil vælge at investere i non-corporate-sektoren i stedet, hvorved afkastet til de enkelte kapitalejere i denne sektor vil falde. Dette medfører, at afkastet i de to sektorer på længere sigt justeres og ender med at være af samme størrelse. Samlet vil kapitalejerne i corporate-sektoren altså overflytte en del af skattebyrden til kapitalejerne i non-corporate-sektoren, og skattebyrden vil blive båret af samtlige kapitalejere.²⁷⁰

Pålægning af selskabsskat vil altså i en lukket økonomi være fuldt båret af kapitalejerne, da det ikke vil være muligt at substituere arbejdskraften, hvorfor byrden ikke vil kunne flyttes over på arbejdskraften gennem lavere lønninger. Grundet antagelsen om fuldkommen konkurrence kan selskaber ikke ændre prisen, da selskaber er pristagere, hvorfor skattebyrden ikke kan flyttes over på forbrugerne gennem højere priser. Under antagelsen om, at selskaber opererer under fuldkommen konkurrence og er profitmaksimerende, vil selskaber ikke ændre på produktionen, da den optimale produktionsmængde er den samme med og uden skat.²⁷¹

3.3.2 Fordelingen af skattebyrden i en åben økonomi

En åben økonomi karakteriseres ved, at grænseoverskridende transaktioner foregår, da kapitalen antages at være mobil og substituerbar, dvs. at kapitalejere på lige fod kan investere i alle lande. Modsætningsvis antages arbejdskraften ikke for værende mobil, men substituerbar over grænserne, dvs. at et selskab kan rykke sin aktivitet til et andet land og få samme mængde og lige så kvalificeret arbejdskraft. Teorien antager endvidere, at der på markedet eksisterer fuldkommen konkurrence, hvorfor selskaberne er pristagere, og markedsprisen hermed er fast, samt at produkterne på markedet er homogene og substituerbare.²⁷²

I en åben økonomi, vil skattebyrden på kort sigt være båret af kapitalejerne, da selskabets profit efter skat mindskes, og derfor mindskes enten den efterfølgende udbytteudlodning eller værdien af kapitalejernes aktier.²⁷³

På længere sigt kan skattebyrden gradvist flyttes fra kapitalejerne til arbejdskraften ved lavere lønninger. Skattebyrden vil ikke være mulig at flytte til forbrugerne gennem højere priser, da

²⁷⁰ Harberger, Arnold C. (1962), s. 215 f.

²⁷¹ Gravelle, Jane G.; Smetters, Kent (2001), s. 6

²⁷² Vasquez-Ruiz, Harold A. (2006), s. 15 f.

²⁷³ Ibid., s. 6

markedsprisen er fast og produkterne homogene. Da selskabet opererer i en åben økonomi fordeles byrden mellem både indenlandske aktører (Domestic, d) og udenlandske aktører (Foreign, f).²⁷⁴

$$\Delta TP = \Delta C_d + \Delta C_f + \Delta W_d + \Delta W_f \quad (19)$$

Under antagelse af, at det ikke er muligt at reallokere virksomhedsaktiviteten, men kapitalen er mobil og substituerbar, og markedspriserne er faste, vil byrden flyttes over på arbejdskraften i form af lavere lønninger, da kapitalejernes afkast efter skat ikke vil kunne sænkes, da kapitalejerne, såfremt dette sker, vil flytte deres kapital til et land uden selskabsskatter, hvorved et større afkast vil opnås.²⁷⁵

Såfremt det i stedet antages, at virksomhedsaktiviteten kan reallokeres, og arbejdskraften ikke er mobil, men substituerbar, vil den indenlandske arbejdskraft i højere grad bære skattebyrden end kapitalejerne, da selskaber ved introduktion af skatter vil rykke deres aktivitet til udlandet, hvor skatter ikke er eksisterende, og substituere den indenlandske arbejdskraft med udenlandsk arbejdskraft. Samlet vil de indenlandske lønninger falde og de udenlandske stige.²⁷⁶

Når kapitalen i høj grad antages at være mobil og substituerbar, vil kapitalejerne som følge af selskabsskatten allokere deres kapital til udlandet, hvor ingen eller en lavere selskabsskat er til stede, da dette vil give et højere afkast. Dette vil medføre, at de indenlandske lønninger vil falde, hvorimod de udenlandske vil stige, da stigningen i udenlandsk kapital vil medføre et øget behov for arbejdskraft.²⁷⁷

Trods reallokering af skattebyrden, vil indenlandske såvel som udenlandske kapitalejere stadig bære en del af byrden, hvis størrelse vil afhænge af deres respektive kapitalandel og ikke af deres lokation, medmindre kapitalejerne reallokerer deres kapital.²⁷⁸

3.3.3 En lukket eller åben økonomi?

Hvorvidt modellen omhandlende den lukkede eller åbne økonomi bedst afspejler den aktuelle økonomi, afhænger af, hvordan skatter, dvs. skattesatser eller -regler, introduceres i økonomien. Modellen om en lukket økonomi repræsenterer den situation, hvor alle lande simultant indfører, forhøjer eller sænker en forholdsvis ens selskabsskat.²⁷⁹ Dette kan eksempelvis omfatte en situation, hvor alle lande indfører en fælles skattesats for mobil indkomst, eksempelvis royalties. Modellen

²⁷⁴ Randolph, William R. (2006), s. 2

²⁷⁵ Harberger, Arnold C. (1995), s. 54 f.

²⁷⁶ Randolph, William R. (2006), s. 25

²⁷⁷ Ibid., s. 2

²⁷⁸ Gravelle, Jane G.; Smetters, Kent (2001), s. 7

²⁷⁹ Harberger, Arnold C. (2006), s. 8

omhandlende en åben økonomi afspejler modsat den situation, hvor et land eller et lille antal lande indfører, forhøjer eller sænker selskabsskatten, mens resten af verden forholder sig passiv.²⁸⁰

3.4 SELSKABERS SKATTEINCITAMENT

Som behandlet ovenfor søger selskaber at maksimere profitten, enten ved at maksimere indtægterne, dvs. maksimere de positive pengestrømme, eller minimere udgifterne, dvs. minimere de negative pengestrømme.

Når et selskab foretager en transaktion, vil værdiudviklingen heraf tages i betragtning. Ved vurderingen af, om en given transaktion skal foretages, er det derfor nødvendigt, at selskabet vurderer nettonutidsværdien (Net Present Value, NPV) af den pågældende transaktion. En transaktions værdi afhænger af de pengestrømme, som transaktionen genererer. Nutidsværdien (Present Value, PV) af en pengestrøm, positiv som negativ, findes ved at tilbagediskontere den forventede værdi (Future Value, FV), af den pågældende pengestrøm med diskonteringsfaktoren $(\frac{1}{(1+r)^t})$, hvor t repræsenterer antallet af perioder transaktionen løber over. Nutidsværdien er derved:

$$PV = \frac{FV}{(1+r)^t} \quad (20)$$

Nettonutidsværdien (NPV) findes herefter ved at summere nutidsværdien (PV) af alle pengestrømme, indtægter såvel som udgifter, vedrørende den pågældende transaktion.²⁸¹ Skat udgør ligeledes en pengestrøm, hvorfor det udelukkende er relevant at se på pengestrømmene efter skat, dvs. skatteomkostninger såvel som -besparelser skal medregnes.²⁸² Der er dog en række usikkerheder knyttet til de skattemæssige konsekvenser af transaktioner, da den korrekte anvendelse af en skatteregel kan være uklar. Ved beregning af NPV, må et selskab indregne den mest sandsynlige skattemæssige konsekvens, som transaktionen udløser.²⁸³ Der henvises til afhandlingens kapitel 4 for en mere dybdegående behandling af ageren under usikkerhed.

Da selskaber må antages at tage beslutninger på baggrund af NPV, og NPV er afhængig af den dertilhørende skat, må det slutes at selskaber bl.a. tager beslutninger på baggrund af den skat, der knytter sig til beslutningen. NPV afhænger altså til dels af værdien af skatter, og det kan derfor være relevant for selskaber at optimere skattebetalingen ved at skatteplanlægge for derved at øge NPV. I relation til analysen af realitetskravet i kapitel 2, taler dette for, at minimering af skatter i visse situationer vil være et forretningsmæssig formål.

²⁸⁰ Harberger, Arnold C. (2006), s. 8

²⁸¹ Jones, Sally M.; Rhoades-Catanach, Shelley C. (2011), s. 48 f.

²⁸² Ibid., s. 51 f.

²⁸³ Ibid., s. 55 f.

Selskaber kan skatteplanlægge ved følgende strategiske midler: 1) enhedens juridiske form, 2) tidspunktet for transaktionen, 3) jurisdiktionen for transaktionen og 4) kvalifikationen af resultatet af transaktionen.

Det bør dog bemærkes, at skatteminimering ikke altid medfører den størst mulige NPV, idet andre faktorer som eksempelvis omkostninger og adgang til kvalificeret arbejdskraft ligeledes har betydning for NPV og derved for selskabets beslutninger.²⁸⁴

Nedenstående analyse har den tredje metode i fokus, dvs. stedet for transaktionen. Jurisdiktionerne, hvorimellem transaktioner foretages, har betydning for den skattemæssige behandling og derved NPV, idet skattepligtig indkomst og skattemæssigt fradrag kan flyttes mellem lande med forskellige skatteregler eller -aftaler, hvorved skattebetalingen kan mindskes.²⁸⁵

3.5 FOREKOMSTEN AF SKATTEPLANLÆGNING

Følgende afsnit beskriver kort flytning af indkomst, hvorefter udvalgte modeller om multinationale selskabers flytning af indkomst behandles.

Forskelle mellem landenes skattesatser skaber ikke alene incitament for selskaberne til at investere i de pågældende lande, men ligeledes incitament for multinationale selskaber til at flytte skattepligtig profit fra såkaldte højskattelande til lavskattelande for derved at opnå en mere fordelagtig skattemæssig situation²⁸⁶, der i sidste ende medfører den højest mulige NPV. Foruden den egentlige selskabsskattesats har de øvrige skatteregler, eksempelvis opnåelse af fradrag, betydning for selskabernes incitament til at flytte skattepligtig indkomst, da disse har betydning for selskabernes effektive skattesats²⁸⁷, der i sidste ende vil være afgørende for selskabets skattebetaling.²⁸⁸ Hvorvidt et land betragtes som et høj- eller lavskattelands og dermed, hvorvidt landet er attraktivt, afhænger altså af de pågældende landes skattesatser såvel som skatteregler.

International skatteplanlægning går, som tidligere nævnt, ud på at optimere den multinationale koncerns skattebetaling, under forudsætning af, at selskabet udøver dets virksomhedsaktivitet på en efficient²⁸⁹ måde. Dette kan gøres ved brug af en række strategier.

²⁸⁴ Jones, Sally M.; Rhoades-Catanach, Shelley C. (2011), s. 57 f. og 373

²⁸⁵ Ibid., s. 70 ff.

²⁸⁶ Ibid., s. 372

²⁸⁷ Se afs. 3.4.3

²⁸⁸ Jones, Sally M.; Rhoades-Catanach, Shelley C. (2011), s. 52 og 372

²⁸⁹ Se afs. 3.6.5

Skatteplanlægning kan eksempelvis indebære flytning af selve virksomhedsaktiviteten eller strategisk brug af koncerninterne transaktioner. Når et koncernselskab beliggende i et højskattelands opkræver en lav pris, mindskes skattebetalingen, idet den skattepligtige indkomst i højskattelands holdes forholdsvis lav. Ligeledes mindskes skattebetalingen, såfremt et koncernselskab beliggende i et lavskattelands opkræver en høj pris ved en handel med et koncernselskab beliggende i et højskattelands.

En anden metode, hvorpå en multinational koncern kan mindske skattebetalingen, er ved at flytte mobil indkomst til lavskattelands. Et eksempel på dette er ved at placere koncernens patenter, aktier og udlån i et lavskattelands, hvorved den tilhørende indkomst i form af royalties, udbytter og renter vil blive underlagt en mildere beskatning.²⁹⁰

Studier har søgt at fastlægge, om selskaber flytter indkomst, såfremt skatten i de lande, hvor selskaberne opererer, er forskellig.

Studierne tager udgangspunkt i en teori om, at selskaber har incitament til at flytte profit fra høj- til lavskattelands, for at minimere koncernens samlede skattebetaling og dermed opnå højere profit. Ud fra denne teori opstilles en model, som udtrykker, at den samlede profit (π_T), som koncernselskabet i lavskattelands opnår, vil bestå af selskabets egen profit (π_L) samt en profit, som er flyttet fra høj- til lavskattelands (π_S).²⁹¹

$$\pi_T = \pi_L + \pi_S \quad (21)$$

π_L udgør den profit som koncernselskabet beliggende i lavskattelands opnår ved at maksimere dets profit, som beskrevet ovenfor i afsnit 3.2.3.

$$\text{Max } \pi_L = (P \cdot Q) - TC \quad (22)$$

π_S udgør den profit, som selskabet i højskattelands flytter til lavskattelands. Hvor meget profit, der flyttes, afhænger af skattedifferencen mellem højskattelands (T_H) og lavskattelands (T_L) samt en semi-elasticitet (ϵ).

$$\pi_S = \pi_L \cdot (T_H - T_L) \cdot \epsilon \quad (23)$$

Skattedifferencen udgøres af den skatteforskel, der eksisterer i de lande, hvor selskabet opererer, dvs. mellem høj- og lavskattelands, som er et resultat af, at landene både har forskellige

²⁹⁰ Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 275 f.

²⁹¹ Dharmapala, Dhammika (2014), s. 3

skattesatser såvel som forskellige skatteregler. Skattedifferencen afspejler altså selskabets incitament til at flytte profit til lavskattelandet.²⁹²

Koncernselskabets samlede profit i lavskattelandet udgøres hermed af:

$$\pi_T = \pi_L + \pi_L \cdot (T_H - T_L) \cdot \epsilon \quad (24)$$

Da modellen søger at finde en semi-elasticitet tages logaritmen af profitten.²⁹³

$$\text{Log } \pi_T = \text{Log } \pi_L + (T_H - T_L) \cdot \epsilon \quad (25)$$

Semi-elasticiteten udgøres af den procentvise ændring i koncernselskabets profit i lavskattelandet samt ændringen i skattedifferencen mellem høj- og lavskattelandet.

$$\epsilon = \frac{\% \Delta \pi_T}{\Delta(T_H - T_L)} \quad (26)$$

Semi-elasticiteten angiver hermed den procentvise ændring i rapporteret profit som reaktion på en 1 % ændring i selskabets skattemæssige incitament til at flytte profit til udlandet, i form af en ændring i skattedifferencen. Jo højere semi-elasticiteten er, jo mere profit vil et selskab flytte til lavskattelandet, når der eksisterer en forskel mellem skatten i høj- og lavskattelandet.²⁹⁴

Samlet forventes profitten af koncernselskabet i lavskattelandet at udgøres af:

$$\pi_T = (P \cdot Q - TC) + (P \cdot Q - TC) \cdot (T_H - T_L) \cdot \frac{\% \Delta \pi_T}{\Delta(T_H - T_L)} \quad (27)$$

Såfremt der er omkostninger forbundet med at flytte profitten fra et høj- til et lavskatteland, vil profitten (π_s) alene flyttes, hvis fordelene herved, dvs. den sparede skattebetaling, er højere end de tilknyttede omkostninger.²⁹⁵

3.5.1 Hvor meget profit flyttes gennem skatteplanlægning?

De behandlede studier viser alle, at der eksisterer en sammenhæng mellem koncernselskabernes profit og de lokale skattesatser, hvilket vidner om, at multinationale selskaber flytter profit fra høj- til lavskattelande.²⁹⁶ Nedenfor gennemgås de konkrete resultater af de udvalgte studier, hvorefter resultaterne sammenlignes og visse forskelle afklares.

Studiet foretaget af Huizinga og Laeven (2008) behandler multinationale koncerners incitament til at flytte profit mellem lande, hvori koncernen opererer²⁹⁷ og er baseret på data fra 1999 om

²⁹² Heckemeyer, Jost H.; Overesch, Michael (2013), s. 5 f.

²⁹³ Dharmapala, Dhammika (2014), s. 8

²⁹⁴ Heckemeyer, Jost H.; Overesch, Michael (2013), s. 5 f.

