

Copenhagen Business School

Kandidatafhandling 15 maj 2017

Cand.merc.jur

Skatteunddragelse og misbrug i EU

– med fokus på selskabsskattesatsens betydning

Tax avoidance and abuse in the EU
- with a focus on the impact of the corporate tax rate



Vejledere: Caspar Rose og Jens Fejø

Antal anslag: 167.957

Antal sider: 76

Bilal Butt

Indholdsfortegnelse

SUMMARY	4
KAPITEL 1. AFHANDLINGENS PROBLEMSTILLIG OG METODE	
1.1 Indledning og problemfelt	5
1.2 Afgræsning	6
1.3 Problemformulering	7
1.4 Metoder	
1.4.1. Juridiske metode	7
1.4.2 Økonomisk metode og teori	9
1.5 Kildekritik	11
KAPITEL 2. DEN JURIDISKE ANALYSE	
2.1 Etableringsretten for selskaber	12
2.2 Saglige begrundelser for skatteretlig hindring på skatteområdet	13
2.2.1 Økonomiske hensyn	14
2.2.2 Hensyn til skatteunddragelse	14
2.2.3 Hensynet til sammenhæng i skattehensynet og fordeling af beskatningskompetencen	16
2.3 Skatteunddragelse og misbrug af EU-retten på skatteområdet	
2.3.1 Skatteplanlægning	18
2.3.2 Skatteunddragelse	19
2.3.3 Misbrug	21
2.3.3.1 Kunstigt arrangement	25
2.3.3.2 Reel virksomhedsudøvelse	31
2.4 Misbrug og skatteunddragelse i sekundær ret	32
2.4.1 Formålet med fusionsskattedirektivet	33
2.4.1.1 Skatteundgåelses(unddragelses)klausulen i artikel 15	32
2.4.1.2 Skatteunddragelse som hovedformål	34
2.4.2 Formålet med moder-/datterselskabsdirektivet	38
2.4.2.1 Skatteunddragelsesklausul i artikel 1	39
2.4.2.2 Skattefordel	40
2.4.3. Den mulige Delaware-effekt på området for direkte skatter	42
2.5 Delkonklusion	43

KAPITEL 3. DEN ØKONOMISKE ANALYSE

Del 1 – Selskabers adfærd (motiver og incitamenter)

3.1 Neoklassisk teori – selskaber er profitmaksimerende 45

3.2.1 Laffer-kurven 46

3.2.2 Compliance, omkostninger og fair skattesystem 47

3.2.3 Selskabsbeskatning 48

Del 2 – Skattekonkurrence og skatteunddragelse 50

3.3 Skattekonkurrence og skadelig skattekonkurrence 50

3.4 Skattekonkurrence og skatteunddragelse i praksis 53

3.4.1 Selskabsskattesatsens betydning 52

3.4.2 Påvirkning af skatteprovenuet 55

3.4.3 Direkte udenlandske investeringer og væksten 58

Del 3 - Harmonisering af selskabsskattesatsen 61

3.5 Skattekoordinering 61

3.6 Single rate 63

3.7 Effekter på compliance-omkostninger 64

3.8 Reduceres skatteunddragelse af en harmonisering af selskabsskattesatsen? 65

3.9 Delkonklusion 67

KAPITEL 4. CSR OG SKATTEUNDDRAGELSE

4.1 Selskabers sociale ansvar 69

4.2 Selskabers omdømme og reputation 71

KAPITEL 5. KONKLUSION 76

Litteratur 78

Bilag 84

SUMMARY

As aggressive tax planning is not defined in more detail in the EU legislation, the boundary between tax planning and aggressive tax planning cannot be unambiguously defined. According to a corporate law decision (the Centros case) there is no abuse of the free movement of establishment as long as the company is founded in accordance with the law of host country. On the other hand, the boundary seems to be different in tax law. In order to assess the presence of a artificial arrangement, the court uses a proportionality test based on the objective and subjective relationship. In order for an establishment not to be artificial, it must be subject to an actual activity with a physical presence. Based on the Merger Directive, it is assumed that a transaction takes place as part of tax avoidance if the company's restructuring transaction is not based on valid business reasons, and the purpose is only conditional on taxation. Based on the Parent-Subsidiary Directive, the subsidiary must have economic realities, be a part of the host country's economy, and the purpose must not be to create a deduction for the parent company in order to assume that this action is not a part of tax avoidance.

As cross-border barriers have been removed and companies have become more mobile, a tax competition between Member States has emerged. Tax competition is asymmetric, i.e. some countries gain an advantage at the expense of others. However, tax competition can be harmful and contribute to the creation of a "race to the bottom" in which the Member States are competing for delivering the lowest tax rate. Thus, a "free rider" behavior by companies may arise, thereby enabling them to become more aggressive in their tax planning and thus engage in tax avoidance activities. Corporate tax harmonization among the EU countries results in the creation of a tax cartel. If the tax rate is set too high, countries outside the EU will "free ride" on the agreement and they will be able to attract investors from the EU, as they can offer better tax rates. This could potentially undermine the EU economy.

Companies should consider how far they will go to minimize their tax obligations. If the public does not regard their tax payments as fair, it may potentially give the company a bad reputation. If companies are associated with tax avoidance, some stakeholders may opt out such companies. This causes the stock market to decline and affect the company's revenues in the long run. In this context, it may be beneficial to involve CSR as this could potentially lead to a better reputation and a stronger brand as well as a number of business benefits.

KAPITEL 1. AFHANDLINGENS PROBLEMSTILLIG OG METODE

1.1 Indledning og problemfelt

Den øgede globalisering og digitalisering af økonomien, hvor barriererne for den frie etablering og konkurrence er fjernet, bevirker, at medlemsstaternes forskellige nationale skatteretlige lovgivninger synliggøres. Dette skal være medvirkende til at øge selskabers investeringslyst og styrke deres økonomiske position og konkurrenceevne globalt.

Det indre marked sikrer, at selskaber frit kan foretage grænseoverskridende etableringer. Det afgørende er, at de skattemæssige barrierer ikke må hindre selskabers udøvelse af etableringsretten. Konsekvensen af denne tilgang er, at selskaber kan skatteplanlægge og flytte deres skattepligtige indkomst til beskatning i et lavskatteland. Det er underordnet, om etableringen er motiveret af skattemæssige eller økonomiske hensyn.

Området for direkte skatter er ikke harmoniseret, da det kræver et enstemmigt flertal. Medlemsstater besidder forsat kompetence til at fastsætte deres egen skattesats og skatteregler. Manglende harmonisering af selskabsskattesatsen og selskabers frie etableringsret giver utilsigtede virkninger for medlemsstaten og påvirker selskabers adfærd.

Den manglende harmonisering er medvirkende til, at der opstår skattekonkurrence mellem medlemsstaterne, idet staterne forsøger at tiltrække udenlandske selskabers investeringer til landet ved at sænke blandt andet selskabsskattesatsen. Konsekvensen er, at nogle selskaber misbruger primær- og sekundærretten til at allokere profitten til den medlemsstat, hvor de opnår en skattefordel og samtidigt minimere deres samlede skattebyrde.

Pga. medlemsstaternes forskellige lovgivninger opstår der en konkurrence, hvor selskaber kan indgå skatteunddragelsesaktiviteter for minimere deres samlede skatteforpligtelser. Skattekonkurrence kan dog udvikle sig til et "race to bottom", hvor der opstår økonomisk inefficiens. Nogle medlemsstater vil vinde på en sådan konkurrence på bekostning af andre lande. Grundet tabet af investeringer kan det have en negativ effekt på væksten og skatteprovenuet for de medlemsstater, der lider et tab. Dermed vil skattebyrden og regningen overgå til arbejderne og de små og mellemstore virksomheder.

Skatteunddragelse befinder sig i en gråzone, hvorfor det er vanskeligt at afgøre, hvornår en aktivitet er ulovlig. Denne gråzone kan mindskes ved at skatteharmonisere selskabsretten. At

selskaber associeres med skatteunddragelse kan resultere i omdømmerisiko for selskabet, hvilket ultimativt kan koste dem profit på lang sigt.

Formålet med afhandlingen er at undersøge, hvornår der er tale om lovlig skatteplanlægning, beskyttet af EU-retten, og ulovlig aggressiv skatteplanlægning, der ikke er beskyttet af EU-retten, og hvilke økonomiske implikationer, der opstår pga. manglende skatteharmonisering, medlemsstaternes skattekonkurrence og selskabernes frie etableringsret, samt betydningen af disse for selskabers skatteunddragelse, herunder hvilke omdømmeeffekter det kan have for selskaber, at de bliver associerede med skatteunddragelse.