²⁹⁵ Dischinger, Matthias et al (2014), s. 252

²⁹⁶ Heckemeyer, Jost H.; Overesch, Michael (2013), s. 1

²⁹⁷ Huizinga, Harry; Laeven, Luc (2008), s. 1165

selskaber beliggende i EU, herunder regnskabsdata og data om selskabernes struktur. Alene data om selskaber, hvor det interne ejerskab er 50 %, er medtaget.²⁹⁸

Studiet tager udgangspunkt i flytning af profit som følge af differencer i selskabsskattesatserne mellem et moderselskab og dets datterselskab(er), såvel som mellem søsterselskaber beliggende i forskellige lande. Såfremt det multinationale selskab har aktivitet i flere lande, benyttes det vægtede gennemsnit af differencen i skattesatser i alle de pågældende lande.²⁹⁹

Studiet finder en semi-elasticitet på 1,31³⁰⁰, dvs. at såfremt differencen i selskabsskatten mellem de pågældende parter ændres med 1 %, eksempelvis ved at selskabsskatten i lavskattelandet sænkes, da vil den profit i lavskattelandet øges med 1,31 %.

Heckemeyer og Overesch (2013) tager udgangspunkt i observationer fra allerede udgivne studier.

Da studiet tager udgangspunkt i andres studier, er den anvendte skattedifference, dvs. parameteret for et selskabs incitament til at flytte profit, baseret på differencer beregnet forskelligt. Nogle af de anvendte studier tager udgangspunkt i ændringen i selskabsskattesatser mellem de lande, hvorimellem der flyttes profit, mens andre tager udgangspunkt i forskellen mellem selskabsskattesatsen i landet, hvor moderselskabet er beliggende, og en gennemsnitlig selskabsskattesats beregnet ud fra selskabsskattesatsen i alle de lande, hvor koncernen har selskaber beliggende.³⁰¹

Studiet finder en semi-elasticitet i forhold til profit før skat på 0,82. Denne semi-elasticitet betyder, at såfremt skattedifferencen, dvs. den variabel, som giver selskaberne incitament til at flytte profit, falder med 1 %, da vil koncernselskabets samlede profit før skat i lavskattelandet stige med 0,82 %.³⁰²

Studiet beregner både en semi-elasticitet i forhold til selskabet i lavskattelandets rapporterede profit før skat, og en semi-elasticitet i forhold til den rapporterede EBIT (Earnings before interest and tax). Ved at beregne semi-elasticiteten ud fra begge nøgletal, er det muligt at afklare, om flytningen af profit sker ved finansielle kanaler, gennem interne låneforhold, eller ved ikke-finansielle kanaler, dvs. øvrige interne transaktioner, da EBIT ikke inkluderer renter fra låneforhold, men profit før skat gør.³⁰³ Studiet finder en semi-elasticitet i forhold til EBIT på 0,59, og som nævnt ovenfor en semi-

²⁹⁸ Huizinga, Harry; Laeven, Luc (2008), s. 1169

²⁹⁹ Ibid., s. 1165

³⁰⁰ Ibid., s. 1177 f.

³⁰¹ Heckemeyer, Jost H.; Overesch, Michael (2013), s. 10f.

³⁰² Ibid., s. 22

³⁰³ Ibid., s. 10

elasticitet i forhold til profit før skat på 0,82. Hertil udeledes det, at 72 % af den flyttede profit flyttes ved ikke-finansielle kanaler, hvorimod 28 % flyttes ved finansielle kanaler.³⁰⁴

Dischinger, Knoll og Riedels (2014) beregningerne er foretaget på baggrund af finansielle informationer om europæiske multinationale koncerners profit før skat fra 1995 til 2007. Alene observationer, hvor det interne ejerskab er 100 %, er medtaget.³⁰⁵ Den skattedifference som udtrykker koncerners incitament til at flytte profit, udgøres af forskellen mellem moderselskabets selskabsskattesats og den gennemsnitlige selskabsskattesats for datterselskaberne.³⁰⁶ Studiet finder en semi-elasticiteten på 0,5.³⁰⁷

Samlet viser studierne, at der er enighed om, at forskelle i selskabsskattesatser medfører, at multinationale koncerner flytter indkomst mellem deres selskaber, så indkomsten ender hos det koncernselskab med den laveste selskabsskattesats. Gennemgangen af de tre studier viser, at de beregnede semi-elasticiteter ikke er ens. Trods resultaternes forskellighed viser de pågældende studier dog overordnet set, at selskabsskatten har betydning for, hvor meget profit, de multinationale selskaber vælger at flytte.

Der kan være flere årsager til forskelligheden af de fremfundne resultater. Først og fremmest er studierne udarbejdet på grundlag af forskellig data, herunder eksempelvis data vedrørende forskellige år. Huizinga og Laevens studie er baseret på data om EU-selskaber i 1999, Heckemeyer og Overeschs studie er baseret på metadata, dvs. data fra andre studier, mens Dischinger, Knoll og Riedels studie er baseret på paneldata, i dette tilfælde data over årrækken 1999-2007.

Derudover er der forskel på, hvilke selskaber, studierne inddrager. Huizinga og Laevens studie baseres udelukkende på data vedrørende datterselskaber, hvorved forstås selskaber, hvoraf det interne ejerskab som minimum udgør 50 % af kapitalen. Dischinger, Knoll og Riedels studie betragter derimod kun selskaber, hvori ejerskabet er 100 %, hvorved datasættet, set i forhold til Huizinga og Laevens studie, indskrænkes.

Endvidere forekommer der at være forskel i, hvilken skattedifference, der lægges til grund for de pågældende resultater. Huizinga og Laeven tager udgangspunkt i differencen i selskabsskattesatsen

³⁰⁴ Heckemeyer, Jost H.; Overesch, Michael (2013), s. 25

³⁰⁵ Dischinger, Matthias et al. (2014), s. 253

³⁰⁶ Ibid., s. 254 f.

³⁰⁷ Ibid., s. 261 f.

mellem selskabet beliggende i et land og gennemsnittet af selskabsskattesatsen for de øvrige koncernselskaber beliggende i andre lande, tilsvarende gør Dischinger, Knoll og Riedel. Visse af de studier, som Heckemeyer og Overeschs studie er baseret på, anvender ligeledes denne skattedifference, mens andre tager udgangspunkt i ændringen i skattesatser i netop de lande, hvorimellem der flyttes profit.

Det fremgår overordnet set, at nyere studier synes at finde frem til en lavere semi-elasticitet end tidligere, dvs. at multinationale selskaber synes at flytte en mindre andel af deres profit fra høj- til lavskattelande. En årsag hertil kan være forskelle i studiernes fremgangsmåder. Endvidere kan det skyldes indførelsen af diverse værnsregler herimod. Dette kommenteres yderligere nedenfor.

I forlængelse heraf findes det dog relevant at bemærke, at dette ikke nødvendigvis indebærer, at der samlet set flyttes mindre indkomst mellem lande end tidligere, da antallet af multinationale selskaber er øget i de senere år³⁰⁸, hvorved flere selskaber har fået mulighed for at flytte indkomst på tværs af grænser. Det øgede fokus på skatteplanlægning bekræfter ligeledes, at skatteplanlægning fortsat udgør et problem.³⁰⁹

Studierne viser, at ændringer i differencen mellem landes selskabsskattesatser skaber incitament for de multinationale selskaber til at flytte skattepligtigt overskud til lavskattelande for derved at optimere skattebetalingen. Som følge heraf lægges det til grund, at også øvrige fordelagtige skatteregler og -aftaler skaber et tilsvarende incitament til at flytte indkomst, dvs. til at skatteplanlægge.

3.6 OVERENSSTEMMELSE MELLEM TEORI OG LL § 3

Lovgivning, og særligt skattelovgivning, benyttes i nogen grad til at regulere markedsaktørernes adfærd.³¹⁰ I nærværende afsnit vil ovenstående teori og observationer omkring multinationale selskabers ageren blive analyseret og diskuteret i forhold til LL § 3.

3.6.1 LL § 3 som et værktøj til at hindre aggressiv skatteplanlægning

Som berørt i kapitel 2 har omgåelsesklausulerne i LL § 3 netop til formål at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning.³¹¹ Dette søges gjort ved at tilsidesætte fordele opnået efter M-/D-, R-/R- og

³⁰⁸ Heckemeyer, Jost H.; Overesch, Michael (2013), s. 22

³⁰⁹ OECD/G20, Action 0 (2015), s. 4

³¹⁰ Cooter, Robert B.; Ulen, Thomas (2014), s. 3

³¹¹ L 167 af 20. marts 2015, De alm. bemærkninger, afs. 1

fusionsskattedirektivet samt efter DBO'erne, såfremt visse forhold er gældende, hvilket medfører, at selskaberne vil ende med at blive pålagt en hårdere beskatning og eventuel en dobbeltbeskatning, såfremt reglen finder anvendelse.³¹²

Som nævnt i afsnit 3.5 findes der flere metoder til skatteplanlægning. Heckemeyer og Overesch finder frem til, at multinationale selskaber i højere grad benytter ikke-finansielle aktiviteter til at flytte profit end finansielle aktiviteter. Dette kan være et resultat af, at der særligt på europæisk plan, herunder Danmark, men også i høj grad globalt, er indført regler, som skal modvirke muligheden for at rykke profit ved finansielle aktiviteter.³¹³ Sådanne regler inkluderer eksempelvis CFC- og rentebegrænsningsreglerne³¹⁴. Disse regler er med de nye BEPS-anbefalinger foreslået justeret og indført i de lande, hvor sådanne ikke eksisterer, da disse kan begrænse flytning af profit.³¹⁵ Heckemeyer og Overeschs påvisning af, at der flyttes profit gennem finansielle aktiviteter, synes, trods at forekomsten er mindre end ved ikke-finansielle aktiviteter, dog stadig at antyde, at der fortsat eksisterer et behov for nye eller forbedrede værnsregler til at hindre flytningen af profit gennem finansielle aktiviteter. Da de danske regler allerede indeholder forholdsvis velfungerende finansielle værnsregler, synes omgåelsesklausulerne i LL § 3 ligeledes at bidrage til at hindre muligheden for at flytte profit gennem finansielle aktiviteter.

Heckemeyer og Overesch finder, at ikke-finansielle aktiviteter er den primære kanal til at flytte profit, eksempelvis ved transfer pricing, royalties, udbytter mv. Da ikke-finansielle aktiviteter strækker sig over en bred vifte af forskellige aktiviteter, vil en generel omgåelsesklausul, som LL § 3, netop medgå til at imødegå alle former for skatteplanlægning.

3.6.2 Hvem pålægges skattebyrden som følge af LL § 3?

Retsfølgen af LL § 3 er, at selskaber bliver hårdere beskattet, da Danmark vil beskatte indkomst, som førhen var helt eller delvist fritaget efter EU-direktiverne eller DBO'erne. Reglen vil altså medføre, at der enten pålægges en kildeskat eller en selskabsskat. LL § 3 medfører, at transaktioner, som førhen blev fordelagtigt beskattet ved dansk skattefritagelse, vil blive beskattet på samme måde som transaktioner, der ikke kunne benytte sådanne skattefritagelser. Eksempelvis vil en transaktion mellem Danmark og Luxembourg, såfremt reglen finder anvendelse, blive beskattet som en

³¹² Se kapitel 2

³¹³ Deloitte (2014)

³¹⁴ SEL §§ 11, 11B, 11C og 32

³¹⁵ OECD/G20, Action 0 (2015), s. 13 f.

transaktion mellem Danmark og Bermuda, dvs. en transaktion, hvor hverken direktiver eller DBO'er kan benyttes.

Hvem, der bliver den endelige betaler af denne ekstra skat, er derfor relevant at diskutere, men først må det fastlægges, om økonomien skal anses for åben eller lukket.

LL § 3, stk. 1, er et resultat af, at alle EU-lande er blevet pålagt at indføre en omgåelsesklausul som følge af M-/D-direktivet, hvilket umiddelbart kunne antyde, at økonomien skal ses som lukket, da alle lande simultant har indført en ens regel, dvs. alle selskaber i EU er underlagt samme regel. Danmark har dog valgt også at implementere reglen i forhold til R-/R- og fusionsskattedirektivet, hvilket andre EU-lande ikke har valgt. Dette antyder, at vi snarere har med en åben økonomi at gøre. Idet reglen er uklar, som fastlagt i kapitel 2, vil fortolkningen heraf både afhænge af de nationale domstole og EU-domstolen, hvilket på nuværende tidspunkt højst sandsynligvis vil føre til forskellig anvendelse af reglen, da der endnu ikke foreligger klare retningslinjer for, hvordan reglen skal anvendes. Denne uklarhed og mangel på retningslinjer antyder, at den indførte regel ikke vil anvendes ens i alle lande, og dermed ikke udgøre en fælles forhøjelse af beskatningsniveauet, hvorfor økonomien må skulle anses for åben.

LL § 3, stk. 3, er et resultat af OECD's anbefaling om, at der i alle DBO'er bør indsættes en omgåelsesklausul. Danmark har dog valgt at implementere reglen i national lovgivning, inden bestemmelsen er indsat i de enkelte DBO'er, dvs. at ikke alle lande på nuværende tidspunkt har en tilsvarende regel, dog forventes denne implementeret snarest.³¹⁶ Da reglen på nuværende tidspunkt er indført i dansk lovgivning og ikke i alle DBO'erne, må den åbne økonomi skulle lægges til grund, da indførelsen endnu ikke er et fælles initiativ. Selvom det forventes, at mange EU-medlemsstater indfører en omgåelsesklausul vedrørende DBO'erne, frygter Kommissionen, at dette vil ske på en uensartet måde eller, at reglerne ikke vil blive fortolket ens³¹⁷, hvilket ligeledes taler for, at økonomien må skulle betragtes som åben, så længe dette gør sig gældende.

Da økonomien på nuværende tidspunkt skal anses for åben, må skattebyrden, som følger af LL § 3, ifølge teorien i afsnit 3.3 forventes på kort sigt at bæres af aktionærerne, men på længere sigt kunne flyttes over på arbejdskraften, da selskabet vil reallokere sin aktivitet og aktionærerne reallokere deres investeringer til et andet EU- eller DBO-land, hvor reglen endnu ikke er indført eller, hvor

³¹⁶ COM(2016) 23 final af 28. januar 2016, afs. 3

³¹⁷ COM(2016) 23 final af 28. januar 2016, afs. 3

reglen ikke er lige så skærpet som den danske. Det skal hertil bemærkes, at selskaber alene vil reallokere deres aktivitet, hvis fordelene fratrukket omkostningerne herved overstiger ulemperne ved at være beliggende i et land med en omgængelsesklausul.

Såfremt flere DBO-lande indfører omgængelsesklausulen og EU-landene får fælles retningslinjer for anvendelse af reglen, dvs. at reglen bliver mere klar, må økonomien formodes at bevæge sig hen mod en mere lukket tilstand, da klausulen dermed skal anses som et fælles initiativ og dermed en fælles forhøjelse af beskatningsniveauet. Såfremt økonomien i højere grad skal anses for lukket, vil skattebyrden ikke i lige så høj grad kunne flyttes over på arbejdskraften, hvorfor aktionærerne vil bære en større del af byrden.

3.6.3 LL § 3 som et element til at udvide det danske skattegrundlag

Studierne behandlet i afsnit 3.5 tager udgangspunkt i en skattedifference, opstået ved forskelle i selskabsskattesatserne i de lande, hvor en multinational koncern opererer. Som beskrevet i afsnit 3.4 afhænger selskabers handlinger ikke af selskabsskattesatsen, men i stedet af den effektive skattesats. Et selskabs effektive skattesats er et resultat af selskabsskattesatsen og måden, hvorpå skattegrundlaget beregnes, dvs. hvilke fradrag der ydes og hvilke indkomster der medregnes, mv.

LL § 3 er indført for at modvirke af aggressiv skatteplanlægning. Reglen er forhindrer hermed skatteplanlægningsaktiviteter, som førhen ikke blev forhindret af den danske skattelovgivning. LL § 3 udvider hermed det danske skattegrundlag, idet transaktionerne, som førhen ikke blev beskattet i Danmark, fremover vil blive beskattet, dvs. at transaktionerne fremover skal medregnes til det danske skattegrundlag. For nogle transaktioner vil reglen betyde, at disse transaktioner vil blive dobbeltbeskattet, da transaktionen med reglens indførelse både vil blive beskattet i domicil- og kildelandet. For andre transaktioner vil reglen betyde, at transaktionen vil gå fra nul beskatning til beskatning i Danmark, da transaktionen skal medregnes i selskabets skattegrundlag.

Da reglen udvider det danske skattegrundlag, vil reglen også medgå til at forhøje selskabers effektive skattesats, hvilket vil medføre, at multinationale selskaber, som følge af deres profitmaksimeringsstrategi, ikke vil have incitament til at investere i Danmark, men i stedet vil investere i et land, som medfører en lavere effektiv skattesats. Det skal hertil bemærkes, at det ikke alene er skatter som medgår i selskaber beslutningsgrundlag, hvilket diskuteres nedenfor i afsnit 3.6.5 og 4.2.

Forhøjelsen vil endvidere give multinationale selskaber incitament til at rykke deres aktivitet i Danmark til udlandet, for at minimere deres skattebetaling og dermed øge deres profit.

En forhøjelse af den effektive skattesats, vil, som følge af ovenstående teori om flytning af profit, ligeledes medføre en højere skattedifference mellem de lande, hvor de multinationale selskaber opererer, hvilket giver koncernerne incitament til at flytte mere profit til de lavskattelande.

Det skal dog pointeres, at reglen kun vil forhøje den effektive skattesats, såfremt reglen finder anvendelse. Da reglens anvendelsesområde, som fastslået i afhandlingens kapitel 2, er uklart, vil et selskab ikke før en handlings foretagelse med sikkerhed kunne vide, om transaktionen vil blive omfattet af omgåelsesklausulen, hvorfor måden, hvorpå reglen vil indgå i den effektive skattesats, afhænger af denne usikkerhed. Usikkerheden udgør altså en risiko, som selskabet bør tage højde for i dets ageren. Denne problemstilling uddybes nærmere i det kommende kapitel.

3.6.4 Skatteminimering som konkurrenceparameter

Ovenstående behandling viser, at selskaber, særligt multinationale selskaber, i enhver situation søger at profitmaksimere, og dermed minimere omkostninger forbundet med virksomhedsaktiviteten. Selskaber vil i deres beslutningstagen medtage skatter såvel som produktionsinput, da disse udgør omkostning. Muligheden for minimering af omkostninger gennem skatteplanlægning medfører hermed, at skatteplanlægning bliver et afgørende konkurrenceparameter for at overleve på markedet.

Da multinationale selskaber kan benytte international skatteplanlægning, har disse en fordel i konkurrencen, frem for rent nationale selskaber, hvilket medfører, at spillereglerne på markedet fordrejes.

Da LL § 3 skal forhindre aggressiv skatteplanlægning, må reglen formodes at fremme, at konkurrencen i stedet kommer til at afhænge af andre konkurrenceparametre.

3.6.5 Skatteminimering er ikke altid profitmaksimerende

Det fremgår af ovenstående gennemgang, at selskaber har incitament til at skatteplanlægge, såfremt der, som følge af selskabsskattesatsen og den effektive skattesats, er forskel på skatten i de lande, hvori selskabet opererer. Dette skyldes, at skat er en omkostning, hvorfor dette må indregnes i selskabets profitmaksimerende beslutningsgrundlag. Formålet med denne skatteplanlægning er altså at mindske selskabets samlede skattebetaling og derved omkostninger. I denne forbindelse er det dog værd at bemærke, at der ikke nødvendigvis kan sættes lighedstegn mellem skatteminimering og profitmaksimering. Dette kan have flere årsager. Den skatteminimerende strategi kan medføre, at

selskabets øvrige omkostninger stiger.³¹⁸ Selskabers beslutningsgrundlag vil ligeledes været præget af kvalificeret arbejdskraft, velfungerende infrastruktur og effektiv offentlig administration, da mangel på disse parametre vil være en omkostning for selskabet.³¹⁹

Endvidere kan anvendelse af skatteplanlægning i visse tilfælde påvirke selskabers indkomst negativt, gennem øget fokus på selskabers sociale ansvar (*Corporate Social Responsibility*), der kan føre til, at forbrugerne vælger at boykotte selskabet. Denne negative effekt af skatteplanlægning har vist sig i sager vedrørende Starbucks og Amazon.³²⁰

Samlet set vil skatteminimering altså ikke nødvendigvis være profitmaksimerende for selskaberne, da det er nødvendigt, at disse foruden skattebesparelsen tager højde for en række øvrige faktorer.

3.7 DISKUSSION AF ANVENDTE TEORIER OG MODELLER

Dette afsnit diskuterer pålideligheden af de anvendte teorier og modeller, herunder de bagvedliggende antagelser.

Ovenstående teorier tager udgangspunkt i et marked, hvorpå der eksisterer fuldkommen konkurrence. Hvorvidt fuldkommen konkurrence er repræsentativ for den faktiske markedssituation er dog tvivlsomt, da betingelserne herfor ikke til enhver tid synes opfyldt. Det faktiske marked indeholder såvel store som små aktører, og særligt grundet de multinationale selskaber eksisterer der store størrelsesforskelle på markedets aktører, hvorfor aktørerne ligeledes producerer en forskellig andel af produkterne på markedet. Endvidere synes produkterne på det faktiske marked ikke til enhver tid at udgøre perfekte substitutter. Ligeledes kan der stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt markedet kan anses for fuldstændigt åbent, da der i nogle situationer vil være omkostninger forbundet med at indtræde og udtræde af markedet. Endvidere synes kriteriet om lige adgang til de for produktionen fornødne ressourcer samt ressourcernes mobilitet eller substituerbarhed kun til dels opfyldt i det faktiske marked, da kvalificérbar arbejdskraft ikke altid er til stede.

Trods at alle betingelserne for fuldkommen konkurrence ikke er fuldstændig opfyldt, udgør antagelsen alligevel den mest repræsentative, hvorfor resultaterne som følger heraf må udgøre det mest valide bud på, hvad der sker på det faktiske marked.

³¹⁸ Jones, Sally M.; Rhoades-Catanach, Shelley C. (2011), s. 373

³¹⁹ World Economic Forum (2015), s. xiii

³²⁰ Obelitz Rode, Eva (2012)

De anvendte studier i afsnit 4 tager alle alene udgangspunkt i landenes selskabsskattesatser, trods at det i afsnit 3.3 fastlægges, at den effektive skattesats er afgørende for multinationale selskabers beslutningstagen. Resultatet af studierne kan derfor diskuteres. Såfremt studierne i stedet tog udgangspunkt i den effektive skattesats, må det formodes, at der stadig ville findes en semi-elasticitet, spørgsmålet er, om denne ville være større eller mindre end de fundne. Da den effektive skattesats er transaktionsafhængig, ville det være nødvendigt at undersøge alle koncernernes transaktioner, individuelt.

Studiernes data indeholder alene koncerner, hvor datterselskaberne er ejet med enten 50 % eller 100 %, hvilket ikke afspejler den faktiske tærskel for, hvornår der er mulighed for at flytte profit helt eller delvist skattefrit.³²¹ Da selskaber kan flytte profit ved lavere ejerskab end studierne anvendte tærskler, medtager studierne ikke alle de selskaber, som reelt har mulighed for at flytte profit. Trods dette synes tærsklerne på 50 % og 100 % alligevel fornuftige, da der skal et forholdsvist højt ejerskab til for, at moderselskabet kan influere dets datterselskabs daglige operationelle beslutninger, eksempelvis flytning af profit gennem skatteplanlægning.

Trods ovenstående kritikpunkter, synes de fremfundne semi-elasticiteter dog alligevel valide at anvende i analysen. Semi-elasticiteterne kan derfor godt benyttes til at belyse, at multinationale selskaber flytter profit mellem lande.

3.8 DELKONKLUSION

Dette kapitel fastlægger, hvordan selskabsskat påvirker samfundets aktører, samt hvordan omgåelsesklausulen i LL § 3 forventes at påvirke disse.

Det kan konkluderes, at pålægning af selskabsskat er en omkostning for selskaber, hvorfor disse har incitament til at optimere denne gennem skatteplanlægning. Selskaber vil dog kun minimere skatten, så længe dette medfører en højere NPV.

Som følge af konkurrence på markedet, kan det være en forudsætning for overlevelse herpå, at selskaber skatteplanlægger for at holde deres omkostningerne nede. Dette konkurrenceparameter har medført, at markedet ikke nødvendigvis består af udbydere med de bedste produkter, men også af de udbydere, som er gode til at skatteplanlægge. I denne konkurrence har de multinationale selskaber en stor fordel i forhold til rent nationale, da disse kan skatteplanlægge på tværs af landegrænser.

³²¹ M-/D-direktivet, art. 3, R-/R-direktivet, art. 3, litra B, OECD's Modeloverenskomst, art. 10, stk. 2, art. 11 og 12

Endvidere sluttet det, at skattebyrden, som følger af LL § 3, ikke vil bæres af selskabet selv, men af aktionærerne og arbejdskraften. På nuværende tidspunkt skal økonomien anses for åben, da OECD-klausulen ikke er indført i alle lande, og da begge klausuler ikke må formodes at blive anvendt ens, hvorfor byrden på lang sigt primært vil blive båret af arbejdskraften, i form af lavere lønninger. Såfremt klausulen ligeledes indføres i de resterende lande, vil økonomien bevæge sig mod en lukket tilstand, hvorfor aktionærerne i stedet vil bære byrden.

Ligeledes kan det konkluderes, at multinationale selskaber både har incitament til at flytte profit til koncernselskaber beliggende i lavskattelande gennem skatteplanlægning, og at sådan adfærd rent faktisk finder sted. I hvor høj grad flytning af profit forekommer, er dog svært at fastlægge.

LL § 3 skal sætte en stopper for denne adfærd, således at skattepligtig indkomst ikke flyttes til lavskattelande, hvorved staterne mister skatteprovenu. I forlængelse heraf kan det konkluderes, at selskaber skatteplanlægger ved brug af forskellige metoder, hvorfor en generel misbrugsregel kan være nødvendig. Ydermere medfører LL § 3 et udvidet skattegrundlag, hvorfor selskaber vil have incitament til at flytte enten virksomhedsaktivitet eller profit.

Kapitel 4 – Integreret analyse

4.1 INDLEDNING

Et selskabs vigtigste opgave er at generere profit for dets aktionærer. Analysen i kapitel 3 viser, at selskaber som følge heraf har incitament til at mindske deres omkostninger, herunder skatteomkostninger, hvilket multinationale selskaber gør ved brug af international skatteplanlægning. Endvidere påvises, at international skatteplanlægning rent faktisk finder sted som følge af differencer i landenes skattesatser og -regler. Staterne søger derimod at indsamle skatter, hvorfor aggressiv skatteplanlægning søges bekæmpet. Dette er søgt opnået gennem indførelse af en fælles EU-retlig omgåelsesklausul og OECD's anbefaling om indsættelse af en omgåelsesklausul i national ret såvel som i DBO'erne. Spørgsmålet er, om disse initiativer er tilstrækkelige i kampen mod aggressiv skatteplanlægning, eller om andre initiativer er nødvendige.

Danmark har indført ovenstående regler i LL § 3, hvilket medfører, at selskaberne begrænses i deres adgang til at skatteplanlægge, da transaktioner, der tidligere var anset for lovlige, nu anses for ulovlige. Herved kan LL § 3 altså siges at tilsidesætte den øvrige skattelovgivning.³²² Som påpeget i kapitel 2 er indholdet af omgåelsesklausulerne dog i høj grad præget af uklare vendinger, hvis indhold, som følge af utilstrækkelige fortolkningsbidrag, synes svære at afklare. Denne uklarhed medfører stor usikkerhed for reglens anvendelsesområde og derved for de omfattede skattesubjekter, hvilket der er udtrykt bekymring for i forbindelse med høringsprocessen vedrørende lovforslaget.³²³ Spørgsmålet er, om denne usikkerhed vil påvirke selskabers ageren, og dermed opnåelsen af reglens tiltænkte formål.

I forlængelse af ovenstående er det fundet relevant at behandle den retsusikkerhed, som LL § 3 medfører. Endvidere behandles betydningen heraf i forhold til selskabernes ageren. Som følge af, at omgåelsesklausulerne er et fælles internationalt initiativ, behandles betydningen af landenes eventuelle indførelse og fortolkning af en omgåelsesklausul, og endeligt vurderes det, hvorvidt yderligere initiativer kan føre til en højere grad af efficiens.

4.2 PRINCIPAL-/AGENTTEORI

Det overordnede formål med den Europæiske Union er at skabe et marked med fri bevægelighed, retfærdighed og høj konkurrenceevne.³²⁴ For at kunne udleve dette formål, er det derfor nødvendigt,

³²² Pedersen, Jan (2015), afs. 2.2.2

³²³ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringssvar, Advokatsamfundet, s. 1; Dansk Industri, s. 1

³²⁴ Traktaten om den Europæiske Union, C 326/13, art. 3

at medlemsstaterne agerer i EU's interesse. EU, som overordnet institution, kan altså siges at udgøre principalen, hvis udlevelse af målsætning, er afhængig af agenterne, der her udgøres af medlemsstaterne. For at udleve EU's formål er det fundet nødvendigt at indføre en række skatteretlige direktiver, som medlemsstaterne er forpligtet til at implementere i national lovgivning, herunder M-/D-direktivet og dennes omgåelsesklausul, som i dansk lovgivning er implementeret i LL § 3, stk. 1 og 2.

Staterne, herunder den danske stat, søger ved brug af lovgivning at influere retssubjekternes ageren³²⁵, dvs. at fremme eller mindske en vis adfærd for at fremme samfundets samlede efficiens. Som følge heraf kan forholdet mellem disse parter også betragtes som et principal-/agentforhold, hvor lovgiver agerer som principal, mens retssubjektet, som agent, agerer på vegne af principalen. I det følgende betragtes lovgiver som principal, mens de af LL § 3 omfattede selskaber betragtes som agenter. Hvad angår skattelovgivning, har denne ofte indsamling af skatter som formål. Værnslovgivning søger ligeledes at være adfærdsregulerende, idet visse handlemåder søges hindret³²⁶, herunder aggressiv skatteplanlægning. Samlet kan det udledes, at lovgivers interesse bag LL § 3 både er inddrivelse af skatter og princippet om, at alle skal betale den rette skat.

Afgørende for, om lovgivers målsætning opnås, er således agenternes adfærd, dvs. om disse vælger at handle i principalens interesse eller ej. Såfremt parterne har modstridende interesser, vil dette medføre problemer for principalens udlevelse af sin målsætning, hvorfor principalen er nødsaget til at skabe incitament for agenterne til at handle som ønsket.³²⁷

Agenternes interesse er, som følge af deres ansvar over for aktionærerne, at profitmaksimere, hvilket medfører, at disse søger at mindske omkostningerne, herunder skatteomkostningerne.³²⁸ Dette fører til, at selskaberne i visse tilfælde udfører skatteplanlægning, herunder aggressiv skatteplanlægning. Det bør dog bemærkes, at selskaber ikke nødvendigvis har et ønske om slet ikke at betale skat, da skattebetalingen er med til at opretholde et velfungerende samfund for selskaberne at drive virksomhed i, herunder et marked med kvalificeret arbejdskraft og velfungerende myndigheder. Det må derfor forventes, at selskaberne er villige til at betale en skat svarende til den modydelse, de opnår ved et velfungerende samfund.³²⁹

³²⁵ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 452

³²⁶ Pedersen, Jan (2015), afs. 2.2.1

³²⁷ Dutta, Prajit K. (1999), s. 293 f.

³²⁸ Jensen, Dennis Ramsdahl (2015), s. 54

³²⁹ Skatteudvalget 2012-2013, L 218, endeligt svar på spørgsmål 2

Selskabernes interesse forekommer at være i strid med lovgivers, der netop er at undgå aggressiv skatteplanlægning. Grundet disse modstridende interesser, søger lovgiver netop at skabe incitament for selskaberne til at agere som ønsket, hvilket søges opnået ved indførelsen af omgåelsesklausulerne i LL § 3. Nedenfor diskuteres, hvorvidt LL § 3 giver selskaber incitament til at agere i lovgivers interesse.