1.2 Afgrænsning

Opgavens fokus er på den form for skatteunddragelse, der opstår pga. manglende harmonisering. Der er mange måder, hvorpå selskaber indgår skatteunddragelsesaktiviteter, dvs. aggressiv skatteplanlægning og herigennem etablere indviklede selskabskonstruktioner. I nærværende afhandling vil skatteunddragelsesbegrebet blive anskuet ud fra EU-domstolens afgørelser. EU-domstolen har anvendt begreberne skatteunddragelse, misbrug og det almindelige misbrugsbegreb af de traktatfæstede frihedsrettigheder som synonym for hinanden. Disse begreber anvendes som en samlet betegnelse for ikkeacceptable aktiviteter, hvorfor de ikke nyder den EU-retlige beskyttelse.¹

Skatteunddragelse og aggressiv skatteplanlægning forekommer, når selskaber ønsker at opnå skattefordele igennem kunstige arrangementer, der mangler økonomisk realitet, og udnytter medlemsstats forskellige selskabsskattesatser.² Dermed vil opgaven ikke behandle transfer pricing og tynd kapitalisering eller statsstøttet skatteunddragelse, hvor selskaber forhandler fordelagtige skatteaftaler med medlemsstaternes regeringer.

Afhandlingen vil ikke gå i dybden med de anvendte direktiver og direktivforslag i den juridiske del. Fokus er alene på de relevante bestemmelser, der bidrager til at besvare problemstillingen. De andre frie bevægelighedsregler fraset etablering er ikke relevante i opgaven.

¹ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.179

² Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? Prebel s. 23.

I den økonomiske del tages der udgangspunkt i forståelsen og fortolkningen af økonomiske modeller eller matematiske løsninger for at bevare problemstillingen. Afhandlingen vil afholde sig fra tax evasion-modeller, idet anvendelsen af disse vil føre til en anden konklusion.

Afhandlingen tager ikke på sigte at være løsningsorienteret af skatteunddragelsesproblematikken, hvorfor OECD's projekt om BEPS og direktivforslag til CCBT ikke bliver inddraget til at løse problemstillingen.

I CSR og skatteundragelsesafsnittet vil diskussionen ikke fokusere på selskabers moralske eller sociale forpligtelser, men i stedet på at de påvirkninger, det har for deres omdømme at de associeres med (lovlig eller ulovlig) skatteunddragelse.

1.3 Problemformulering

På grundlag af ovenstående er problemformuleringen følgende:

Grænsen mellem lovlig skatteplanlægning, beskyttet af EU-retten, og ulovlig aggressiv skatteplanlægning (skatteunddragelse), der ikke er beskyttet af EU-retten, ønskes belyst.

I denne sammenhæng ønskes skattekonkurrencens økonomiske implikationer og påvirkning af selskabers adfærd belyst. Herudover ønskes det belyst, hvorvidt harmonisering af selskabsskattesatsen reducerer skatteunddragelse.

I forlængelse af ovenstående ønskes det belyst, hvilke konsekvenser det kan have for selskaber, at de associeres med skatteunddragelse, samt CSR's rolle i denne forbindelse.

Afhandlingen anskues ud fra en samfundsmæssig og samfundsøkonomisk vinkel til besvarelse af problemstillingen.

1.4 Metoder

1.4.1. Juridiske metode

Den juridiske metode vil tage udgangspunkt i den traditionelle retsdogmatiske metode. Formålet er at beskrive, analysere, fortolke og udlede gældende ret. Formålet er at afdække gældende EU-ret gennem fortolkning og systematisering af anerkendte retskilder og

fortolkningsprincipper.³ Til at fastlægge gældende EU-ret er det hensigtsmæssigt at inddrage den sekundære EU-ret.

I afhandlingen undersøges den gældende EU-lovgivning for at udlede, hvornår grænsen mellem selskabers lovlig og ulovlig skatteunddragelsesaktiviteter accepteres, og hvornår en EU-retlig beskyttelse opnås igennem de traktatfæstede frihedsrettigheder og de direktivbaserede rettigheder.

*”Det er muligt at der kan opstå situationer, hvor påstanden om hvad der er gældende ret (i nærværende afhandling) vil falde anerkendt ud end en senere dom fra en retsanvendende myndigheder... idet der kan forekommende modstridende påstande, som begge eller alle må accepteres som udtryk for gældende ret”*⁴ Således tages der lidt afstand fra Al Ross prognoseteori, hvor gældende ret, der udledes, senere kan verificeres ved en domsafgørelse.

I den juridiske metode gælder der et lex superior princip dvs. retskilderne rangeres i en bestemt rækkefølge. De i afhandlingen anvendte EU-retskilder er rangeret således: 1) Primærretten, dvs. EU-traktater og grundlæggende rettigheder, som har direkte virkning, 2) sekundærregulering dvs. direktiver og forordninger, 3) praksis, dvs. afgørelser fra EU-domstolen og 4) soft law, dvs. ikke bindende sekundærlovgivning.⁵

Den primære retskilde i primærretten er artikel 49 og 54 i TEUF. Disse danner fundamentet for, at selskaber kan være omfattet af etableringsretten og dermed beskyttet af EU-retten. Foretager selskaber profit-shifting til en anden medlemsstat, må dette ikke ske i skatteundragelseshensigt, dvs. hvor opnåelse af en skattefordel sker som led i oprettelsen af kunstige arrangementer, herunder proforma-selskaber.

Moder/datterselskabs- og fusionsskattedirektivet inddrages som sekundærret. Direktiver er bindende efter art. 288 TEUF for medlemsstaterne i forhold til tilsigtede mål, men ikke i forhold til hvilken form og hvilke midler der skal anvendes for at nå dette mål.⁶ Sekundærretten inddrages, idet selskaber i en del tilfælde anvender den sekundære EU-ret til aggressiv skatteplanlægning med henblik på at opnå en bestemt struktur og dermed sikre sig

³ EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering – Damgaard, 2012, s. 29

⁴ Ibid.

⁵ Soft law er ikke inddraget i nærværende afhandling.

⁶ EU-ret, Nielsen, 2016, s. 152.

en skattefordel iht. direktivernes anvendelsesområde. Det skal bidrage til at afklare, hvornår medlemsstaterne kan indskærpe et selskabs skattemæssige fordele, og hvornår der foreligger et kunstigt arrangement.

Domstolens afgørelser anvendes til at analysere og fortolke etableringsretten i praksis. Der vil i afhandlingen være et stort fokus på domstolens afgørelser, idet skatteunddragelse er et retspraksisudviklet begreb. Der tages udgangspunkt i centrale domme, hvor afgørelser og praksis anvendes til at finde gældende ret. Domstolens praksis er præjudicielle afgørelser, hvor domstolen konkret har taget stilling til de faktiske retsforhold, dvs. har fastsat, hvornår man kan statuere skatteunddragelse.

I den juridiske analyse inddrages domstolens praksis og afgørelser ved fortolkning af den primære og sekundære ret til at finde frem til gældende ret.

Generaladvokatens udtalelser om afgørelser anvendes også i det omfang, de har relevans for at besvare problemformuleringen. Retskildeværdien af udtalelserne er tvivlsomme, og de er således ikke bindende for domstolen, men skal ses som et bidrag til at anskue problemstillingen på en anden måde.⁷

Domstolen praktiserer ikke en stare decisis doktrin, dvs. det står EU-domstolen frit for at ændre tidligere afgørelser.⁸ Dermed kan domstolen ændre på de nuværende kriterier til at statuere skatteunddragelse igennem nyere afgørelser.

EU-domstolen anvender i sine praksis den dynamiske fortolkningsstil, dvs. hvilket udviklingstrin EU-retten befinder sig på, altså at man fortolker bestemmelsens ordlyd.⁹

1.4.2 Økonomisk metode og teori

I den økonomiske analyse vil problemstillingen blive løst ved hjælp af den neoklassiske teori, som er grundstenen i moderne økonomi og også omfatter retsøkonomi. Teorien antager, at selskabers adfærdsmæssige handlinger afhænger af selskabers rationale dvs. de relevante aktører (selskaber) er profitmaksimerende. Selskaber ønsker at maksimere deres nytte, hvorfor de reagerer på medlemsstaternes konkurrence om selskabsskattesatsen. Selskaber vil

⁷ EU-ret, Nielsen, 2016, s. 177

⁸ ibid. s. 176

⁹ ibid

have en øget tilbøjelighed til indgå skatteunddragelsesaktiviteter og foretage profit shifting til den skattedestination, hvor de den samlede skattebyrde mindskes.