4.3 UKLARHED OG RETSIKKERHED

Af kapitel 2 blev det udledt, at omgåelsesklausulerne i LL § 3 er meget uklare, da hverken indholdet eller anvendelsesområdet med sikkerhed kan fastslås ud fra loven eller de eksisterende retskilder. En sådan uklarhed og dermed uforudsigelighed medfører, at retssikkerheden på området svækkes.³³⁰

Retssikkerhed er ikke et entydigt begreb, da det favner om mange forenelige såvel som uforenelige hensyn.³³¹ Der skelnes mellem individuel og kollektiv retssikkerhed. Ved individuel retssikkerhed forstås borgerens beskyttelse mod myndighedernes magtudøvelse. Individuel retssikkerhed har hermed et vertikalt perspektiv, da der ses på borgernes rettigheder og forpligtelser i forhold til myndighederne. Individuel retssikkerhed omfatter positiv og negativ retssikkerhed, hvor den negative retssikkerhed omhandler beskyttelse af borgerne mod overgreb, vilkårlighed og forskelsbehandling, og den positive retssikkerhed omhandler beskyttelse af borgernes mulighed for at forudsige deres retsstilling.³³² I forhold til lovgivningens forudsigelighed skelnes der mellem *certain complexity* og *complex uncertainty*, hvor *certain complexity* omfatter den situation, hvor et skattesubjekts retsstilling ved hjælp fra eksperter med rimelig sikkerhed kan forudsiges, hvorimod *complex uncertainty* omfatter den situation, hvor retsstillingen, trods eksperthjælp, ikke kan forudsiges.³³³

Kollektiv retssikkerhed tager udgangspunkt i den almene interesse om, at retten skal håndhæves over for dem, som bryder denne, da kollektiviteten ellers vil påføres ulemper. Den kollektive retssikkerhed har hermed et horisontalt perspektiv, da ligheden mellem borgere eller virksomheder er i fokus.³³⁴

³³⁰ Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringssvar, Advokatsamfundet, s. 1

³³¹ Henrichsen, Carsten (1993), s. 307

³³² Munk-Hansen, Carsten (2012), s. 17 ff.

³³³ Krever, Rick; Mellor, Peter (2015), s. 2

³³⁴ Munk-Hansen, Carsten (2012), afs. 1.1

Den individuelle og kollektive retssikkerhed kan inden for nogle retsområder udgøre konkurrerende hensyn, hvorimellem der eksisterer en konflikt, hvorfor der ved udformning af retsregler må foretages en afvejning herimellem.³³⁵

Omgåelsesklausulen i LL § 3 synes særligt at afspejle konkurrencen mellem den individuelle og den kollektive retssikkerhed. Som klarlagt i kapitel 2 er reglen meget uklar og bred, hvilket besværliggør selskabernes mulighed for at forudsige deres retsstilling og udvider samtidig myndighedernes mulighed for at gribe ind over for selskaberne. Reglens usikkerhed kan altså karakteriseres som en *complex uncertainty*, dvs. at selskaberne, trods eksperthjælp, ikke kan forudsige deres retsstilling, hvilket særligt skyldes, at retskilderne ikke yder tilstrækkeligt fortolkningsbidrag. Omvendt skal reglen sikre, at selskaber ikke skatteplanlægger, men i stedet betaler deres skat og dermed bidrager til velfærdsstaten, hvilket er i den almene interesse. En generel regel er dermed et effektivt middel til at håndhæve betalingen af skatter over for selskaber, som skatteplanlægger. Udformningen af reglen medfører dog, at den individuelle retssikkerhed svækkes markant. Samlet er omgåelsesklausulen i LL § 3 altså et resultat af, at den individuelle retssikkerhed har måtte vige for den kollektive retssikkerhed, da begge hensyn ikke har kunnet forenes i reglen.

Uklarhed kan ligeledes være et resultat af, at fuldstændig klarhed og dermed fuld forudsigelighed ikke i enhver situation er formålstjenlig. Detaljerede regler vil til enhver tid give større vejledning om skattesubjektets retsstilling end mere generelt formulerede regler, som i højere grad vil kræve fortolkning og udfyldning. Som følge heraf vil detaljerede regler være statiske og dermed alene kunne anvendes på de på forhånd fastsatte forhold, hvorimod mindre detaljerede retsregler vil være mere dynamiske og fleksible, og derfor vil kunne tilpasses de aktuelle forhold. Når en lovregel udformes, vil der derfor eksistere en grænse for, hvor detaljeret reglen bør og kan være, da alt for detaljerede regler vil medføre en kompleks lovgivning, som konstant vil skulle tilpasses ændringer i samfundet.³³⁶ Omvendt eksisterer der ligeledes en grænse for, hvor generel en lovregel kan og bør være, da alt for generelle regler, vil medføre, at hverken skattesubjekterne eller domstolene kan forudsige retsstillingen, hvilket kan føre til vilkårlig håndhævelse fra domstolenes side samt vidtgående myndighedsudøvelse, da reglen kan bredes ud over ethvert forhold.³³⁷ Samlet vil

³³⁵ Munk-Hansen, Carsten (2012), s. 17

³³⁶ Bolander, Jane; Schmidt, Peter Koerver (2015), s. 30

³³⁷ Rønholdt, Steen (1993), s. 331 f.

hverken fuldstændig detaljerede eller generelle regler være at foretrække, men derimod regler, som ligger i spillerummet mellem disse to ekstremer. En regels optimale placering i dette spillerum afhænger af formålet med reglen.³³⁸

LL § 3 synes særligt at afspejle, at formålet med reglen ikke har kunnet nås effektivt ved en mere specifik regel, da måderne, hvorpå skatteplanlægning foretages, konstant ændres, hvorfor en generel regel er mere optimal, da den kan anvendes på eksisterende såvel som nye skatteplanlægnings-teknikker. Reglen synes dog at tangere mod det generelle ekstrem, hvor hverken skattesubjekterne eller domstolene kan forudsige skattesubjektets retsstilling. Hvordan skattesubjekter og domstole agerer under en sådan usikkerhed behandles nedenfor.

4.4 AGEREN UNDER USIKKERHED

Den usikkerhed, som generelt udformede retsregler indebærer, medfører, at retssubjekterne er nødsaget til at træffe beslutning uden nødvendigvis at kende det pågældende udfald. Angående LL § 3 betyder dette, at selskaberne, når de træffer beslutning om skatteplanlægning, ikke nødvendigvis ved, om denne ageren vil blive omfattet af bestemmelsen. Følgende afsnit kommenterer på, hvordan domstolene forventes at agere ved anvendelse af uklare retsregler, herunder LL § 3, hvorefter selskabers ageren under usikkerhed behandles.

4.4.1 Domstolenes ageren ved uklare regler

Når lovgiver udformer og vedtager regler, er det herefter domstolenes opgave at håndhæve disse. Når reglerne er uklare, vil domstolene skulle fortolke og udfylde reglerne, før disse kan håndhæves over for subjekterne, hvilket den retsdogmatiske metode benyttes til. Ved brug af denne metode og de tilhørende retskilder vil domstolene komme frem til et vist niveau for, hvad der anses for lovlig adfærd.³³⁹ Hvor domstolene placerer dette niveau for lovlighed, vil dog ikke altid være tydeligt for subjekterne, da et sådant niveau ofte kun kan formuleres i vage termer, og ofte alene udtrykkes gennem retspraksis. Tydeligheden af domstolenes niveau og dermed klarheden af retsreglen vil derfor stige i takt med mængden af retspraksis. Tydeligheden af niveauet vil ligeledes afhænge af, hvorvidt de forskellige domstolsinstanser fortolker reglen ens, og dermed træffer ens afgørelse i samme type sager.³⁴⁰ Manglende tydelighed om, hvor dette niveau er beliggende, vil medføre, at

³³⁸ Bentzon, Agnete Weis; Agersnap, Torben (2005), s. 7 ff.

³³⁹ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 31

³⁴⁰ Bolander, Jane; Schmidt, Peter Koerver (2015), s. 29

subjekterne i et område omkring dette niveau vil være usikre på, om reglen finder anvendelse. Subjekterne vil altså ikke alene påvirkes af reglens uklarhed, men også af domstolenes tydelighed omkring, hvilke former for adfærd, der anses for lovlig.

I forhold til omgængelsesklausulerne i LL § 3 må det formodes, at domstolenes fortolkning af reglen og dermed deres anvendelse af reglen, på nuværende tidspunkt er uafklaret og meget usikker, da der på nuværende tidspunkt ikke eksisterer tilstrækkeligt fortolkningsbidrag. Dette vil først være etableret om mange år, da der højst sandsynligt vil skulle stilles præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen.³⁴¹

Da retssædvaner ikke benyttes på skatteområdet, vil domstolene i sidste ende eller som supplement benytte sig af forholdets natur ved fortolkning af omgængelsesklausulerne.³⁴² Forholdets natur betyder, at dommerne vil støtte sig til frie overvejelser, hvilket inkluderer reelle hensyn og værdier samt almindelige principper og retsgrundsætninger. Forholdets natur er altså til et vist punkt udtryk for dommernes sunde fornuft og indeholder herved en form for subjektivitet.³⁴³ At domstolene til en vis grad ved fortolkning af LL § 3 vil benytte sig af forholdets natur, skaber en yderligere usikkerhed for selskaberne og gør deres retsstilling mere uforudsigelig. Endvidere kan dette føre til vilkårlige afgørelser, da forskellige instanser muligvis vil tillægge reglen forskellig rækkevidde.

På nuværende tidspunkt eksisterer der altså ikke fra domstolenes side et niveau for, hvilken form for aktivitet, der anses for lovlig efter LL § 3, hvilket påfører selskaberne, en stor usikkerhed.

4.4.2 Selskabers ageren under usikkerhed

Anvendelsesområdet for LL § 3 er uklart, hvilket medfører stor usikkerhed for multinationale selskaber, der anvender direktiverne eller indgåede DBO'er. Som følge af reglens uklarhed er det ikke muligt for selskaberne på forhånd at forudsige, hvornår denne vil finde anvendelse, hvorfor international skatteplanlægning indebærer en risiko for, at selskaberne bliver mødt med et krav om en ekstra skattebetaling, dvs. at Danmark vil pålægge en kildeskat, og at "det andet land" eventuelt vil pålægge en selskabsskat. Når selskaberne skal vurdere, om de skal indgå i international skatteplanlægning, er det derfor nødvendigt at inddrage den usikkerhed, der følger af LL § 3.

³⁴¹ Michelsen, Aage (2015), s. 149

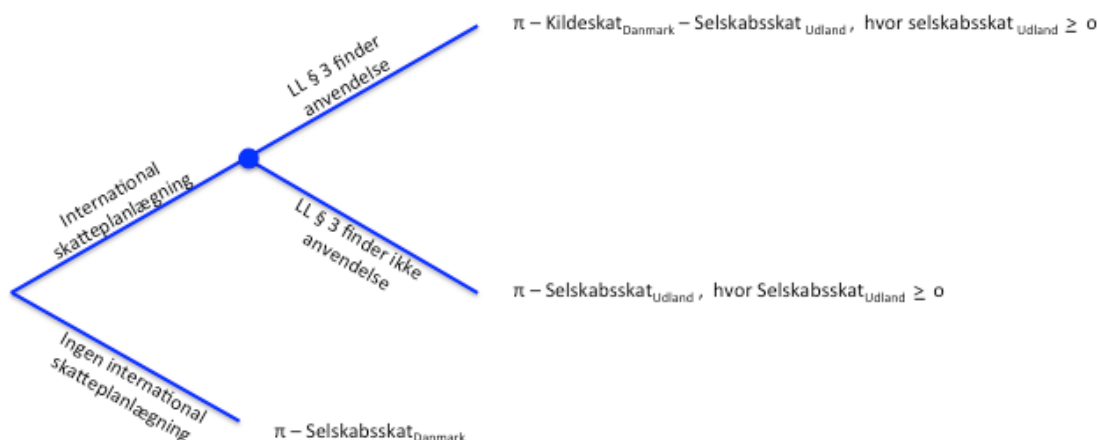
³⁴² Michelsen, Aage et al., (2015) s. 135 f.

³⁴³ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 191 ff.

Økonomiske beslutninger, herunder beslutning om international skatteplanlægning, der foretages under usikkerhed, kan grundlæggende betragtes som et spil.³⁴⁴

Når selskaber skal træffe beslutning om, hvorvidt de ønsker at indtræde i en given aktivitet, her skatteplanlægning ved brug direktiver eller DBO'er, er det relevant at betragte den forventede værdi (Expected Value, EV) af spillets mulige udfald. Den forventede værdi udgør det vægtede gennemsnit af de mulige udfald, hvor vægtningen afhænger af sandsynligheden for de pågældende udfald.³⁴⁵

Der er to mulige udfald af international skatteplanlægning set i forhold til LL § 3: 1) LL § 3 finder anvendelse, hvorved selskabet pålægges en ekstra skattebyrde og 2) LL § 3 finder ikke anvendelse, hvorfor den opnåede fordel efter direktiverne eller DBO'erne fortsat er gældende. Dette spil kan illustreres som nedenfor:



Figur 3.1.

Sandsynligheden for, at LL § 3 finder anvendelse, noteres $P_{LL \text{ § 3}}$, mens sandsynligheden for, at LL § 3 ikke finder anvendelse, noteres $(1 - P_{LL \text{ § 3}})$.³⁴⁶ Den forventede værdi af at indgå i international skatteplanlægning bliver herved:

$$EV_{\text{int. sk. planlægning}} = P_{LL \text{ § 3}} \cdot (\pi - \text{Kildeskat}_{\text{Danmark}} - \text{Selskabsskat}_{\text{Udland}}) + (1 - P_{LL \text{ § 3}}) \cdot (\pi - \text{Selskabsskat}_{\text{Udland}}), \quad \text{hvor } \text{Selskabsskat}_{\text{Udland}} \geq 0 \quad (1)$$

Den forventede værdi ved at undlade at skatteplanlægge bliver:

$$EV_{\text{Ingen int. sk. planlægning}} = \pi - \text{Selskabsskat}_{\text{Danmark}} \quad (2)$$

³⁴⁴ Dutta, Prajit K. (1999), s. 436

³⁴⁵ Frank, Robert H. (2010), s. 179 f.

³⁴⁶ Ibid., s. 180

I tilknytning til LL § 3, er der kun usikkerhed forbundet med at udføre international skatteplanlægning, idet udfaldet af ikke at anvende skatteplanlægning blot medfører selskabsskat. Det kan heraf udledes, at selskaber udelukkende vil vælge at agere under usikkerhed, dvs. skatteplanlægge, såfremt selskabernes forventede værdi herved overstiger værdien ved at undlade brug af skatteplanlægning. Selskaber vil altså udelukkende vælge at skatteplanlægge, såfremt:

$$EV_{int. sk. planlægning} > EV_{Ingen int. sk. planlægning} \quad (3)$$

I forhold til LL § 3 er det på nuværende tidspunkt svært at fastlægge sandsynligheden af at blive omfattet (P_{LL § 3}) kontra ikke-omfattet (1 - P_{LL § 3}). I den juridiske analyse blev det fundet, at skatteydernes bevisbyrde er sværere at løfte end myndighedernes, hvilket antyder, at sandsynligheden for at blive omfattet er større end for ikke at blive omfattet. Endvidere er det påpeget i den juridiske analyse, at bestemmelsen forventes at få et bredt anvendelsesområde, da mange forskellige typer af skatteplanlægning umiddelbart kan anses for omfattet. Dette brede anvendelsesområde antyder ligeledes, at sandsynligheden for at blive omfattet af reglen er større end sandsynligheden for ikke at blive omfattet. Det må dog antages, at sandsynligheden for at blive omfattet kontra ikke omfattet, ikke kan fastlægges klart, da dette må afhænge af den konkrete transaktion.

Selskabets valg af adfærd afhænger endvidere af størrelsen af skatter i Danmark og udlandet. Umiddelbart anses den danske selskabsskat for værende på samme niveau som mange andre europæiske samt OECD-landes.³⁴⁷ Den danske kildeskat er i visse tilfælde højere end andre landes, og endvidere skal det bemærkes, at visse lande slet ikke indeholder kildeskat.³⁴⁸ Derudover er det forskelligt, hvordan lande opgør den skattepligtige indkomst, eksempelvis medtager nogle lande ikke mobil indkomst fra visse interne transaktioner.³⁴⁹ Hvor meget skatter vil påvirke selskabets adfærd afhænger af de involverede landes selskabsskatter, hvorfor det er svært at fastlægge, hvor stor påvirkningen er. Dog vil påvirkningen fra de danske kildeskatter og manglende indregning i indkomstgrundlaget have en vis betydning. Kildeskatten vil medvirke til, at selskaber ikke vil skatteplanlægge, da denne vil mindske den forventede værdi, hvorimod manglende indregning vil medvirke til, at selskaber gerne vil skatteplanlægge, da denne vil forhøje den forventede værdi. De to faktorer trækker altså i hver sin retning.