Afhandlingens økonomiske del indledes med en teoretisk analyse af, hvad der udgør optimal beskatning. Formålet er ikke at finde det optimale skattesystem. Dette er vanskeligt at fastslå grundet medlemsstaternes forskellige lovgivninger og selskabernes modsatrettede syn på et optimalt skattesystem. Analysen vil i stedet fokusere på, hvad der giver selskaberne incitament til at foretage skatteunddragelse.

Forudsætningen for analysen er, at der opstår skattekonkurrence som følge af, at området for direkte skatter ikke er harmoniseret samt selskabers frie etableringsret. Medlemsstaterne konkurrerer om tiltrække udenlandske selskaber, hvilket selskaber udnytter ved at være aggressive i deres skatteplanlægning.

Analysen tager udgangspunkt i teorien om (skadelig) skattekonkurrence. Igennem en makroøkonomisk tilgang vil skattekonkurrencen blive analyseret i praksis sammenholdt med undersøgelser i forhold til de samfundsmæssige virkninger, der kan opstå som følge af skatteunddragelse, og hvilke konsekvenser det har på skatteprovenuet, udenlandske investeringer, vækst og satsen.

Den økonomiske del afsluttes med en teoretisk vurdering af, hvorvidt harmonisering af selskabsskattesatsen i medlemsstaterne vil minimere selskabers skatteunddragelsesaktivitet og således mindske den skadelige skattekonkurrence. Den retsøkonomiske analyse vil blive anvendt til at vurdere de økonomiske implikationer af harmonisering for selskabers adfærd og aktivitet og de øvrige landes reaktion. Spilteoretiske modeller anvendes i analysen mhp. at undersøge, hvorvidt det er en rationel beslutning at harmonisere selskabsskattesatsen, og om det vil være velfærdsøgende dvs. om det vil føre til en Kaldor-Hicks efficient tilstand.

I afsnittet om CSR og skatteunddragelse vil det blive analyseret, om selskabers har et socialt ansvar. Det vil endvidere blive foretaget en teoretisk analyse af, hvilke betydning det har for selskabers omdømme, at de associeres med lovlig eller ulovlig skatteunddragelse i forhold investorer, kunder og aktionærer.

1.5 Kildekritik

I den økonomiske analyse bygger de benyttede teorier (neoklassisk, retsøkonomisk og spilteorier) på en række antagelser og forudsætninger, der er en forsimpning af virkeligheden. I praksis eksisterer der andre faktorer og forudsætninger, der har en indflydelse på det fremkomne resultat. Endvidere anvendes resultater fra studier samt nøgletal i afhandlingen. Der er taget kritisk stilling til disse, da beregningsmetoderne er forskellige. De anvendte fagbøger og (videnskabelige) artikler er udarbejdet af fagligt kompetente eksperter indenfor deres felt, hvilket øger kildens troværdighed.

KAPITEL 2. DEN JURIDISKE ANALYSE

2.1 Etableringsretten for selskaber

Anvendelsesområdet af etableringsretten for selskaber er omfattet af bestemmelserne i traktatens artikel 49 og 54 TEUF. Selskaberne er således berettigede til at deltage i en grænseoverskridende etablering, dvs. retten til at udøve og oprette virksomheder i en anden medlemsstat. Ved den primære etablering skabes en stabil og permanent indretning af en virksomhed som led i erhvervsmæssig aktivitet i værtslandet. Ved den sekundære etablering opretter selskabet et agentur, filial eller datterselskab i værtslandet. Disse rettigheder er beskyttede af TEUF artikel 49 og 54.

EU-domstolen understreger i sag C-79/85, Segers, at selskaber kan udøve og være omfattet af etableringsretten, såfremt selskabet er gyldigt stiftet i overensstemmelse med stiftelsesstatens lovgivning, at selskabets vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende i EU, og at der arbejdes med gevinst for øjet.¹⁰ Når disse betingelser er opfyldt, er den omstændighed, at selskabet alene udøver sin virksomhed gennem en filial eller datterselskab i en anden medlemsstat, uden betydning, idet en sådan konstruktion er omfattet af lovgivningen i medlemsstaten.¹¹

I generaladvokaten Légers forslag til besvarelse af Cadbury Schweppes-sagen understreges vigtigheden af fællesskabsrettens betydning indenfor skatteområdet. At et selskab, der etablerer sig i en anden medlemsstat med et ønske om at opnå en mindre skattebyrde, er ikke nødvendigvis udtryk for misbrug af etableringsretten.¹²

Medlemsstaterne har ikke kompetence til at diskriminere eller nægte et ikkehjemmehørende selskab adgang til eksempelvis at udnytte en bedre skattelovgivning i en anden medlemsstat, såfremt selskaberne overholder stiftelsesstatens lovgivning. De har således krav på de samme fordele og vilkår, som gør sig gældende for de indenlandske selskaber.

¹⁰ Sag C-79/85, Segers præmis 16.

¹¹ Ibid.

¹² jf. generaladvokat Léger i forslag til bevarelse af sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 40.

En accept af, at værtslandet kan forskelsbehandle selskaber, vil medføre, at bestemmelsen vil blive illusorisk.¹³

Generaladvokaten understreger endvidere, at selskaber har ret til at placere deres aktiviteter gennem datterselskaber i en anden medlemsstat med et lavere skatteniveau. En sådan etablering er beskyttet af bestemmelsen i artikel 49 og 54.

EU-domstolen har igennem sin domspraksis fastslået, at medlemsstaterne må acceptere skattekonkurrence mellem de forskellige nationale retssystemer i EU. *"Dette gælder også, selvom et selskab stiftes i et medlemsland, hvis lempeligere skatteregler er kategoriseret som skadelige i EU's adfærdskodeks(...)"*¹⁴ Til trods for at nogle af medlemsstaterne har skadelige "skatteregimer" i henhold til EU's adfærdskodeks om *"harmful tax competition"*, kan en medlemsstat ikke diskriminere selskaber, der er lovligt stiftet i sådanne "skatteregimer".¹⁵ Medlemsstaterne er således ikke forpligtet af disse principper, da regelsættet ikke er juridisk bindende. Om nationale skatteregler strider imod princippet om etableringens frie bevægelighed, vurderes ud fra traktatens definition af en reel etablering.

Et væsentligt kriterie for at være omfattet af etableringsretten og dermed beskyttet af EU-retten er, at den transaktion eller etablering, et selskab foretager, sker som led i "faktisk udøvelse af en økonomisk aktivitet" gennem en fast indretning i anden medlemsstat.

2.2 Saglige begrundelser for skatteretlig hindring på skatteområdet

Medlemsstaterne har kompetence til at opstille hindringer i forbindelse med grænseoverskridende etablering i de tilfælde, hvor foranstaltningen er begrundet ud fra tvingende almene hensyn, at de anvendes uden forskelsbehandling, at de er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger og ikke går ud over det nødvendige for at opnå dette mål.¹⁶

¹³ Skatte-strafferet – Albrechtsen m.fl., 2014, side 306 og EU skatteret – Stockholm, 2008, side 315.

¹⁴ EU skatteret – Stockholm, 2008, s. 330

¹⁵ ibid. s. 331

¹⁶ C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, præmis 49

2.2.1 Økonomiske hensyn

Medlemsstatens påberåbelse af økonomiske hensyn, herunder tab af skatteprovenu og beskyttelse af skattegrundlaget, kan ikke retfærdiggøre en konstateret hindring for en grundlæggende frihedsrettighed.¹⁷

I sag C-264/96, ICI, var de engelske regler indrettet således, at selskaber (om de var hjemmehørende eller ikke) blev forskelsbehandlet i forbindelse med adgang til konsortiefradrag. Begrænsningen blev begrundet ud fra ønsket om at undgå et tab af medlemsstatens skatteindtægter. Domstolen anfører, at en medlemsstat først kan beskatte indtægter, når transaktionen er realiseret. Der kan opstå en situation, hvor indtægten flytter til en anden medlemsstat. Dermed kan en medlemsstat ikke indrette sig på at sikre den nødvendige sammenhæng mellem et fradrag og en indtægt.¹⁸

Medlemsstaten er tvunget til at give selskaber de samme rettigheder som indenlandske selskaber. Der kan opstå en situation, hvor et selskab har fradragsret for udgifter i en medlemsstat og samtidig har mulighed for at føre overskuddet ud af den specifikke medlemsstat skattefrit, uden at medlemsstaten kan påberåbe et tab af skatteprovenu.

2.2.2 Hensyn til skatteunddragelse

EU-domstolen har igennem sin praksis anerkendt, at en medlemsstats bekæmpelse af skatteunddragelse udgør et tvingende alment hensyn. Kriterierne er således begrænset til de tilfælde, hvor et indgreb skal udelukke ”rene kunstige arrangementer”, dvs. hvor formålet er at omgå medlemsstaternes skattelovgivning med henblik på en skattefordel¹⁹ og ikke i de tilfælde, hvor et selskabs skattetransaktion sker som led i at undgå beskatning af fremtidige indtægter.²⁰ Det er en væsentlig forudsætning, at den faktiske erhvervsmæssige virksomhed har økonomisk realitet, og at etablering har fast indretning i medlemsstaten i et ikke nærmere angivet tidsrum.²¹

Medlemsstaterne er pålagt et strengt proportionalitetskrav i forbindelse med bekæmpelse af skatteunddragelse. Det strenge proportionalitetskrav kom til udtryk i Cadbury Schweppes-

¹⁷ EU skatteret – Stockholm, 2008, side 560

¹⁸ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.191

¹⁹ Sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 55

²⁰ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.192-193

²¹ Sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 54

afgørelsen, hvor et engelsk moderselskab etablerede to datterselskaber i Irland for drive koncernens finansieringsvirksomhed fra Irland af skattemæssige årsager. I et sådant tilfælde blev kompetencen underlagt de irske beskatningsregler og ikke de engelske.

Såfremt et datterselskab befinder sig i værtsmedlemsstaten, og det sker som led i en faktisk udøvelse i erhvervsmæssigt regi, ”*foreligger der ikke en omgåelse af den normalt skyldige skat af overskud genereret ved erhvervsmæssigt aktivitet i stiftelsesstaten.*”²² Beskatningsretten og indtjeningen er således forbeholdt etableringsstaten, såfremt der er tale om en reel etablering.

Domstolen pålagde de engelske skattemyndigheder at løfte bevisbyrden for, at koncerns etablering var et udtryk for et kunstigt arrangement. På baggrund af ovenstående omstændigheder krævede domstolen opfyldelse af det strenge proportionalitetskrav, hvilket indebærer, at nationale foranstaltninger kan retfærdiggøres, såfremt grundlaget er at hindre rent kunstige arrangementer, som ikke sker som led i reel økonomisk aktivitet. Således kunne England ikke inddrage den indtjening, som var oppebåret i en anden medlemsstat i de tilfælde, hvor beskatningsretten til en erhvervsmæssig aktivitet var flyttet fra stiftelsesstaten til etableringsstaten.²³

Domstolen har i nyere sager lempet på proportionalitetskravet og anerkendt, at medlemsstater har ret til at anvende generelle restriktive værnsregler med det formål at hindre skatteunddragelse og af hensyn til at bevare en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.²⁴

I dette tilfælde anvendte skatteyderne fællesskabsretten i forbindelse med regnskabsmæssige justeringer (f.eks. anvendelse af transferpriser, som afviger fra markedsprisen),²⁵ som blev flyttet fra en medlemsstat (hvor der allerede er oppebåret en indkomst) til en anden medlemsstat med det formål at udnytte de forskellige skattesatser, der gælder ved beskatning af overskud.²⁶

²² EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering – Damgaard, 2012, s. 86

²³ Ibid.

²⁴ Sag C-311/08, SGI, præmis 66

²⁵ Sag C-446/03, Marks & Spencer, sag C-311/88 SGI og i sag C-231/05, OY AA

²⁶ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s. 178

Såfremt domstolen ikke havde accepteret dette hensyn, ville selskaberne kunne vælge at overføre deres overskud eller underskud til den medlemsstat, hvor beskattningen af deres indtjening vil være mest gunstig for dem uden at tage hensyn til, hvor den faktiske erhvervsmæssige aktivitet udøves. Medlemsstaten er berettiget til at sikre, at denne har beskatningsretten i det tilfælde, hvor indkomsten er oppebåret på dennes område.²⁷

Med andre ord skal en national foranstaltning have som formål at modvirke skatteunddragelse, men ikke indføre generelle indgreb, som potentielt kan ramme dispositioner, der ikke er et udtryk for et kunstigt arrangement.

2.2.3 Hensynet til sammenhæng i skattehensynet og fordeling af beskatningskompetencen

I den betydningsfulde afgørelse i sag C-204/90, Bachmann, tilsidesatte domstolen fællesskabsretten med henblik på at sikre og bevare sammenhængen i skattesystemet.

Kernen i sagen var, at Bachmann ønskede at opnå fradrag for sine indbetalinger til udenlandske pensionsordninger i en anden medlemsstat end bopælsstaten. Domstolen accepterede, at den belgiske skatteordning var begrundet i at sikre sammenhæng i skattesystemet. I vurderingen lagde domstolen til grund, at der var en sammenhæng mellem fradragsretten for præmier og skattepligten af de beløb, der blev udbetalt af forsikringsselskaberne af pensionsforsikringer.²⁸

Den belgiske skatteordning var konstrueret således, at kun udbetalinger af pensionsforsikringer skulle beskattes, hvis man havde opnået fradrag. Hvis dette ikke gjorde sig gældende, var udbetalingerne skattefrie.²⁹ Medlemsstaten ville lide et provenutab, såfremt den accepterede at give fradrag for indbetalinger til pension uden at tage forbehold for, at man kunne beskatte en senere udbetaling, hvorved tabet var reelt.

Domstolen har i senere afgørelser fastslået, at en sammenhæng i beskatningsordningen skal fortolkes indskrænkende. Det er pålagt medlemsstaten at påvise, at beskatningsordningen bliver direkte påvirket, dvs. at der er en sammenhæng mellem et fradrag og den senere beskatning jf. C-157/07, Krankenheim.³⁰

²⁷ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.178

²⁸ sag C-204/90, Bachmann, præmis 21

²⁹ ibid, præmis 22

³⁰ sag C-157/07, Krankenheim, præmis 42

I de fleste tilfælde beror afvisningen på, hvor sammenhængen er reguleret i DBO, eller hvor skattefordelen og skatteulempen ikke udspringer sig af samme retsforhold eller indgrebet ikke vedr. den samme skatteyder, samt hvis indgrebet ikke er proportionalt.³¹

Såfremt ovenstående argumenter ikke er omfattet af tvingende almene hensyn, kan medlemsstaten opretholde en foranstaltning med ønske om at bevare beskatningskompetencen. Dette hensyn blev accepteret af domstolen i sag C-446/03, Marks & Spencer. Kernen i sagen var, at medlemsstaten afviste underskudsudnyttelse mellem koncernbundne selskaber. Såfremt underskuddet fremkom i en anden medlemsstat end England, kunne moderselskabet ikke modregne underskud, som var fremkommet i ikkehjemmehørende datterselskaber.

Moderselskabets formål med etableringen var at opnå en skattefordel, således at koncernen kunne styrke sin likviditetsmæssige fordel.³² Domstolen understregede, at medlemsstaten hindrede moderselskabet i at udnytte retten til etablering.

Domstolen anførte, at den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne ville være i fare, hvis selskaberne fik mulighed for at vælge, om der skulle tages hensyn til deres underskud i etableringsmedlemsstaten eller i en anden medlemsstat. Dette skyldes, at beskatningsgrundlaget ville blive forhøjet i den første stat og nedsat i den anden med de overførte underskud. Grundet de forskellige skattesatser vil den første medlemsstat miste skatteprovenu som følge af en uberettiget udnyttelse af reglerne. Det optimale ville være, at man blot kunne anvende en medlemsstats regler, både hvad angår overskud og underskud for økonomisk virksomhed.³³ Medlemsstaten må ikke systematisk afvise selskaber på baggrund af de skattefordele, selskaberne kan opnå igennem grænseoverskridende aktivitet på trods af, at denne ikke generer skatteindtægter til medlemsstaten. Omvendt kan medlemsstaten heller ikke inddrage den skattepligtige indkomst, der er genereret udenfor dennes område.

³¹ ibid.