³⁴⁷ Tax Justice Network (2015), s. 1

³⁴⁸ Schmidt, Peter Koerver et al. (2015), s. 268

³⁴⁹ Deloitte (2015), s. 15

Hvorvidt et selskab vil vælge at skatteplanlægge eller ej, vil afhænge af den konkrete transaktion. Da der er en vis sandsynlighed for at blive omfattet af reglen, og da de danske kildeskatter har betydning, tyder det på, at nogle selskaber vil afstå fra at skatteplanlægge under den nuværende usikkerhed. Det at nogle indkomsttyper i visse lande ikke medregnes i indkomstopgørelsen taler derimod for, at visse selskaber fortsat vil skatteplanlægge.

4.4.2.1 Selskabers ageren under uklare retsregler

Hvis indholdet af en retsregel er kendt for de omfattede retssubjekter, herunder selskaber, vil disse have grundlag for at anvende den givne regel på korrekt vis, dvs. på den af lovgiver tiltænkte måde, hvorfor den forbundne risiko for forkert anvendelse af reglen er lav.

Når den pågældende retsregel er uklar, giver denne anledning til individuel fortolkning. Som følge heraf vil anvendelsen af reglen ikke nødvendigvis ske på ensartet vis, idet visse retssubjekter må formodes at foretage en indskrænkende fortolkning, mens andre vil foretage en udvidende fortolkning. Endvidere medfører uklare regler en sandsynlighed for, at retssubjekter, der overtræder den pågældende regel, ikke omfattes, hvilket skaber incitament for disse til i for lav grad at leve op til reglens standard.

Usikkerhed kan ligeledes medføre, at lovgiver og retssubjekter fortolker reglen forskelligt, hvorved parterne kommer frem til et forskelligt anvendelsesområde, og retssubjektet derfor ubevidst ender med udvise en for lav eller for høj adfærd. Usikkerheden skaber samtidig incitament for, at retssubjektet i for høj grad overholder den pågældende regel, for derved at kunne vide sig sikker på ikke at blive omfattet af reglen. Såfremt en regel er uklar, risikeres det at retssubjekterne udviser en adfærd, der enten er mere eller mindre forsigtig end, hvad lovgiver tilsigter, hvilket kan føre til, at reglen hindrer den frie samhandel.³⁵⁰

4.4.2.1.1 Den optimale skatteplanlægningsadfærd

Måden, hvorpå retssubjekterne handler, afhænger af flere faktorer, herunder 1) graden af usikkerhed forbundet med den givne regel, 2) fordelene og omkostningerne forbundet med den lovregulerede aktivitet og 3) sanktionen ved ikke at overholde reglen.³⁵¹ Angående LL § 3 formodes 1) usikkerheden på nuværende tidspunkt at være af en vis størrelse, mens det lægges til grund, at 2) fordelene og omkostningerne ved den lovregulerede aktivitet udgøres af fordelene og ulemperne ved at udføre skatteplanlægning. Endeligt lægges det til grund, at 3) sanktionen udgøres af det krav

³⁵⁰ Craswell, Richard; Calfee, John E. (1986), s. 279 f.

³⁵¹ Ibid., s. 280

om en ekstra skattebetaling, som selskabet vil blive mødt med, såfremt reglen finder anvendelse.

Retssubjektets ageren, dvs. om dette vil overholde bestemmelsen i større eller mindre grad end tiltænkt af lovgiver, kan belyses ved at lægge til grund, at et risikoneutralt³⁵² retssubjekt udøver adfærden x samt handler profitmaksimerende. Ved adfærden x opnår retssubjektet fordelene $B(x)$ (Benefits), mens øvrige parter som følge af denne adfærd opnår tabet $L(x)$ (Losses). Den socialt optimale adfærd x^* er den adfærd, der maksimerer differencen mellem $B(x)$ og $L(x)$. Denne difference kan maksimeres enten ved at øge $B(x)$ eller mindske $L(x)$. Det fås altså, at den socialt optimale adfærd x^* opfylder betingelsen $B'(x^*)=L'(x^*)$, da den maksimale difference mellem $B(x)$ og $L(x)$ findes ved at differentiere differencen med hensyn til x^* og sætte udtrykket lig 0, altså:³⁵³

$$(B - L)'(x^*) = 0 \Leftrightarrow B'(x^*) = L'(x^*) \quad (4)$$

For LL § 3 antages det, at $B(x)$ er den opnåede skattefordel, som et retssubjekt opnår ved brug af skatteplanlægning, mens $L(x)$ formodes at være de skatteindtægter, som resten af samfundet mister herved. Endvidere lægges det til grund, at den "bøde", den ekstra skattebetaling, som pålægges for at overtræde den pågældende retsregel, er lig $L(x)$, og at sandsynligheden for, at denne bliver pålagt, som følge af reglens usikkerhed, er $F(x)$.³⁵⁴

Retssubjektets forventede profit ved at anlægge et adfærdsniveau svarende til x er altså:

$$P(x) = B(x) - F(x) \cdot L(x) \quad (5)$$

Den maksimale værdi af $P(x)$ fås ved at differentiere udtrykket med hensyn til x og sætte dette lig 0 samt lægge til grund, at $B'(x^*)=L'(x^*)$. Herved fås:

$$\frac{dP}{dx} = (1 - F(x^*)) \cdot L'(x^*) - F'(x^*) \cdot L(x^*) \quad (6)$$

Første led udgøres af sandsynligheden for ikke at ifalde en bøde $(1-F(x^*))$ samt de fordele, der opnås ved ikke at ifalde denne $(L'(x^*))$, hvorfor fordelene søges maksimeret ved at reducere adfærden x . Første led udtrykker altså de forventede fordele ved at reducere en potentiel bøde ved at mindske x .

Andet led udgøres af sandsynligheden for at ifalde en bøde $(F'(x^*))$ samt størrelsen af bøden herved. Ved at mindske adfærden x søges sandsynligheden for at ifalde denne bøde derfor mindsket.

Samlet set ønskes første led maksimeret og andet led minimeret for derved at maksimere differencen herimellem og derved maksimere profitten $(P(x))$.

³⁵² Frank, Robert H. (2010), s. 183

³⁵³ Craswell, Richard; Calfee, John E. (1986), s. 280 f.

³⁵⁴ Ibid., s. 280 f.

Hvis udtrykket er negativt, vil retssubjektet have incitament til i for høj grad at overholde retsreglen, dvs. anlægge adfærden $x > x^*$. Er udtrykket derimod positivt, vil reglen i for lav grad overholdes, hvilket vil sige, at $x < x^*$.³⁵⁵

På nuværende tidspunkt, hvor stor usikkerhed er forbundet med LL § 3, og hvor mængden af fortolkningsbidrag er sparsomt, er den accepterede grænse for skatteplanlægning og risikoen herved, endnu ukendt. Bestemmelsens usikkerhed må forventes at føre til både en for høj og en for lav grad af overholdelse af reglen, da nogle selskaber fortsat vil udføre aggressiv skatteplanlægning, dvs. udvise en adfærd $x > x^*$, mens andre helt eller delvist vil afholde sig fra skatteplanlægning, dvs. udvise en adfærd $x < x^*$. Nogle selskaber vil altså fortolke reglen udvidende, mens andre vil fortolke den indskrænkende. Da reglen i visse tilfælde kan føre til dobbeltbeskatning, vil selskaber, som kan risikere dette, formentlig i højere grad udvise en mere forsigtig adfærd end selskaber, som risikerer enkeltbeskatning. Den ekstra beskatning ($L(x)$), som selskabet kan ifalde, påvirker altså selskabets adfærd (x). Da fordelene ved skatteplanlægning ($B(x)$) udgøres af hel eller delvis skattefritagelse, dvs. en relativ stor fordel, må det endvidere forventes, at nogle selskaber fortsat vil udføre aggressiv skatteplanlægning.

4.5 DEN INTERNATIONALE INDSATS

Omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, er som nævnt en implementering af M-/D-direktivets tilsvarende klausul, som alle medlemsstater var pålagt at implementere inden den 31. december 2015.³⁵⁶ Klausulen i M-/D-direktivet er en minimumsbestemmelse, hvorfor landene må anvende mere restriktive foranstaltninger til at nå bestemmelsens mål. Indførelse af klausulen i M-/D-direktivet er et resultat af, at der på EU-plan har været behov for et ens og samordnet initiativ for at hindre aggressiv skatteplanlægning, da skatteplanlægning netop er et resultat af medlemsstaternes forskellige skatteregler.³⁵⁷

Omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 3, er et resultat af OECD's anbefaling om, at alle lande bør have en omgåelsesklausul i national lovgivning såvel som i alle DBO'er for at imødegå aggressiv skatteplanlægning.³⁵⁸ Skatteplanlægning er et resultat af globaliseringen og landenes forskellige regler, hvorfor skatteplanlægning ligeledes er et globalt problem. OECD's anbefaling er derfor

³⁵⁵ Craswell, Richard; Calfee, John E. (1986), s. 282

³⁵⁶ Ottosen, Arne Möllin (2015), afs. 1.1

³⁵⁷ COM(2013) 814 final af 25. november 2013, afs. 1

³⁵⁸ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 14

rettet mod alle lande, da en fælles implementering og identisk anvendelse er nødvendig for at hindre skatteplanlægning.³⁵⁹

Effektiviteten af ovenstående omgåelsesklausuler er altså afhængig af, at der sker en fælles implementering og ensartet anvendelse af reglen. Landene er hermed indbyrdes afhængige af hinanden, da den samlede gruppe lande vil påvirkes af det enkelte lands valg om implementering og anvendelse af reglen. Manglende indførelse af reglen eller manglende strømlinet anvendelse medfører, at værnet mod aggressiv skatteplanlægning ikke vil fungere optimalt, hvorfor nogle selskaber fortsat vil kunne skatteplanlægge, hvilket vil have påvirkning på de øvrige landes skatteindtægter.

Valget om implementering og anvendelse af reglen, kan altså anses som et spil, hvor landene udgør spillerne, og effektiviteten af reglen er målet, hvilket kun kan opnås ved samarbejde. Disse situationer opstilles i to spil-matrix og analyseres derefter. Spil 1 repræsenterer landenes valg mellem at implementere/udvide klausulen eller ej, hvilket særligt gør sig gældende for OECD's omgåelsesklausul samt for muligheden for at udvide anvendelsesområdet af M-/D-direktivets klausul. Spil 2 repræsenterer situationen, hvor landene kan fortolke reglen indskrænkende eller udvidende, og dermed ens eller forskelligt.

4.5.1 Spil 1 – Landenes valg om implementering

Ethvert spil består af et sæt regler, som beskriver 4 elementer: 1) hvem der spiller, 2) hvilke mulige strategier spillerne har tilgængelige, 3) hvornår spillerne skal spille, og 4) hvor meget spillerne kan vinde eller tabe afhængig af deres valg.³⁶⁰

I dette spil indgår to spillere, land X og de øvrige lande. Spillerne har samme to strategier, enten 1) at indføre/udvide reglen eller 2) ikke at indføre/udvide reglen. Spillerne antages at vælge simultant, da landenes valg om implementering af OECD's omgåelsesklausul eller valg om at udvide EU-klausulens anvendelsesområde kan foretages til enhver tid og ikke er betinget af andres valg om implementering eller udvidelse. Hvor meget spillerne kan vinde eller tabe illustreres ved det payoff, som spillerne opnår i spillet.³⁶¹ For nærværende spil vil spillernes payoff blive målt i skatteprovenu fra selskaber, dvs. hvor mange skatte kroner selskabernes skattepligtige indkomst genererer. Hvor

³⁵⁹ OECD/G20, Action 6 (2015), s. 9

³⁶⁰ Dutta, Prajit K. (1999), s. 17

³⁶¹ Ibid., s. 23

meget skatteprovenu, spillerne vinder eller taber, afhænger af den adfærd, som selskaberne i de enkelte lande udviser som følge af det valg, som landet har foretaget i spillet. Selskaberne kan som konsekvens af landenes valg enten vælge at flytte deres aktivitet (N), foretage aggressiv skatteplanlægning (T) eller forholde sig passive.

Såfremt alle lande implementerer omgåelsesklausulen eller udvider anvendelsesområdet, vil skatteplanlægning ikke foretages og selskaberne vil ikke kunne flytte deres aktivitet for at undgå klausulen. Landene vil herved opnå det skatteprovenu, som almindelige konkurrenceparametre vil generere (X), dvs. uden skatteplanlægning. Såfremt et land vælger at implementere en omgåelsesklausul eller udvide anvendelsesområdet, vil selskaberne beliggende i dette land, som fastslået i kapitel 3, have incitament til at flytte deres aktivitet til et land, som ikke har implementeret denne klausul, da de herved fortsat kan skatteplanlægge og herigennem reducere deres effektive skattesats.³⁶² Som konsekvens heraf vil det ene land miste skatteprovenuet fra disse selskaber (X-N), hvorimod det andet land vil modtage dette skatteprovenu (X+N). Vælger et land derimod ikke at implementere klausulen eller ikke at udvide anvendelsesområdet, vil selskaber, som fastslået i kapitel 3, som konsekvens heraf foretage skatteplanlægning, hvorved landet vil miste skatteprovenu fra selskaberne (X-T). Dog vil landet, såfremt de øvrige lande har indført klausulen, modtage yderligere skatteprovenu fra selskaber, som flytter deres aktivitet til landet (X+N-T).

Det skatteprovenu, som et land forventes at tabe ved flytning af selskabers aktivitet, antages at være større end det skatteprovenu, som et land forventes at tabe, når selskaber skatteplanlægger, da selskaber ved skatteplanlægning trods alt bevarer deres aktivitet i landet ($N > T$). Det antages endvidere, at landenes skatteprovenu med almindelige konkurrenceparametre (X) er større end det skatteprovenu, som mistes, hvis selskaberne flytter deres aktivitet (N), da ikke alle selskaber må forventes at ville flytte ($X > N$). Endvidere antages landenes skatteprovenu (X) at være større end provenuet, som mistes ved skatteplanlægning (T), da det antages, at selskaber ikke vil kunne flytte hele deres skattepligtige indkomst ved skatteplanlægning og skatteplanlægning alene vil være aktuelt for multinationale selskaber ($X > T$).

Ovenstående adfærd er både relevant i forhold til implementering af OECD-klausulen og udvidelse af anvendelsesområdet for EU-klausulen. De faktiske værdier af N og T vil dog være lavere for udvidelse af EU-klausulens vedkommende, da klausulen trods alt vil blive implementeret i sin

³⁶² Se afs. 3.6.3

minimumstilstand, således at nogle former for aggressiv skatteplanlægning vil blive imødegået, og da det må antages, at færre selskaber vil agere i forhold til, om lande har udvidet klausulens anvendelsesområde.

Spillets terminologi er som følger:

- X = Skatteprovenu med almindelige konkurrenceparametre
- N = Skatteprovenu som flyttes som følge af, at selskaber flytter deres aktivitet til andre lande uden omgåelsesklausulen
- T = Skatteprovenu som mistes som følge af, at selskaber udfører aggressiv skatteplanlægning
- $X > N > T$

	Land X		
Øvrige lande		Implementere / udvide	Ikke-implementere /-udvide
	Implementere / udvide	X , X	X - N , X + N - T
	Ikke-implementere /-udvide	X + N - T , X - N	X - T , X - T

Figur 3.2: Spil 1, Valg mellem at implementere/udvide eller ikke-implementere/-udvide

Ved løsning af et spil antages det, at spillerne er rationelle, hvorfor spillerne til enhver tid vil vælge den strategi, som maksimerer eget payoff. Selvom spillerne ikke kender deres modstanders strategi, vil spillerne tage hensyn til modstanderens mulige strategier ved valg af deres egen optimale strategi. Hvordan et spil som ovenstående skal løses, afhænger af mængden af kommunikation mellem spillerne, dvs. hvor meget information spillerne har om modstanderens mulige strategier og payoff.³⁶³

Såfremt spillerne ikke har haft mulighed for at kommunikere, vil spillerne vælge deres dominerende strategi, som ligegyldigt modstanderens valgte strategi, vil maksimere spillerens payoff.³⁶⁴ I

³⁶³ Biswas, Tapan (1997), s. 119

³⁶⁴ Dutta, Prajit K. (1999), s. 41

ovenstående matrix vil begge spilleres dominerende strategi være *ikke-implementere/-udvide*, da $X + N - T > X$ og $X - T > X - N$.