³² Skatteværn og EU-frihed – Rønfeldt, 2010, s. 593

³³ sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 45 og 46

2.3 Skatteunddragelse og misbrug af EU-retten på skatteområdet

2.3.1 Skatteplanlægning

I en globaliseret verden er selskaber nødsaget til at skatteplanlægge deres driftsaktivitet for eksempelvis at undgå dobbeltbeskatning og tage stilling til, hvorledes de gennemfører en omstrukturering, idet skattelovgivningen tillader skattefrie og skattepligtige transaktioner. Skattetækning kommer til udtryk, når skatteyderen ønsker at opnå skattemæssige fordele på lovlig vis.³⁴ Modsætningen hertil er skatteunddragelse, hvor selskaber uretmæssigt forsøger at opnå skattefordel vha. midler, der er i strid med gældende EU-lovgivning.³⁵

Manglende skatteharmonisering blandt medlemsstaterne indenfor området af direkte skatter samt de komplekse og forskellige skatteregler og skattesatser resulterer i, at det er blevet lettere at foretage skatteplanlægning. Det er ikke et udtryk for skatteunddragelse eller misbrug af etableringsretten, at selskaber som led i deres omkostningsminimeringsdriftsstrategi ser en fordel i at placere et datterselskab i en medlemsstat, hvor skattesatsen er lavere end i bopælsstaten, med henblik på en reduceret beskatning³⁶

I sag C-196/04, Cadbury Schweppes, fastslog domstolen, at det ikke er et udtryk for misbrug eller skatteunddragelse, at et selskab, der er etableret i en medlemsstat, opretter og indskyder kapital i selskaber i en anden medlemsstat udelukkende med det formål at drage fordel af den fordelagtige skatteordning.³⁷ En skatteyder kan ikke fratages retten til at benytte de traktatfæstede bestemmelser, hvis hensigten er at opnå skattemæssige fordele, som lovligt kan opnås i en anden medlemsstat end bopælsstaten, da dette ikke er et udtryk for misbrug.³⁸

Altså er der ikke et tilstrækkeligt grundlag for at fastslå misbrug af etableringsretten med henblik på skatteunddragelse i tilfælde af, at selskaber skatteplanlægger deres aktiviteter ud fra skattemæssige og driftsmæssige hensyn og inddrager de skattemæssige alternativer på bekostning af medlemsstaternes forskellige skatteregler og udøver etableringsretten i en medlemsstat med henblik på at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning på lovlig vis.

³⁴ International skatteret - 2015, Tell m.fl., s. 271

³⁵ Ibid.

³⁶ Skatteværn og EU-frihed – Rønfeldt, 2010, s. 662

³⁷ sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 10

³⁸ Sag C-364/01, Barbier, præmis 71

EU-domstolen accepterer et indre marked, hvor der er fri konkurrence mellem de enkelte medlemsstaters skattesystemer.³⁹ Formålet med det indre marked er, at alle fordele skal være tilgængelige for skatteydere i forbindelse med grænseoverskridende aktiviteter. Medlemsstaterne må ikke lægge hindringer i vejen for et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med statens lovgivning. Uanset hvad formålet med etableringen er, kan medlemsstaterne kun undtagelsesvist beskytte sig mod omgåelse.

2.3.2 Skatteunddragelse

I EU-regi har domstolen fortolket og anvendt begreberne skatteunddragelse, skattesvig og det almindelige misbrugsbegreb af de traktatfæstede frihedsrettigheder som synonyme for hinanden. Disse begreber anvendes således som en samlet betegnelse for ikkeacceptable aktiviteter, hvorfor de ikke nyder den EU-retlige beskyttelse.⁴⁰

I sag C-264/96, ICI, blev begrebet skatteunddragelse og betragtninger om kunstig arrangement koblet sammen. ICI-sagen vedrørte de engelske regler om overførsel af fradrag for tab inden for samme koncern, nemlig koncernfradrag. Domstolen understregede, at oprettelsen af datterselskaber i en anden medlemsstat end bopælsstaten ikke kunne sidestilles med skatteunddragelse, idet disse er underlagt skattelovgivningen i etableringslandet. De britiske regler kunne ikke opretholdes, idet disse ikke havde til formål at udelukke rent kunstige arrangementer.⁴¹ Hvis skatteunddragelsen sker som led i et kunstigt arrangement, er der tale om et misbrug, hvorfor medlemsstaten kan begrunde en hindring af den traktatfæstede frihedsrettighed. Dette kom til udtryk i sag, C-9/02, Du Saillant.

Sag C-446/03, Marks og Spencer, vedrørte skattemyndighedernes udelukkelse af koncernlempelse med den begrundelse at forebygge risikoen mod skatteunddragelse. Domstolen anerkendte, at risikoen for skatteunddragelse var til stede: *“At overføre underskud pådraget af et ikke-hjemmehørende datterselskab til et hjemmehørende moderselskab indebærer en risiko for, at overførslerne af underskud bliver organiseret inden for en koncern*

³⁹ EU skatteret – Stockholm, 2008, side 323

⁴⁰ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.179

⁴¹ sag C-264/96, ICI, præmis 26

af selskaber i retning mod de selskaber, der har hjemsted i de medlemsstater, der anvender den højeste skattesats, og hvor skatteværdien af underskuddene derfor er størst.”⁴²

Den påståede hindring forfulgte således et legitimt mål. Domstolen konkluderede, at hensigten med etableringsretten ikke var, at selskaber vilkårligt kunne overføre deres overskud eller underskud fra en medlemsstat til en anden afhængigt af, hvad der var mest fordelagtigt for dem. Medlemsstaten har således ret til at beskatte selskaber, der har udført økonomisk virksomhed på deres beskatningsområde, og modsætte sig de ovenstående overførsler, hvis selskaberne drager fordel af de forskellige skattesatser ved beskatning af overskud, som allerede er opstået i en medlemsstat.

Dommen skal betragtes som en undtagelse til at påberåbe skatteunddragelse som et tvingende alment hensyn, fordi skatteunddragelsen i den pågældende situation stod alene, idet der ikke var tale om et kunstigt arrangement.⁴³

Den ovenstående dom blev præciseret i sag C-311/08, SGI. Domstolen lagde vægt på, at der er 2 former for skatteunddragelse: 1) Skatteunddragelse, der omfatter rent kunstige arrangementer uden økonomisk realitet med henblik på at omgå nationale skattesystemer, og 2) skatteunddragelse, der ikke omfatter rent kunstige arrangementer, men hvor der er et behov for at bevare balancen i fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.⁴⁴ Dette udvider således medlemsstaterne muligheder for at hindre skatteunddragelse og retfærdiggøre nationale værnsregler.

I EU-regi skal betingelsen, der knytter sig til begrebet skatteunddragelse, være til stede, dvs. tilstedeværelsen af et rent kunstigt arrangement med henblik på at omgå nationale skatteregler for at opnå en skattefordel. Der kan ikke opstilles en generel formodning om skatteunddragelse, når selskaber eller fysiske personer opretter datterselskaber eller flytter hjemsted fra bopælsstaten, idet det ikke kan konstateres om hensigten var at udnytte eller omgå nationalskattelovgivning. Det er helt legitimt at udnytte de forskellige skatteniveauer. Såfremt et selskab har reelle aktiviteter i en anden medlemsstat, *”kan det forhold, at disse*

⁴² sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 49

⁴³ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.179

⁴⁴The EC Tax Journal, O’Shea, 2010-11, s. 106

*aktiviteter underkastes skat i etableringslandet og ikke oprindelseslandet, ikke begrunde forholdsregler.”*⁴⁵ I de tilfælde, hvor en skatteyder besidder en væsentlig aktieandel i et skattepligtigt selskab og flytter sit skattemæssige hjemsted fra Frankrig uanset den økonomiske bevægegrund, er der ikke tale om skatteunddragelse.⁴⁶

Jf. sag C-436/00, X og Y, kan skatteunddragelse anvendes som begrundelse for at nægte de skattemæssige fordele, der er sikret af fælleskabsretten, når denne misbruges af skatteydere til at iværksætte et fiktivt arrangement for at undgå beskatning med formålet om at omgå de nationale skatteregler.⁴⁷

2.3.3 Misbrug

Domstolens retspraksis spiller en væsentlig rolle i fortolkningen af begreberne, skatteunddragelse og misbrug af frihedsrettighederne i TEUF. På EU's nuværende udviklingstrin på området for direkte skatter anlægger domstolen den fortolkning, at EU-retten ikke må anvendes til at opnå en position, der er til skade for eller uforenlig med det indre markedes formål.⁴⁸ Under disse omstændigheder kan medlemsstaten oprette værneregler mod misbrug og skatteunddragelse, så længe hindringen er proportionel og dermed overholder effektivitetsprincippet.

Sag C-110/99, Emsland-Stärke var en af de første sager med indicier for, at det ikke er foreneligt med EU-retten at påberåbe sig traktaten til at gennemføre transaktioner i misbrugshensigt. Emsland-Stärke havde hjemsted i Tyskland, hvor de fremstillede kartoffelstivelse. Som i led i deres forretning eksporterede de varen til to selskaber i Schweiz med samme ejerkreds. Efter eksport til Schweiz blev varerne sendt retur til Tyskland, uden nogen former forarbejdning eller omarbejdelse, med henblik på salg. Formålet med udførslen var alene at få udbetalt eksportrestitution af de tyske myndigheder.

Kommissionen konkretiserer, at 3 forhold skal være til stede for at statuere misbrug af fælleskabsretten:⁴⁹ 1) Et objektivt element, hvor betingelserne for tildeling af en ydelse er

⁴⁵ EU-retten, Sørensen m.fl. 2014, s. 828

⁴⁶ Sag-C9/02, du saillant.

⁴⁷ sag C-436/00, X og Y, præmis 60 og 61

⁴⁸ Skattestrafferet, 2014, Albrechtsen m.fl. s. 318-319

⁴⁹ Sag C-110/99, Emsland-Stärke præmis 39

kunstigt skabt, 2) et subjektivt element, hvor gennemførslen af handelstransaktionen sker som led i at opnå en økonomisk fordel, hvilket er uforenligt med EU-retten og 3) et bevisbyrdeelement, hvor det påhviler de nationale myndigheder at efterprøve, om de to betingelser er opfyldt.

Betingelsen for en tilstedeværelse af det objektive element er, at transaktionen er sket på et kunstigt grundlag med henblik på at opnå uberettigede fordele af fællesskabsretten. Selvom de objektive omstændigheder fører til, at betingelserne i transaktionen formelt set er opfyldt, kan misbrug stadigvæk konstateres, hvis det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået.⁵⁰ Udbetalingen af eksportrestitution kan ikke udvides til at dække de erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, hvis ind- og udførselstransaktioner har fundet sted som almindelig handel, hvor formålet har været at profitere.⁵¹

Dog er det vigtigt at anføre, at vurderingen af de objektive omstændigheder indebærer en konkret undersøgelse af fællesskabsbestemmelsernes indhold og formål sammenholdt med den erhvervsdrivendes adfærd, således at denne overholder de gældende regler, herunder den praksis, der hersker indenfor det specifikke erhverv.

Det subjektive element afhænger af det objektive element. Det afgørende er den erhvervsdrivendes hensigt med at opnå en fordel. Dette er ganske omdiskuteret, idet det er svært at konkretisere eller vurdere, om en skatteydere motiver eller hensigter er at udnytte en bedre lovgivning eller at opnå en fordel af fællesskabsretten ved at skabe kunstige betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. I Emsland-Stärke-sagen forekom det subjektive element, hvis det kunne bevises, at der var en hemmelig aftale mellem eksportøren, som ville drage fordel af denne restitution, og importøren af varerne i et tredjeland.⁵²

Det kan således udledes af dommen, at tilstedeværelsen af det objektive og subjektive element i misbrugsbegrebet er en gyldig årsag til, at erhvervsdrivende afskæres fra at påberåbe sig rettigheder og fordele i medfør af fællesskabsretten. Domstolen lagde vægt på, at det faktum at udførslen og genindførslen af en vare uden forarbejdning samt den korte

⁵⁰ I Sag C-110/99, Emsland-Stärke præmis 52

⁵¹ ibid. præmis 51

⁵² ibid, præmis 53

periode mellem udførslen og genindførslen på det tyske marked med henblik på salg og anvendelsen af de samme transportmidler udgjorde et misbrug af restitutionsordningen. Den pågældende handelstransaktion havde til formål at opnå en fordel af eksportrestitutioner, der var uforenelig med de gældende fællesskabsretlige bestemmelsers formål, idet betingelserne for at opnå fordel blev kunstigt skabt. Dermed forsvandt rettighederne.

I modsætning hertil konstaterede domstolen i sag C-515/03, Eichsfelder, der ikke er tale om misbrug, når en vare reimporteres efter eksporten og har gennemgået en betydelig forarbejdning eller bearbejdning, idet omstændighederne er reelle i forbindelse med at opnå fordele af eksportrestitutionsordningen.⁵³ Misbrug kan dog påberåbes, hvis der kan føres bevis for, at en transaktion er sket i misbrugshensigt, selvom varen er blevet bearbejdet, inden den reimporteres.

Hvorvidt etableringskæder kan udgøre misbrug af EU-retten, kom til udtryk i sag C-212/97, Centros. Centros er en selskabsretlig afgørelse, hvor et dansk par stiftede et hjemmehørende anpartsselskab i UK med overholdelse af lovgivningen af kapitalkravet på 100 GBP. De danske myndigheder nægtede at registrere en filial af anpartsselskabet i DK med henvisning til, at der manglede et genuine link, idet de betragtede konstruktionen som værende en etableringskæde, som blev iværksat for at undgå de danske regler om minimumskapital på 200.000 kr.

Hensigten med at stifte et APS-selskab i England igennem primære etablering var at omgå de danske regler vedr. kapitalkrav.⁵⁴ Dermed begrænser EU altså ikke etableringsretten, selvom formålet var at omgå de nationale restriktive regler ved at udnytte etableringskæder. Centros havde ret til at oprette en filial i stifterens hjemland som juridisk ramme for sin erhvervsvirksomhed, velvidende at selskabet ikke havde nogen tilknytning til etableringsstaten, dvs. den stat, hvor kapitalvirksomheden var registreret.⁵⁵

Domstolen understregede, at såfremt en statsborger ønsker at stifte et selskab og bevidst vælger at stifte det i den medlemsstat, hvor reglerne omkring selskabsstiftelse forekommer at

⁵³ Sag C-515/03, Eichsfelder, præmis 41

⁵⁴ sag C-212/97, Centros præmis 18

⁵⁵ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.241

være mindst byrdefulde og udnytte disse, er der ikke tale om misbrug af etableringsretten.⁵⁶ Det væsentlige er, at et selskab skal være stiftet i overensstemmelse med medlemsstatens lovgivning, uanset om der er tale om primær eller sekundær etablering, og som led i udøvelsen af etableringsfriheden, som er omfattet af TEUF.⁵⁷ Da Centros overholdte de gældende britiske regler vedr. kapitalkravet, var denne konstruktion i tråd med etableringsrettens formål. Selvom stiftelsen bevidst skete med henblik på at drive hovedaktiviteten i en anden medlemsstat, er det ikke et udtryk for misbrug. EU-domstolen syntes at antage, at intet skulle hindre selskaber i at etablere sig i en anden medlemsstat på trods af en udnyttelse af EU-retten.⁵⁸

Dermed lagde EU-domstolen op til, at det på selskabsområdet er tilladt med en proforma tilstedeværelse, dvs. de såkaldte tomme og skærmselskaber kan oprettes, hvis det er i tråd med etableringsretten. Der behøvede således ikke at være et genuine link mellem det vedtægtsmæssige hjemsted og filialen i Danmark, idet denne konstruktion ikke overskred grænsen mellem brug og misbrug, hvorfor etableringsretten ikke blev indskrænket.⁵⁹ Dermed er det tilladt at ”shoppe” efter det lands APS-lovgivning og skattesats, der forekommer mest attraktiv, og medlemsstaterne må acceptere en vis form for skattekongurrence. I samme ombæring kan det udledes, at misbrugsbegrebet forekommer i forskellige nuancer afhængigt af, hvilket retsområde der er tale om. Der sondres således mellem misbrugsbegrebet i skattemæssige og selskabsretlige henseende.

De nationale foranstaltninger kan kun opretholdes og gøre et indgreb i etableringsfriheden, såfremt 4 betingelser er opfyldt jf. Gebhard-testen. Fokus skal i særdeleshed rettes mod proportionalitetskravet og de almene hensyn. Det er ikke misbrug at benytte de rettigheder, der er sikret i fælleskabsretten, medmindre det kan bevises, at en statsborger har udnyttet og misbrugt sin egen nationale lovgivning og samtidigt gjort fælleskabsbestemmelserne gældende, hvilket ikke er formålet med traktaten.⁶⁰

⁵⁶sag C-212/97, Centros præmis 27

⁵⁷ ibid

⁵⁸ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.240-241

⁵⁹ Skattehensyn er lovlig hensyn: Om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten, nr. 28, 2006, Werlauff, s. 2229

⁶⁰Sag C-212/97, Centros præmis

Misbrugsbegrebet er også aktuelt inden for momsområdet. Sag C-255/02, Halifax, vedrørte bankvirksomheden Halifax, der var fritaget for moms for størstedelen af sine ydelser. Men Halifax tillod at passere et datterselskabs transaktioner med det formål at opnå momsfradrag på trods af, at datterselskabet var fuldt momspligtigt. I sagen opstillede domstolen kriterier for, hvad der udgør misbrug og lovlig skatteplanlægning, således at retssikkerheden ikke indskrænkes. For at undersøge, om der foreligger misbrug, benyttes en 2-trin test: 1) Misbrug på momsområdet opstår, når en transaktion sker som led i at opnå en uberettiget afgiftsfordel, selvom afgiftsfordelen er tildelt og overholder de formelle betingelser og den nationale lovgivning.⁶¹ 2) De objektive omstændigheder skal føre til en afgiftsfordel, og som er en vigtig bestanddel af transaktionen. Domstolen fulgte generaladvokaten Maduros anvisninger, af hvilke det fremgår, at misbrug ikke er gældende, hvis en transaktion er begrundet ud fra andre forretningsmæssige årsager end blot at opnå en afgiftsfordel.⁶²