Såfremt spillerne har haft mulighed for at kommunikere, men ikke kan binde hinanden til et valg, vil spillerne kende hinandens mulige strategier og payoff. Spillerne vil i denne situation vælge den strategi, der givet modstanderens bedste strategi, er den bedste. Formodningen om modstanderens bedste strategi skal endvidere være korrekt. Denne måde at løse et spil på vil føre til et Nash-equilibrium. I dette equilibrium vil ingen af parterne have incitament til at rykke sig.³⁶⁵ Givet at de øvrige landes bedste strategi er ikke at implementere eller udvide klausulen, og denne formodning er korrekt, vil Land X's bedste strategi være ikke at implementere eller udvide klausulen, da $X - T > X - N$.

Ovenstående løsninger viser, at spillerne, både med og uden kommunikation, vil have incitament til ikke at implementere eller udvide klausulen, dvs. at man vil ende i en situation, hvor selskaber fortsat har mulighed for at skatteplanlægge. I ovenstående spil ender parterne i tilstanden $X - T$, $X - T$, dvs. hvor ingen af parterne implementerer eller udvider klausulen, hvilket også er Nash-equilibrium. Denne situation er Pareto-efficient, da det ikke er muligt for den ene part at foretage en reallokering uden, at nogen af parterne stilles værre.³⁶⁶ Denne situation udgør dog ikke den Kaldor-Hicks-efficiente tilstand, dvs. den situation, som maksimerer parternes samlede nytte.³⁶⁷ I ovenstående spil vil den Kaldor-Hicks-efficiente tilstand være, hvor begge lande implementerer eller udvider reglen, dvs. i X , X . I ovenstående spil vil parterne ud af de 4 mulige tilstande ende i den tilstand, som er dårligst set i forhold til parternes samlede nytte.

Spillet udgør hermed et non-cooperative spil, hvor parterne ikke har incitament til at vælge at samarbejde, trods det at samarbejde vil give parterne det bedste samlede resultat. Et non-cooperative spil, som det ovenstående, udgør et klassisk prisoner's dilemma.³⁶⁸

Ovenstående spil indikerer altså, at lande ikke har incitament til at indføre OECD's omgåelsesklausul, trods at en fælles indførelse heraf er det mest effektive middel til at modvirke skatteplanlægning. Endvidere vil de europæiske medlemsstater heller ikke have incitament til at udvide anvendelsesområdet af omgåelsesklausulen i M-/D-direktivet.

³⁶⁵ Dutta, Prajit K. (1999), s. 63

³⁶⁶ Miceli, Thomas J. (2004), s. 4

³⁶⁷ Ibid., s. 6

³⁶⁸ Se Biswas, Tapan (1997), s. 137 f.

I prisoner's dilemma, hvor kommunikation forinden valg af strategi er mulig, vil parterne trods denne kommunikation stadig ikke opnå den tilstand, som samlet er mest efficient. Årsagen hertil er, at kommunikationen ikke er troværdig, da den ikke binder parterne, hvorfor parterne kan snyde hinanden, selvom de har afgivet et løfte om samarbejde. Såfremt parterne var bundet af det afgivne løfte og blev sanktioneret, såfremt dette ikke blev opholdt, ville parternes valg afspejle dette løfte, og samarbejde mellem parterne ville opnås.³⁶⁹

Da OECD's omgængelsesklausul alene udgør en anbefaling, vil landene trods fælles enighed om implementering, ikke have incitament til at implementere denne, da implementering, ifølge ovenstående spil, ikke er den bedste strategi. OECD's anbefaling blev dog vedtaget i enighed af G20-landene³⁷⁰, hvilket som udgangspunkt udgør et løfte, men spørgsmålet er, om dette løfte er troværdigt. Set i forhold til ovenstående spil vil landene have incitament til at løbe fra et evt. løfte om implementering, da dette er en bedre strategi. Hvis det at løbe fra et løfte medfører konsekvenser, vil lande ikke have incitament til at løbe fra løftet, såfremt konsekvenserne herved er større end fordelene.

Trods at medlemsstaterne, ifølge ovenstående spil, ikke har incitament til at implementere omgængelsesklausulen, som anbefalet af OECD, har flere lande, inklusiv Danmark, implementeret reglen. Grundlaget for denne implementering kan skyldes, at der med G20-landenes fælles vedtagelse foreligger en indirekte konsekvens, idet landenes omdømme er på spil. Landenes interageren, kan anses som et gentaget spil. I et gentaget spil med et ukendt antal runder vil spillerne opbygge tillid og dermed ikke have incitament til at snyde hinanden, da god adfærd bliver belønnet med god adfærd fra de øvrige spillere.³⁷¹ Vedtagelsen kan derfor være et udtryk for, at landenes mangeårige samarbejde har medført tillid, hvorfor landene har tiltro til, at andre lande ligeledes vil indføre klausulen.

Som en del af OECD's 15 anbefalinger, blev det vedtaget, at der skulle gives mandat til udarbejdelse af et multilateralt instrument, som skal implementere alle OECD's anbefalinger i både eksisterende og fremtidige DBO'er³⁷², således at der ikke skal ske en individuel implementering i

³⁶⁹ Biswas, Tapan (1997), s. 138

³⁷⁰ Børjesson, Jan; Tingleff, Bettina Gade (2015)

³⁷¹ Dutta, Prajit K. (1999), s. 230

³⁷² OECD/G20, Action 15 (2015), s. 13

hver enkelt DBO. Dette multilaterale instrument er pt. under udarbejdelse, hvilket ca. 90 lande deltager i, og forventes færdig i slutningen af 2016.³⁷³

Når dette multilaterale instrument er udarbejdet, er det dog frivilligt, om lande vil implementere instrumentet.³⁷⁴ Grundet DBO-landenes deltagelse i udarbejdelsen af instrumentet, må det forventes, at mange lande vil implementere instrumentet, hvorved omgåelsesklausulen, som er en del af instrumentet, vil blive implementeret. Dette medfører umiddelbart, at omgåelsesklausulen bliver mere effektiv, da flere lande end på nuværende tidspunkt vil have klausulen implementeret.

EU-Kommissionen har netop stillet forslag om indførelse af OECD's anbefalingerne inden for 6 specifikke områder, hvor omgåelsesklausulen er et af områderne.³⁷⁵ Den foreslåede omgåelsesklausul tager dog ikke blot sigte på fordele opnået efter DBO'erne, men fordele opnået efter gældende skattelovgivning, dvs. at bestemmelsen får et bredere anvendelsesområde end den af OECD foreslåede klausul. Reglen udgør hermed en generel omgåelsesklausul inden for skatteområdet. Formålet med forslaget er at sikre en fælles implementering af OECD's anbefalinger, da en individuel implementering kan føre til divergenser i medlemsstaternes regler, og dermed skabelse af nye muligheder for skatteplanlægning, hvilket vil underminere indsatsen for at bekæmpe denne adfærd.³⁷⁶ En koordineret og fælles implementering er altså altafgørende for, at formålet om imødegåelse af skatteplanlægning kan opnås effektivt. Såfremt dette direktiv vedtages vil medlemsstaterne være forpligtet til at implementere en generel omgåelsesklausul på skatteområdet. Da medlemsstaterne ifølge ovenstående spil ikke har incitament til at indføre klausulen, hvis implementering er frivillig, vil tvungen implementering være en effektiv måde at få reglen implementeret i landenes nationale lovgivning, hvorved målet om at imødegå skatteplanlægning i højere grad opnås.

Medlemslandene i EU er, som følge af deres medlemsskab i EU, forpligtet til at implementere omgåelsesklausulen i M-/D-direktivet, hvilket i lyset af ovenstående spil, er et effektivt middel til at få reglen implementeret i alle medlemsstater, da frivillig implementering ikke vil føre til implementering i alle lande. Tvungen implementering er hermed et effektivt middel til at imødegå skatteplanlægning, da skatteplanlægning ifølge Kommissionen og Parlamentet alene kan imødegås

³⁷³ Ernst & Young (2015)

³⁷⁴ OECD/G20, Action 15 (2015), s. 13

³⁷⁵ COM(2016) 26 final af 28. januar 2016, s. 3 f.

³⁷⁶ Ibid., s. 3 f.

effektivt, hvis alle medlemsstater implementerer reglen og anvender denne ens.³⁷⁷ Trods at klausulen alene er en minimumsbestemmelse, dvs. at medlemsstaterne gerne må udvide klausulens anvendelsesområde³⁷⁸, vil medlemsstaterne som følge af ovenstående spil ikke have incitament til at gøre dette.

Samlet kan det udledes, at lande ikke vil have incitament til at indføre omgåelsesklausulerne eller udvide deres anvendelsesområde, hvilket vil medføre, at der ikke opnås en Kaldor-Hicks-efficient tilstand, dvs. den tilstand, som maksimerer den samlede nytte, hvilket også er den tilstand, hvor skatteplanlægning elimineres, og selskaber i stedet agerer ud fra almindelige konkurrenceparametre.

Det skal dog bemærkes, at nogle lande, eksempelvis Canada og Tyskland, allerede har en generel omgåelsesklausul i national lovgivning.³⁷⁹ I forlængelse heraf må det formodes, at lande, som allerede har en omgåelsesklausul, ikke vil indføre ovenstående klausuler i national lovgivning eller udvide anvendelsesområdet, såfremt deres eksisterende generalklausuler allerede finder anvendelse på de givne forhold.

4.5.2 Spil 2 – Landenes fortolkningsstil

Spil 2 tager udgangspunkt i, at spillerne har indført omgåelsesklausulerne, og deres fortolkning heraf enten er 1) indskrænkende eller 2) udvidende. I spil 2 indgår samme spillere som ovenfor, og disse vælger ligeledes simultant, da landenes anvendelse af både OECD- og EU-klausulen på nuværende tidspunkt ikke er underlagt fælles retningslinjer, da sådanne retskilder ikke er eksisterende.

Såfremt lande fortolker indskrænkende, vil denne fortolkning føre til, at reglen ikke anvendes på tilfælde, som ellers ville falde inden for klausulens påtænkte anvendelsesområde. Fortolkes reglen i stedet udvidende, anvendes reglen på tilfælde, som ellers ville falde uden for klausulens tiltænkte anvendelsesområde.³⁸⁰

Selskabernes mulige ageren i spil 1 antages ligeledes at forekomme under spil 2, dog således at deres adfærd i stedet afhænger af, hvordan landene fortolker reglerne, og hvorvidt fortolkningen er ens. Såfremt reglerne fortolkes ens og udvidende, vil selskaberne ikke flytte eller skatteplanlægge, og landene vil hermed få det skatteprovenu, som følger af almindelige konkurrenceparametre (X).

³⁷⁷ COM(2013) 814 final af 25. november 2013, afs. 1 og Dokument nr. A7-0243/2014, s. 12 f.

³⁷⁸ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 130

³⁷⁹ PricewaterhouseCoopers (2012)

³⁸⁰ Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011), s. 217 f.

Hvis landene derimod fortolker reglerne forskelligt, dvs. nogle indskrænkende og andre udvidende, antages det, at selskaberne herved har incitament til både at skatteplanlægge (T) og flytte deres aktivitet til lande med indskrænkende fortolkning (N). Endvidere antages det, at såfremt landene fortolker klausulerne indskrænkende, vil der eksistere mulighed for skatteplanlægning (T).

De faktiske værdier af N og T vil være lavere i spil 2 end i spil 1, da der tages udgangspunkt i en situation, hvor klausulerne er indført, dvs. at skatteplanlægning i en vis grad vil være begrænset. Ligeledes vil ikke alle selskaber agere efter, hvorvidt myndighederne fortolker reglerne indskrænkende eller udvidende. Nedenfor er spillet opsat i en matrix.

	Land X		
		Implementere og <u>udvidende</u> fortolkning	Implementere og <u>indskrænkende</u> fortolkning
Øvrige lande	Implementere og <u>udvidende</u> fortolkning	X , X (<i>ens/forskellig fortolkning</i>)	X - N , X + N - T (<i>forskellig fortolkning</i>)
	Implementere og <u>indskrænkende</u> fortolkning	X + N - T , X -N (<i>forskellig fortolkning</i>)	X - T , X - T (<i>ens/forskellig fortolkning</i>)

Figur 3.3: Spil 2, Valg mellem udvidende eller indskrænkende fortolkning

Af ovenstående matrix kan det udledes, at spillerne har incitament til at fortolke reglerne indskrænkende, da denne strategi er dominerende. Såfremt spillerne fortolker reglerne indskrænkende, vil dette føre til, at reglerne ikke anvendes på alle tiltænkte tilfælde af skatteplanlægning, hvorfor reglerne ikke får den tiltænkte virkning. Da begge parter fortolker reglen indskrænkende, ender de i tilstanden $X-T$, $X-T$, som er Nash-equilibrium og ligeledes er Pareto-efficient.

I ovenstående spil vil den Kaldor-Hicks-efficiente tilstand være, hvor alle lande fortolker reglen udvidende, og dermed også ens, da skatteplanlægning ikke vil forekomme i denne tilstand, X , X . Denne tilstand vil dog medføre, at konkurrencen og samhandlen på det indre marked påvirkes negativt, da virksomhedsageren, som ikke har aggressiv skatteplanlægning for øje, vil blive omfattet af reglen.

Parterne vil altså i ovenstående spil med 4 mulige tilstande ende i den tilstand, som, set i forhold til parternes samlede nytte, er dårligst. Ovenstående spil udgør også et prisoner's dilemma, dvs. et non-cooperativt spil, hvor spillerne vil have incitament til ikke at vælge at samarbejde, selvom dette vil give parterne det bedste samlede resultat.

Af ovenstående kan det udledes, at en fortolkning i overensstemmelse med klausulens formål, er nødvendig for at ramme den tiltænkte adfærd.

Ovenstående spil belyser ligeledes problematikken om ens og forskellig fortolkning, hvilken ligeledes er afgørende for reglens effektivitet. Parterne har ikke incitament til at fortolke reglerne ens, da afvigelse fra en fælles fortolkningsstil kan medføre en fordel for det afvigende land, i form af ekstra skatteprovenu fra selskaber, som flytter deres aktivitet. Dette medfører, at der ikke opnås en Kaldor-Hicks-efficient tilstand, dvs. en tilstand uden aggressiv skatteplanlægning.

Af ovenstående diskussion kan det udledes, at en ens fortolkning af omgængelsesklausulen er nødvendig for, at klausulen får den tiltænkte virkning.

På nuværende tidspunkt eksisterer der ingen klare retningslinjer for, hvordan lande skal fortolke omgængelsesklausulerne, hvilket som følge af ovenstående spil vil føre til en forskellig og indskrænkende fortolkning, hvorved klausulen ikke vil få den tiltænkte effekt. For at klausulen får den tiltænkte effekt, er der derfor behov for nogle bindende og fælles retningslinjer, da landene ellers vil afvige herfra, og i stedet agere i egen interesse.

På EU-niveau er medlemsstaterne i sidste ende forpligtet til at stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, såfremt der eksisterer tvivl om fortolkning af regler, som skal være i overensstemmelse med EU-retten.³⁸¹ Denne forpligtelse vil derfor medføre en vis ensrettet fortolkning mellem medlemsstaterne, hvilket dog er betinget af, at domstolene selv er i tvivl og derfor stiller præjudicielle spørgsmål. Endvidere vil EU-praksis, når denne en dag foreligger, føre til nærmere ensretning, da medlemsstaterne er forpligtede til at fortolke i overensstemmelse hermed.

På EU-plan er medlemsstaterne endvidere forpligtede til at fortolke undtagelsesbestemmelser på skatteområdet indskrænkende³⁸², hvilket beskytter de omfattede selskaber samt fører til en i højere grad koordineret fortolkningsstil.

³⁸¹ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010), s. 86

³⁸² Sag C-126/10 Foggia, præmis 44

Omgåelsesklausulen anbefalet af OECD er ikke underlagt nogen fælles fortolkning, hvorfor landene vil fortolke efter egne principper, hvilket kan føre til en forskellig fortolkning og dermed en forskellig anvendelse. Reglen vil som følge heraf ikke få den tiltænkte virkning.

Kommissionen har i forlængelse heraf udstedt en henstilling, hvor de opfordrer til, at medlemsstaterne, såfremt de implementerer omgåelsesklausulen, tilføjer realitetskravet til klausulen.³⁸³ Såfremt medlemsstaterne retter ind herefter, vil der i højere grad opnås en ensrettet fortolkning af OECD's omgåelsesklausul, dog er denne ensretning betinget af, at medlemsstaterne fortolker realitetskravet samt klausulens øvrige elementer ens.