Domstolen tilkendegav, at en erhvervsdrivende har ret til at vælge en struktur for virksomhedsdriften, der reducerer afgiftstilsvaret. Opstår der en mulighed, hvor en afgiftspligtig kan vælge mellem to transaktioner, og denne fravælger betaling af den høje moms, er dette ikke et udtryk for, at transaktionen er sket i misbrugshensigt.⁶³

Medlemsstaten skal inddrage totrin test til at beslutte, hvorvidt der foreligger faktiske omstændigheder, der udgør misbrug i henhold nationale bevisregler. Dog må fællesskabsrettens rækkevidde og virkning ikke blive illusorisk eller indholdsløs.⁶⁴

2.3.3.1 Kunstigt arrangement

Begrebet kunstigt arrangement har fået en central rolle i beskyttelsen af nationale værnsregler. EU-domstolen accepterer, at et kunstigt arrangement kan begrunde en hindring af de traktatfæstede frihedsrettigheder, som medlemsstater kan iagttage. I sag C-196/04, Cadbury Schweppes, blev skatteunddragelse og misbrug anvendt i flæng. *”Skatteunddragelse blev i afgørelsen nedtonet til forskel fra anvendelsen af misbrug af frihedsrettighederne”*⁶⁵

⁶¹Sag C-255/02, Halifax, præmis 74

⁶²ibid. præmis 75

⁶³ibid, præmis 73

⁶⁴ibid, præmis 76

⁶⁵ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.179

Cadbury-sagen var en af de mest omfattende sager, hvor begrebet ”kunstigt arrangement” vurderet. Koncernen valgte at etablere to datterselskaber med hjemsted i IFSC i Irland. De to selskaber CSTS og CSTI blev oprettet i Irland med det erklærede formål at drage fordel af en mere fordelagtig skattelovgivning, idet skatten udgjorde 12,5%. De to datterfinansselskaber skulle tilvejebringe kapital til koncernen.

De britiske CFC-regler understreger, at når skatten i værtslandet, her Irland, er mindre end 75% af det britiske skatteniveau, er der tale om et lavskatteland. Som følge heraf skal moderselskabet i England tvangsmæssigt lade sig sambeskatte med lavskatteselskabet i Irland.⁶⁶

Selskabet udfordrede den britiske CFC-lovgivning i forhold til, om den var forenelig med fællesskabsretten (artikel 49 og 54 TEUF). Desuden blev der rejst tvivl om, hvorvidt der var tale om misbrug af etableringsretten i tilfælde af, at et selskab etableret i en medlemsstat opretter datterselskaber i en anden medlemsstat med det formål at indskyde kapital i disse og dermed opnå en fordelagtig skatteordning.

De britiske myndigheder fastslog, at CFC-lovgivningen forhindrer skatteunddragelse i de tilfælde, hvor et britisk hjemmehørende selskab kunstigt overfører sit overskud til en lavskattestat gennem etablering af et eller flere datterselskaber.

Domstolen slog fast, at skattehensyn er lovlige hensyn i selskabers skatteplanlægning. Det faktum, at *”der foreligger en fordel pga. af en lav beskatning af et datterselskab, der er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor moderselskabet er etableret, ikke i sig selv tillader sidstnævnte medlemsstat at opveje denne fordel ved hjælp af en mindre fordelagtig skattebehandling af moderselskabet”*,⁶⁷ således at denne ikke fratages muligheden for at påberåbe sig fællesrettens bestemmelser.

Det faktum, at de to datterselskaber, CSTS og CSTI, blev etableret i IFSC i Irland med det klare formål at drage fordel af den fordelagtige skatteordning, er altså ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der er tale om misbrug og skatteunddragelse.⁶⁸

⁶⁶ Skattehensyn er lovlig hensyn: Om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten, nr. 28, 2006, Werlauff, s. 2228

⁶⁷ C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 49

⁶⁸ ibid. præmis 38

I Cadbury foretog Domstolen en proportionalitetstest i vurderingen af, hvornår der foreligger et rent kunstigt arrangement, og herigennem blev begrebets indhold fastlagt. De gældende omstændigheder i testen bygger på det subjektive og objektive forhold, og begge elementer skal indgå i vurderingen af, om en etablering udgør et rent kunstigt arrangement eller ikke.

Det subjektive forhold gør sig gældende, når hensigten er at opnå en skattemæssig fordel. Det objektive forhold gør sig gældende, når *"(...) det mål, der forfølges ved etableringsfriheden, (...) ikke er nået til trods for, at fællesskabsrettens betingelser formelt er opfyldt."*⁶⁹ Domstolen præciserede, at den CFC-beskatning, som Storbritannien ønskede at opretholde, udelukkes i de tilfælde, når CFC-lovgivningen var forenelig med fælleskabsretten, dvs. hvor etableringen skete som led i økonomisk realitet uanset den skattemæssige bevæggrund.⁷⁰

I vurderingen af om det objektive forhold er til stede skal den etablering, der bliver foretaget være reel, dvs. hvor skatteyderen ønsker at deltage og udøve økonomisk virksomhed i værtsstaten. Om der forelægger en reel etablering skal kunne efterprøves af en 3. person eller en myndighed, der kan kontrollere virksomhedens fysiske eksistens f.eks. i form af lokaler, udstyr og personale.⁷¹

Integrationsformålet med etableringsretten skal sikre, at der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed igennem en fast indretning i værtslandet i et ikke nærmere angivet tidsrum.⁷² Etableringsfriheden sikrer, at en fællesskabsborger har mulighed for på stabil og vedvarende vis at kunne deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og opnå en skattemæssig fordel, herunder foretage sekundær etablering for at udøve sin virksomhed i en medlemsstat og begunstige det økonomiske og sociale arbejde indenfor fælleskabet.

Medlemsstaten kan retfærdiggøre en restriktion for etableringsfriheden, såfremt ønsket er at hindre en adfærd, som tager på sigte at oprette et kunstigt arrangement, der ikke bygger på

⁶⁹ C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 64

⁷⁰ ibid, præmis 65

⁷¹ ibid, præmis 67

⁷² ibid., præmis 54

nogen økonomisk realitet, men hvor formålet er at undgå den normalt skyldige skat af et overskud.⁷³

Vurderingen af de objektive omstændigheder og tilstedeværelsen af et kunstigt arrangement skal ske fra sag til sag, og man kan ikke opstille en generel formel for at fastlægge tilstedeværelsen af et kunstigt arrangement. En sådan vurdering kan ikke foretages på baggrund af, om medarbejdere eller driftsmateriel er lejet eller leaset, eller om etableringen bygger på ejerskab til de gældende aktiver og passiver. Vurderingen skal snarere foretages i forhold til den reelle aktivitet, der udføres. ”*Det er mere, hvordan finansieringsmåden er af de pågældende aktiver, der skal begrunde skattebasens eksistens.*”⁷⁴ Det, der kan henføres til den skattepligtige indkomst, skal eksistere i den pågældende aktivitet.