4.6 HVORDAN KAN EFFEKTIVITETEN AF LL § 3 ØGES?

Nærværende afsnit vil opsamle fordele såvel som ulemper ved LL § 3, samt opstille anbefalinger til, hvordan effektiviteten af LL § 3 kan øges.

På nuværende tidspunkt medfører LL § 3 usikkerhed for såvel domstole som selskaber. Dog medfører reglens fleksibilitet, at reglen kan anvendes på eksisterende såvel som nye skatteplanlægningsteknikker. Endvidere vil lande ikke have incitament til at indføre den foreslåede omgåelsesklausul fra OECD eller udvide anvendelsesområdet af omgåelsesklausulen i M-/D-direktivet. Ydermere vil lande, som har indført omgåelsesklausulerne, have incitament til at fortolke disse indskrænkende og forskelligt.

Disse omstændigheder indikerer, at omgåelsesklausulerne på nuværende tidspunkt ikke får den tiltænkte virkning, da disse ikke vil blive et fælles initiativ, og selskaber ikke vil agere i henhold til klausulerne. Som følge heraf er det altså nødvendigt, at der tages initiativer for at fremme omgåelsesklausulernes formål, hvilke diskuteres nedenfor.

4.6.1 De lege ferenda

I forlængelse af ovenstående er det relevant at belyse, hvordan retsregler bør udformes for at opnå det af lovgiver tiltænkte formål, i dette tilfælde at undgå aggressiv skatteplanlægning.

Af ovenstående kan det udledes, at anvendelse af en generel omgåelsesklausul kan være et effektivt middel til at hindre aggressiv skatteplanlægning, særligt fordi selskaber har incitament til at fortsætte med at skatteplanlægge, og konstant finde nye metoder til at gøre dette.

³⁸³ C(2016) 271 final af 28. januar 2016, s. 3

I forhold til OECD's omgåelsesklausul synes der særligt behov for, at alle lande pålægges at implementere reglen, hvorved den Kaldor-Hicks-efficiente tilstand, hvor den størst mulige samlede nytte, vil kunne nås, da aggressiv skatteplanlægning hermed hindres. En sådan løsning forekommer umiddelbart ikke realistisk, da OECD ikke har mandat til dette, dog vil landene i deres interageren med hinanden kunne påvirke hinandens incitament til at implementere klausulen.

Ydermere er opnåelsen af denne tilstand i forhold til begge klausuler betinget af, at der kommer nogle klare retningslinjer for anvendelsesområdet for omgåelsesklausulerne, således at det sikres, at alle landes domstole og instanser fortolker klausulerne ens, og dermed anvender disse på samme vis. Et eksempel herpå kunne være henstillinger fra Kommissionen, udtalelser fra OECD eller styresignaler fra de nationale myndigheder. Sådanne retningslinjer kunne specificere de af bestemmelsen indeholdte begreber, eksempelvis *reel* og *hovedformål*, således at tvivlen om disse begreber mindskes. Omvendt er der fortsat behov for, at klausulerne indeholder en vis fleksibilitet, da det er en forudsætning for, at reglen ligeledes kan finde anvendelse på fremtidige forhold. Af denne grund synes det anbefalelsesværdigt alene at udforme nogle klarere retningslinjer til brug for fortolkning, og ikke udforme klausulerne anderledes. Som følge af at samfundet konstant udvikles, skal der endvidere henstilles til, at de anbefalede retningslinjer tilpasses, såfremt samfundstilstanden ændres radikalt.

Retningslinjerne vil endvidere bidrage til, at retssubjekterne i højere grad vil kunne forudsige deres retsstillinger, dvs. hverken over- eller underfortolke klausulerne. Dermed vil retssubjekterne kunne agere inden for klausulernes rammer og dermed i overensstemmelse med den af lovgiver tiltænkte adfærd.

4.6.2 De sententia ferenda

Klausulerne kan i deres nuværende uklare form medføre, at de forskellige domstole og instanser foretager vilkårlige og forskellige afgørelser, hvilket ikke er hensigtsmæssigt. I forlængelse heraf findes det relevant, at fremkomme med anbefalinger om, hvorledes domstolene bør fortolke og anvende klausulerne, da klausulerne, som fastlagt ovenfor, i sig selv er et effektivt middel til at imødegå skatteplanlægning, dog kan visse initiativer fremme effektiviteten.

Som påvist i afsnit 4.5.2 er domstolenes fortolkningsstil afgørende for effektiviteten af reglen. Såfremt domstolene foretager en alt for udvidende fortolkning, kan almindelig selskabsageren, som

ikke har skatteplanlægning for øje, omfattes af reglen, hvilket kan skade konkurrencen og virksomhedernes overlevelse på markedet. Omvendt kan en alt for indskrænkende fortolkning medføre, at visse typer af aggressiv skatteplanlægning fortsat vil få lov at forekomme. Det er altså vigtigt, at domstolene får skabt et niveau for, hvad der anses for lovlig ageren, som ligger mellem disse to ekstremer. Et sådant niveau vil, såfremt dette kan angives i tydelige formuleringer, som beskrevet i afsnit 4.4.1, ligeledes medføre, at retssubjekter vil kende til, hvilken form for ageren, der er accepteret, og de vil dermed i højere grad kunne agere inden for rammerne.

For at klausulerne kan fungere effektivt er det endvidere essentielt, at alle instanser og domstole, som beskrevet i afsnit 4.5, anvender reglen ens og dermed tager udgangspunkt i samme lovlighedsniveau. For at dette kan opnås, synes det anbefalelsesværdigt, at de første sager omhandlende disse klausuler, bliver henvist til Højesteret, således at der skabes retspraksis med præjudikatværdi fra start af, da der på nuværende tidspunkt ikke eksisterer retspraksis på området.

I forhold til klausulen angående EU-direktiverne, skal det endvidere anbefales, at de første sager henvises til Højesteret, og at Højesteret stiller præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen for at afklare den tvivl, som er forbundet med omgåelsesklausulen. Dette vil mindske usikkerheden i forhold til klausulen, for domstole såvel som for selskaberne, og skabe præjudikater, som domstole og instanser vil kunne anvende som fortolkningsbidrag, hvilket i højere grad vil skabe ens afgørelser.

4.7 DELKONKLUSION

Dette kapitel fastlægger betydningen af omgåelsesklausulerne for, hvordan aktører, herunder domstole, selskaber og lande, agerer. Endvidere vurderes det, i hvilket omfang omgåelsesklausulerne imødegår international aggressiv skatteplanlægning samt hvilke eventuelle tiltag, der kan fremme denne imødegåelse.

Som følge af principal-/agentforholdet mellem lovgiver og selskaberne konkluderes det indledningsvist, at indførelsen af uklart udformede omgåelsesklausuler er en følge af lovgivers ønske om at regulere selskabernes adfærd, således at disse hverken nu eller i fremtiden udfører international skatteplanlægning på en for aggressiv måde. I forlængelse heraf sluttet det, at uklarheden af de pågældende regler vil have indvirkning på domstolenes fortolkning og anvendelse af reglen, og at uklarheden endvidere medfører, at selskabernes retssikkerhed svækkes. Som følge

heraf vil selskaberne indregne usikkerheden i den forventede værdi af at foretage international skatteplanlægning. Selskaber vil altså kun vælge at indtræde i international skatteplanlægning, såfremt den forventede værdi herved overstiger den forventede værdi ved at undlade at gøre dette. Endvidere vil nogle selskaber, som følge af den til omgåelsesklausulerne knyttede usikkerhed, have incitament til i for lav grad at overholde reglerne, dvs. at disse selskaber fortsat vil udføre aggressiv skatteplanlægning. Andre selskaber vil derimod i for høj grad overholde reglerne, dvs. også afstå fra ageren, som ikke omfattes af reglen.

Da skatteplanlægning netop er et resultat af landenes forskellige skattesatser og -regler, konkluderes det, at bekæmpelsen af international aggressiv skatteplanlægning er betinget af, at der foretages en fælles international indsats. Som resultat heraf findes det, at effektiviteten af omgåelsesklausulerne afhænger af landenes valg af implementering og/eller udvidelse af omgåelsesklausulerne samt af landenes fortolkning heraf. Hertil sluttet det, at lande som udgangspunkt ikke har incitament til at indføre OECD's omgåelsesklausul eller udvide anvendelsesområdet af omgåelsesklausulen i M-/D-direktivet. En række lande har dog alligevel valgt gøre dette, hvilket muligvis kan begrundes i landenes tillid til, at de øvrige lande ligeledes vil indføre eller udvide reglen, hvorved den mest optimale tilstand i højere grad vil opnås. Hvad angår landenes fortolkning af omgåelsesklausulerne, findes det, at landene har incitament til at fortolke omgåelsesklausulerne indskrænkende, på trods af, at dette ikke fører til det mest optimale resultat.

Slutteligt kan det konkluderes, at brugen af omgåelsesklausuler kan være et effektivt middel til bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning. I forlængelse heraf findes det dog, at effektiviteten af omgåelsesklausulerne kan øges ved en række tiltag. Det anbefales særligt, at der udstedes klarere retningslinjer for fortolkningen af klausulerne. Endvidere anbefales det, at domstolene hverken fortolker klausulerne for udvidende eller indskrænkende, samt at der skabes nogle præjudikater fra enten Højesteret eller EU-Domstolen. Dette vil medføre, at usikkerheden mindskes, hvorved klausulerne vil fungere mere effektivt, da retssubjekterne i højere grad vil agere som tiltænkt fra lovgivers side.

Konklusion

Afhandlingen behandler, fra en juridisk såvel som økonomisk synsvinkel, problemstillingen om aggressiv skatteplanlægning, hvilken er søgt hindret ved indførelsen af omgåelsesklausulerne i LL § 3.

Omgåelsesklausulerne medfører, at skatteyder fratages en ellers berettiget fordel opnået efter M-/D, R-/R-, fusionsskattedirektivet eller DBO'erne, såfremt myndighederne ud fra sagens faktum kan redegøre for, at skatteyder som følge af sin handling har opnået en fordelagtig skattemæssig behandling, og at denne behandling har været den overvejende begrundelse for foretagelsen af denne handling. Skatteyder kan dog undgå at blive omfattet af omgåelsesklausulerne, såfremt der kan føres konkret bevis for, at handlingen er i overensstemmelse med direktiverne eller DBO'erne.

Det konkluderes, at elementer i begge klausuler er uklare, da det grundet utilstrækkeligt fortolkningsbidrag er vanskeligt at fastlægge betydningen af disse. Dette gælder særligt ordene *reelt* og *hovedformål*, som vil være væsentlige for, hvorvidt selskaber omfattes af klausulerne. Som følge heraf er det ikke muligt at klarlægge den specifikke rækkevidde af klausulerne. Det kan dog konkluderes, at uklarheden medfører, at klausulerne kan favne bredt, hvorfor mange former for selskabsageren må forventes at kunne omfattes.

Det konkluderes endvidere, at de to klausuler er forskellige i både ordlyd og indhold, hvilket skyldes, at antallet af objektive kriterier såvel som fordelingen af bevisbyrden er forskellig. Som følge heraf findes det, at anvendelsesområdet af omgåelsesklausulen vedrørende DBO'erne forekommer bredere end den EU-retlige omgåelsesklausul.

Analysen viser endvidere, at selskaber til enhver tid søger at profitmaksimere. Da skat udgør en omkostning, vil skat indgå i selskabernes beslutningstagen, og selskaberne vil derfor i visse situationer vælge at udføre skatteplanlægning. Dette medfører, at konkurrencen på markedet fordrejes, idet skatteplanlægning bliver et konkurrenceparameter, hvilket bevirker, at særligt multinationale selskaber får en fordel i konkurrencen. I forlængelse heraf konkluderes det, at selskaber som følge af forskelle i landes skattesatser og -regler har incitament til at flytte skattepligtig indkomst fra høj- til lavskattelande, og at flytning af profit rent faktisk forekommer.

Omgåelsesklausulerne i LL § 3 er netop indført for at modvirke skatteplanlægning, såfremt den findes for aggressiv. Såfremt bestemmelsen finder anvendelse, vil selskaber blive pålagt en ekstra

skattebyrde, hvorfor selskaber vil have incitament til at flytte virksomhedsaktivitet eller profit. Analysen konkluderer endvidere, at denne skattebyrde, ikke vil bæres af selskabet selv, men derimod af henholdsvis aktionærerne og forbrugerne.

Det er relevant at bemærke, at lovgiver med indførelsen af omgåelsesklausulerne netop søger at regulere selskabernes adfærd, idet selskabernes målsætning om at profitmaksimere findes at være i strid med ønsket om at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning. Som følge heraf viser analysen, at omgåelsesklausulerne, grundet deres uklare udformning, medfører usikkerhed for udfaldet af domstolenes afgørelser samt stor usikkerhed for selskabernes retsstilling. Det slutes, at selskaberne vil indregne denne usikkerhed i deres beslutningstagen, hvorfor nogle selskaber vil tillægge en adfærd, der er mere forsigtig end tiltænkt af lovgiver, mens andre selskaber fortsat vil udføre aggressiv skatteplanlægning, dvs. at bestemmelsen ikke får den af lovgiver ønskede effekt.

Det findes endvidere, at effektiviteten af omgåelsesklausulerne er afhængig af landenes implementering og fortolkning. I den forbindelse konkluderes det, at en samordnet international indsats er nødvendig, dvs. at samtlige lande implementerer og fortolker omgåelsesklausulerne på samme vis. Hvad angår implementering, findes det, at OECD-landene som udgangspunkt ikke har incitament til at indføre omgåelsesklausulen vedrørende DBO'erne, og at EU-landene ikke har incitament til at udvide EU-klausulens anvendelsesområde. Det ses dog, at landene alligevel gør dette, hvilket kan begrundes i landenes tillid til hinanden, og at landene arbejder mod at opnå en fælles anvendelse. Hvad angår fortolkning findes det, at landene har incitament til at fortolke omgåelsesklausulerne indskrænkende og forskelligt, hvilket modvirker reglens formål.

Samlet findes det, at brug af omgåelsesklausuler, som de i LL § 3, er et effektivt middel til at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning, da der er behov for dynamiske regler, der kan følge med samfundsudviklingen og udviklingen i skatteplanlægningsteknikker. Det anbefales dog, at der tages initiativer for at mindske den til bestemmelsen tilknyttede usikkerhed, eksempelvis ved udstedelse af klarere retningslinjer for forståelsen af klausulerne og deres begreber. Endeligt anbefales det, at Højesteret og EU-Domstolen snarest afsiger domme på området, således at domstolene kan anvende disse som præjudikat for fremtidige afgørelser. Endvidere henstilles der til, at domstolene ikke fortolker klausulerne alt for udvidende, samt stiller præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen.

Perspektivering

Afhandlingen har taget udgangspunkt i LL § 3, som lovfæster retten til at slå ned over for aggressiv skatteplanlægning. Dette afsnit sætter reglen og problemstillingen i perspektiv.

I Danmark udgør skatteprovenuets fra selskabsskat alene 5,37 % af det samlede skatteprovenu.³⁸⁴ Dette kan muligvis antyde, at det skatteprovenu, som mistes på grund af aggressiv skatteplanlægning og som eventuelt vil kunne inddrives fra selskaber ved LL § 3, ikke vil betyde radikalt flere skatteindtægter. Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt indførelsen af LL § 3 snarere bunder i princippet om, at alle skal betale den rette skat end, at Danmark mister mange skatteindtægter som følge af aggressiv skatteplanlægning.

At myndighederne med LL § 3 har rettigheden til at slå ned over for aggressiv skatteplanlægning, betyder dog ikke, at de tabte skatteindtægter, automatisk indbetales til staten. For at reglen kan finde anvendelse, er det først og fremmest nødvendigt at opdage de selskaber, som foretager aggressiv skatteplanlægning. Først derefter kan LL § 3 benyttes til at fratage selskaberne deres fordele og dermed opnå de ellers tabte skatteindtægter. Der er altså ligeledes behov for en effektiv inddrivelse og efterforskning. Såfremt de tabte skatter ikke kan inddrives effektivt, vil LL § 3 alene udgøre et skræmmeværktøj og dermed ikke hindre skatteplanlægning fuldstændigt.

Mange af de seneste afsløringer om aggressiv skatteplanlægning er et resultat af, at der er sket en lækage fra rådgivere eller medier, som har haft viden om de konkrete selskaber.³⁸⁵ Da de mange afsløringer om aggressiv skatteplanlægning altså ikke er myndighedernes fortjeneste, kan det diskuteres, hvorvidt ovenstående hjemmel vil hindre aggressiv skatteplanlægning og medføre flere skatteindtægter. Der er dog allerede taget initiativer for at fremme dette, eksempelvis OECD's nye standard om automatisk udveksling af information³⁸⁶ og aftaler om automatisk udveksling af bankoplysninger.³⁸⁷

LL § 3, stk. 1, finder som beskrevet i analysen alene anvendelse i forhold til udbytter, renter, royalties og omstruktureringer, hvor fordelene, som selskaber opnår af M-/D- og R-/R-direktivet, særligt omhandler fritagelse af kildeskatter. I forlængelse heraf kunne det være interessant at kigge

³⁸⁴ Dansk statistik (2016)

³⁸⁵ Hjort, Anders (2016) og Hansen, John (2016)

³⁸⁶ OECD (2014) AEOI

³⁸⁷ Rådets direktiv 2014/107/EU af 9. december 2014 og Skatteministeriet (2012)

på, hvorvidt et alternativ til LL § 3, stk. 1, kunne være at fjerne kildeskatter og dermed eliminere dele af skatteplanlægningsproblematikken. Eliminering af kildeskatter kunne ligeledes gøre Danmark mere attraktiv i forhold til udenlandske investeringer, hvilket kunne generere mere vækst og flere arbejdspladser, og derved et højere skatteprovenu, særligt i form af personlige skatter. Dette alternativ kunne særligt være interessant at vurdere, såfremt det findes, at inddrivelse af de tabte skatteindtægter er vanskelig.

Litteratur- og kildefortegnelse

LOVGIVNING MV.

- C(2012) 8806 final: Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning
- C(2016) 271 final: Kommissionens henstilling af 28. januar 2016 om gennemførelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug af beskatningsoverenskomster
- COM(2013) 814 final: Forslag til Rådets Direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater af 25. november 2013
- COM(2015) 302 final: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action af 17. juni 2015
- COM(2016) 23 final: Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet: Pakke af foranstaltninger til bekæmpelse af skatteundgåelse: næste skridt i retning af en effektiv og mere gennemsigtig beskatning i EU af 28. januar 2016
- COM(2016) 26 final: Forslag til Rådets Direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde af 28. januar 2016
- Den Europæiske Kommission: Memo af 25. november 2013, Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive
- Den juridiske vejledning 2016-1, afsnit C.I.
- Dokument nr. A7-0243/2014: Betænkning om forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater af 24. marts 2014
- Dokument nr. 16435/14: Forslag til Rådets Direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU af 5. december 2014
- L 167 af 20. marts 2015, Forslag til Lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love (med tilhørende bemærkninger)
- L 167 af 21. april 2015, Forslag til Lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love (med tilhørende bemærkninger) som vedtaget af Folketinget

- LBK nr. 680 af 2. maj 2015 om indkomstbeskatning af aktieselskaber mv. (Selskabsskatteloven)
- LBK nr. 1017 af 24. august 2015 om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver mv. (Fusionsskatteloven)
- LBK nr. 1081 af 7. september 2015 om påligning af indkomstskat til staten (Ligningsloven), som ændret ved lov nr. 1574 af 15. december 2015, lov nr. 1883 af 29. december 2015, lov nr. 1884 af 29. december 2015, lov nr. 1888 af 29. december 2015 og lov nr. 1890 af 29. december 2015
- LBK nr. 1082 af 8. september 2015 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier mv. (Aktieavancebeskatningsloven)
- Lov nr. 312 af 17. maj 1995, om ændring af forskellige skattelove
- Lov nr. 432 af 26. juni 1998, om ændring af ligningsloven, selskabsskatteloven og skattekontrolloven
- Lov nr. 540 af 29. april 2015, om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love
- Lov nr. 540 af 6. juni 2007, om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre skattelove
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Action 0: 2015 Final Report - Explanatory Statement
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Action 6: 2014 deliverable - Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Action 6: 2015 Final Report - Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Action 15: 2015 Final Report - Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties
- OECD, Introduktion til OECD's modeloverenskomst vedrørende indkomst og formuer, opdateret pr. 15. juli 2014
- OECD, OECD's modeloverenskomst af 1992 til overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning, for så vidt angår indkomst- og formueskatter, opdateret pr. 15. juli 2014
- OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters (AEOI), vedtaget 17. januar 2014

- Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (Rente-/royaltydirektivet), som ændret ved Rådets direktiv 2004/66/EF af 26. april 2004, Rådets direktiv 2004/76/EF af 29. april 2004, Rådets direktiv 2006/98/EF af 20. november 2006, Rådets direktiv 2013/13/EF af 13. maj 2013
- Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater (Fusionsskattedirektivet), som ændret ved Rådets direktiv 2013/13/EU af 13. maj 2013
- Rådets direktiv 2011/96 af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (Moder-/datterselskabsdirektivet), som ændret ved Rådets direktiv 2013/13/EU af 13. maj 2013, Rådets direktiv 2013/86/EU af 8. juli 2014 og Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015
- Rådets direktiv 2014/107/EU om ændring af direktiv 2011/16/EU for så vidt angår obligatorisk automatisk udveksling af oplysninger på beskatningsområdet af 9. december 2014
- Rådets direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater af 27. januar 2015
- Skatteudvalget 2012-2013, L 218, endeligt svar på spørgsmål 2
- Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringsskema
- Skatteudvalget 2014-15, L 167, Bilag 1, Høringssvar
- Skatteudvalget 2014-15, L 167, endeligt svar på spørgsmål 1
- Skatteudvalget 2014-15, L 167, endeligt svar på spørgsmål 3
- Skatteudvalget 2014-15, L 167, Spørgsmål 3
- Traktaten om den Europæiske Union (konsolideret udgave), C 326/13 (TEU)
- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (konsolideret udgave), C 326/47 (TEUF)

DOMME MV.

- Sag C-6/64, Flaminio Costa mod ENEL, saml. 1954-64, s. 531

- Sag C-126/10 Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA mod Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, saml. 2011 I-10923
- Sag C-196/04 Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue, saml. 2006 I-7995
- Sag C-283/81, Srl CILFIT og Lanificio di Garvardo SpA mod Ministry of Health, saml. 1982, s. 3415
- Sag C-321/05, Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet, saml. 2007 I-05795
- Sag C-321/05, Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Juliane Kokott fremsat d. 8. februar 2007
- SKM2007.843.DEP, Skatteministeriets kommentarer til EU-Domstolens afgørelse i sag C-321/05 Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet
- SKM2012.26.LSR Kildeskat på udbytte, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens 65 af 12. januar 2012

BØGER

- Andersen, Ib (2010): *Den skinbarlige virkelighed - vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne*. Frederiksberg: Samfundslitteratur, 4. udgave, 3. oplag
- Biswas, Tapan (1997): *Decision-making under uncertainty*. New York: St. Martin's Press, INC.
- Blume, Peter (2009): *Juridisk Metodelære*. Frederiksberg: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2. oplag
- Cabral, Luís M.B. (2000), *Introduction to Industrial Organization*. Massachusetts: The MIT Press, 1. udgave
- Cooter, Robert B.; Ulen, Thomas (2014): *Law and Economics*. Edinburgh: Pearson Education Limited, 6. udgave
- Cowen, Tyler; Tabarrok, Alex (2013): *Modern Principles: Microeconomics*. New York: Worth Publishers, 2. Udgave
- Dahl, Børge (2010): *Erhvervsjura*. København: Handelshøjskolens Forlag, 11. udgave, 1. oplag
- Dutta, Prajit K. (1999): *Strategies and Games: Theory and Practice*. London: The MIT Press

- Endres, Dieter; Spengel, Christoph (2015): *International Company Taxation and Tax Planning*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
- Estrup, Hector; Jespersen, Jesper; Nielsen, Peter (2004): *Den økonomiske teoris historie - en introduktion*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag.
- Frandsen, Aage (2008): *Lovgivningsprocessen i praksis*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. Udgave, 1. oplag
- Frank, Robert H. (2010): *Microeconomics and Behavior*. New York: McGraw-Hill/Irwin, 8. Udgave
- Grell, Henrik; Rygner, Elsebeth (2014): *Mikroøkonomi. Teori og beskrivelse*. København: Limesdesign, 4. udgave, 1. oplag
- Hansen, Lone L.; Werlauff, Erik (2013): *Den juridiske metode - en introduktion*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag
- Høilund, Dorte (2015): *Retssikkerhed og Juridisk metode*. Hans Reitzels Forlag
- Jones, Sally M.; Rhoades-Catanach, Shelley C. (2011): *Principles of Taxation for Business and Investment Planning*. New York: McGraw-Hill/Irwin
- Miceli, Thomas J. (2004): *The Economic Approach to Law*. Stanford California, Stanford University Press
- Michelsen, Aage (2003): *International Skatteret*. København: Forlaget Thomson A/S, 3. udgave, 1. oplag
- Michelsen, Aage; Askholt, Steen; Bolander, Jane; Engsig, John; Madsen, Liselotte; Laursen, Anders Nørgaard; Jeppesen, Inge Langhave (2015): *Lærebog om indkomstskat*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 16. udgave, 1. oplag
- Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (2010): *EU Ret*. København: Thomson Reuters Professional A/S, 6. reviderede udgave, 1. oplag
- Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth (eds) (2012): *European Legal Method - in a Multi-Level EU Legal Order*. København: Jurist og Økonomforbundets Forlag
- Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. (2011): *Retskilder og Retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2. oplag,
- Olesen, Finn; Pedersen, Kurt (2002): *Den økonomiske teoris rødder - fra Aristoteles til Lucas*. Århus: Systime A/S, 2. udgave, 1. oplag
- Schmidt, Peter Koerver; Tell, Michael; Weber, Katja (2015): *International skatteret - i et dansk perspektiv*. Hans Reitzels Forlag, 1. udgave

- Varian, Hal R. (2010): *Intermediate Microeconomics, A Modern Approach*. New York: W. W. Norton & Company, 8. udgave
- Werlauff, Erik (2015): *Selskabsskatteret 2015/2016*. København: Karnov Group Denmark A/S, 17. udgave, 1. oplag

ARTIKLER OG RAPPORTER MV.

- Auerbach, Alan J (2006): *Who Bears the Corporate Tax? A Review of What We Know*. In Tax Policy and the Economy, vol. 20 , s. 1-40
- Beierholm, Ann-Charlotte; Hansen, Søren Jesper (2013): *OECD's "Base Erosion and Profit Shifting" initiative* i Skat Udland, hæfte 9, s. 584-588
- Bentzon, Agnete Weis; Agersnap, Torben (2005): *Retssikkerhed, legitimitet og tillid i et ændringssamfund* i Ret og usikkerhed, s. 5-16
- Bolander, Jane; Schmidt, Peter Koerver (2015): *Retssikkerhed og omgåelse i skatteretten - den evige diskussion om forudberegnelighed contra bekæmpelse af misbrug* i Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten, s. 23-52
- Bundgaard, Jakob (2015): *Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret - om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret* i Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten, s.239-279
- Børjesson, Jan; Tingleff, Bettina Gade (2015): *G20 godkender "BEPS"-projekt til bekæmpelse af international skatteudnyttelse*
- Craswell, Richard; Calfee, John E. (1986): *Deterrence and Uncertain Legal Standards* in Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 2, No. 2, s. 279-303, Oxford University Press
- Dansk statistik (3. maj 2016): *Skatter og afgifter*
<http://www.dst.dk/da/Statistik/emner/skatter-og-afgifter/skatter-og-afgifter>
- Deloitte (Januar 2014): *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*
- Deloitte (1. januar 2015): *Cyprus Tax Facts 2015*
- Dharmapala, Dhammika (2014),: *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*. Chicago
- Dischinger, Matthias; Knoll, Bodo; Riedel, Nadine (2014): *The role of headquarters in multinational profit shifting strategies*. In Tax Public Finance, nr. 21, s. 248–271, New York

- Ernst & Young (Oktober 2015): *OECD releases final report on developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties under BEPS Action 15*
- European Commission (2012): *20 years of the european single market*, Luxembourg
- Gravelle, Jane G.; Smetters, Kent (Maj 2001): *Who Bears The Burden Of The Corporate Tax In The Economy?* Massachusetts
- Hansen, John (26. april 2016): *Tre whistleblowere risikerer hårde fængselsstraffe trods omfattende ros for skattelækage*. Politiken
- Harberger, Arnold C. (Juni 1962): *The Incidence Of The Corporation Income Tax*. In Tax Policy And Economic Growth, nr. 3, s. 215-240 Chicago
- Harberger, Arnold C. (April 1995),: *The ABCs of Corporation Tax Incidence - Insights into the Open-Economy Case*. In Tax Policy And Economic Growth, s. 51-73, Washington DC
- Harberger, Arnold C. (April 2006): *Corporation Tax Incidence: Reflections On What Is Known, Unknown and Unknowable*, Los Angeles
- Heckemeyer, Jost H. (Juli 2013): Overesch, Michael: *Multinationals Profit Response to Tax Differentials: Effect Size and Shifting Channels*
- Henrichsen, Carsten (1993): *Retssikkerhed - en begrebsanalyse*. I Retlig Polycentri, s. 307-328, København
- Hines Jr, James R (2007): *Corporate Taxation and International Competition*, in Taxing Corporate Income in the 21st Century, s. 268-295, New York
- Hjort, Anders (4. april 2016): *Sådan opstod den største lækage nogensinde*, Politiken
- Huizinga, Harry; Laeven, Luc (Januar 2008): *International profit shifting within multinationals: A multi-country perspective*. Journal of Public Economics 92, s. 1164-1182.
- IBIS(Maj 2013): En Global indsats mod skattely
- Jensen, Dennis Ramsdahl (2015): *Misbrugsprincippet - djævlens i skyggerne*. I Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten, s. 53-79
- Kopits, George F. (November 1967): *Taxation and Multinational Firms behavior; A Critical Survey, Staff paper*, International Monetary Fund, Washington, vol. 23
- Krever, Rick; Mellor, Peter (2015): *Where's the Complexity in Tax Law?*, Oxford
- Michelsen, Aage (2015): *Misbrug og omgåelse i dansk indkomstskatteret - oversigt over retsudviklingen og bud på den fremtidige udvikling*. I Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten, s. 135-153

- Munk-Hansen, Carsten (2012): *Retssikkerhedshensynet*. I Retssikkerhed i konkurrence med andre hensyn, København
- Obelitz Rode, Eva (7. december 2012): *Starbucks går med til at betale mere i skat i Storbritannien*, Berlingske Business
- Ottesen, Arne Møllin (2015): *Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen*
- Pedersen, Jan (December 2015): *Omgåelse og misbrug i skatteretten - før, nu og i fremtiden*. I Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten, s. 107-133
- PricewaterhouseCoopers (2012): *General Anti-avoidance rule*
- Randolph, William R. (August 2006): *International Burdens of the Corporate Income Tax*, Washington, D.C.
- Ravn, Jacob (2015): *Erhvervslivets perspektiv på omgåelse, herunder diskussion om fair beskatning*. I Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten, s. 177-200
- Regeringen (november 2014): *Styrket indsats mod skattely: Bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner*
- Ross, Stephen A. (1973): *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*. I American Economic Review, vol. 63, issue 2, s. 134-139
- Rønholdt, Steen (1993): *Om retssikkerhed og andre hensyn*. I Retlig Polycentri, s. 329-348, København
- Schmidt, Peter Koerver (1. april 2015): *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat - en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, I Tidsskrift for Skatter og Afgifter, nr. 14, s. 1655-1665
- Senden, Linda (2012): *Changes in the Relative Importance of Sources of Law - The Case of EU Soft Law*, I European Legal Method - in a Multi-Level EU Legal Order, s. 225-260
- Skatteministeriet: *Ny aftale med USA om automatisk udveksling af bankoplysninger* (19. november 2012)
- Tax Justice Network (September 2015): *Financial Secrecy Index Narrative Report On Denmark*
- Vasquez-Ruiz, Harold A. (November 2011): *A New Approach to Estimate the Incidence of the Corporate Income Tax*, Georgia
- Winther-Sørensen, Niels (Februar 2015): *Forord til OECD's modeloverenskomst 2014 - med kommentarer*, København

- Wittendorff, Jens (2015): *Misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster*, I Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten, s. 281-317
- World Economic Forum (2015): *The Global Competitiveness Report 2015–2016*, Geneva

HJEMMESIDER

- <http://www.skm.dk/love/internationalt/dobbeltbeskatningsoverenskomster> (14. maj 2016)