Sag C-524/04, Thin Cap GLO, beskæftigede sig med tynd kapitalisering. En gruppe selskaber ønskede at reducere beskatningen af et af dets datterselskaber, således at datterselskabets finansiering skete igennem lånekapital i stedet for egenkapital. Denne konstruktion medførte, at datterselskabet kunne overføre sit overskud til moderselskabet i form af renter, således at det kunne fradrages i beregningen af skattepligtoverskuddet. Skattemyndighederne mente, at der var tale om skatteunddragelse, idet hensigten var at omgå de britiske skatteregler. Domstolen understregede, at det faktum, at et hjemmehørende selskab ydes et lån af et koncernforbundet selskab med hjemsted i anden medlemsstat, ikke bør føre til den konklusion, at der er tale om misbrug. For at opstille foranstaltninger skal konstruktionen være oprettet som et rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskuddet.⁷⁵ Såfremt de objektive omstændigheder førte til, at det koncerninterne lån var ydet på vilkår, der ikke svarede til, hvad de pågældende selskaber havde aftalt på armlængdevilkår, ville der være en formodning om et rent kunstigt arrangement. ”*Det er herved relevant, hvorvidt lånet ikke ville være ydet, eller om det ville være ydet med et andet beløb eller en anden rentesats, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem de pågældende selskaber.*”⁷⁶

⁷³ C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 55

⁷⁴ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.236

⁷⁵ sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 73-74

⁷⁶ ibid, præmis 81

I Sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, fastslog domstolen, at en national lovgivning kun må indrettes, således at den rammer ”whole artificial arrangements”, dvs. rene kunstige arrangementer. Dog er det ikke i tråd med fællesskabsretten at indrette sin lovgivning på en måde, at den per automatik straffer det indenlandske moderselskab for at vælge et lavskattelands og dermed opnå en skattefordel.⁷⁷ At et datterselskab legitimt sanerer sin gæld ved at omlægge bankgæld til koncerngæld er ikke nødvendigvis udtryk for misbrug.⁷⁸

En konstruktion, hvor de objektive omstændigheder fører til en fiktiv etablering, er et rent kunstigt arrangement. Domstolen refererede til sag C-341/04, Eurofoods, og sagen omhandlede oprettelsen af datterselskaber, der fungerede som rene postkasseselskaber eller skærmselskaber. Den forekommende sekundære etablering var en fiktiv etablering, idet der ikke blev udøvet nogen økonomisk aktivitet i den medlemsstat, hvor den blev etableret.⁷⁹ I Cadbury-sagen fastlagde domstolen, at de oprettede datterselskaber var reelt etableret i værtsmedlemsstaten, dvs. de havde deres eget domicil, driftsmateriale, inventar og personale og faktisk udøvede økonomisk virksomhed. På baggrund af, at datterselskabet skulle tilvejebringe kapital til hele koncernen som et finansieringsselskab og herigennem stille midler til rådighed for koncernens selskaber, er det tilstrækkeligt at fastslå, at datterselskabet deltog i værtstatens økonomi.⁸⁰ Da dette er foreneligt med EU's integrationsformål, er der derfor ikke en formodning om skatteunddragelse og misbrug.

Udover en vurdering af de objektive forhold skal de subjektive omstændigheder være til stede i forbindelse med at statuere skatteunddragelse. Det subjektive forhold opstår, når et kunstigt arrangement ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og at formålet med en sådan konstruktion er at undgå den skyldige skat, dvs. den skattepligtige indtægt, som er oppebåret i en specifik medlemsstat beskatningsområde. Et kunstigt arrangement indbefatter også at undgå at betale skat i hjemstaten. Domstolen har i efterfølgende sager fastslået, at hensigten skal være at undgå betaling af en skyldig skat.⁸¹

⁷⁷ Sag- C-324/00, Lankhorst –Hohorst, præmis 37

⁷⁸ Skattehensyn er lovlige hensyn : om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten, Vinther, 2006,

⁷⁹ C-341/04, Eurofoods, præmis 34 og 35

⁸⁰ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.210

⁸¹ sag C-231/05 ,OY, præmis 62 og i sag C-105/07, Lammers & Van Cleef, præmis 28

Det er vigtigt, at skattemyndighederne formår at skelne mellem skattefordel og undgåelse af en skattepligt i hjemstaten i vurderingen af, om et kunstigt arrangement er til stede eller ikke. Dermed er der et indirekte krav om, at medlemsstaten skal overholde proportionalitetskravet for at undgå for vidtgående indgreb i forbindelse med at begrænse eller nægte de fordele, som er sikret af de traktatfæstede frihedsrettigheder. De skal således kontrollere, om betingelserne for at opnå en fordel er opfyldt. I sag C-330/07, Jobra, anvendte domstolen en anderledes formulering, hvor begrebet skattefordel blev nævnt. Domstolen understregede, at en skattefordel skal forstås således, at en skatteyder ønsker at undgå den normalt skyldige skat. Skattefordel kan også forstås som en henstand af skattebetalingen, hvor skatten ikke undgås, men udskydes. *”Derfor må EU-domstolens afgørelse, C-220/07, ikke tillægges udvidende konsekvenser i forhold til anvendelsesområdet for rent kunstige arrangementer.”*⁸²

Det kunstige forhold ved en transaktion vurderes ud fra en fordelsbetragtning jf. ovenstående. Hvis et holdingselskab skal fungere som et skattemæssigt bindeled mellem to eksisterende selskaber for at undgå en skattepligt, er formaliteterne intakte, men der foreligger ikke nødvendigvis en skattemæssig berettigelse. Denne transaktion er ikke nødvendigvis alene båret af skattemæssige motiver, men kan også være led i misbrug. På dette grundlag vil EU-retten ikke beskytte sådanne tomme selskaber.⁸³ Dog må en skatteyder godt konstruere sig ud af beskattningen af sine fremtidige indtægter, så længe konstruktion ikke er kunstig eller sker som led i at opnå skattemæssige fordele eller undgå skat.

I sag C310/09, Accor, var der tale om et kunstigt arrangement, idet man anvendte etableringskæder i et skatteretligt henseende med henblik på at omgå en senere skattepålæggelse, hvorfor denne handling udgjorde misbrug.⁸⁴

En medlemsstat tab af indtægter indgår i EU-domstolens vurdering af skattefordelsbetragtningen, dvs. om skatteyderen har opnået en uberettiget fordel af en medlemsstats skattelovgivning. I sag C264/96, ICI, understregede EU-domstolen, at medlemsstaten ikke skal beskatte indtægter, før disse er realiseret. Det betyder helt konkret, at en medlemsstat først kan påregne skatteindtægter, når en transaktion, hvis indtægter er

⁸² Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.212

⁸³ Ibid. s.212-213

⁸⁴ Ibid. s. s.213

skattepligtige i denne medlemsstat, er effektueret.⁸⁵ En skattefordelingsbetragtning kan ikke anvendes, såfremt medlemsstaten ikke vil blive tillagt den samme mængde indtægter, som medlemsstaten havde budgetteret med.⁸⁶

2.3.3.2 Reel virksomhedsudøvelse

Det er pålagt medlemsstaterne, og i øvrigt også selskaberne, at vurdere, hvorvidt den udførte aktivitet er reel økonomisk aktivitet og dermed omfattet af det EU-retlige begreb.

En betingelse for, at et arrangement ikke er ”kunstigt”, er, at der foreligger reel økonomisk aktivitet. Hermed lægger EU-domstolen op til, at der skal være tale om en fast indretning over en ubestemt tidsperiode, og at indretningen ikke må være midlertidig.⁸⁷

EU-domstolene har strenge betingelser i forhold til at begrænse selskabers frihedsrettigheder. Domstolen fastslog i Cadbury-sagen, at når der foretages en grænseoverskridende etablering i en medlemsstat, er det en betingelse, at der er en fast tilstedeværelse, således at det er muligt for en 3. mand at kontrollere den reelle eksistens af en sådan etablering, f.eks. i form af lokaler, personale og udstyr.⁸⁸ Eksistensen af etableringen må altså ikke være *forud fastsat*, dvs. at der ikke skal være en fast tidsramme for varigheden af en sådan etablering.

Hvis en etablering er reel og udgør en økonomisk aktivitet, er denne beskyttet af etableringsretten uanset en skatteydere skattemæssige bevægegrunde. Det er dog illusorisk, indholdsløst og uforenligt med det indre marked, *”såfremt en indkomstskabende aktivitet medfører en efterfølgende ufordelagtighed af eksempelvis skattebetalingen, hvis nedbringelse ikke kan falde ind under anvendelsesområdet i art. 49”*⁸⁹

EU-domstolen fastslår igennem sin praksis, at et arrangement eller konstruktion er kunstigt, såfremt der ikke foreligger reel økonomisk aktivitet.⁹⁰ Dette kom til udtryk i sag C-524/04,

⁸⁵ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.191-192

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Skatteværn og EU-frihed – Rønfeldt, 2010, s. 624

⁸⁸ C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 67

⁸⁹ EU skatteret – Stockholm, 2008, side 299

⁹⁰ Sagerne C-347/04, Rewe Zentralfinanz, C-105/07, Lammers & Van Cleef, C-524/04, Test Climants in the thin cap Group litigation

Test Climants: *”...der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat...”*⁹¹

Rent kunstige arrangementer opstår i situationer, hvor skatteyderen foretager en transaktion uden økonomisk realitet. Det forekommer bl.a. blandt koncernselskaber, hvor oprettelsen af et datterselskab i en anden medlemsstat alene sker med hensigten om at opnå et fradrag for moderselskabet og således undgå at betale den skyldige skat, som den i princippet skulle betale. I dette tilfælde er der ikke tale om reel økonomisk realitet, idet formålet ikke er at bidrage til værtslandets økonomi, men at undgå at betale en skyldig skat i hjemlandet. Et sådant forhold kan ikke antages at være dækket af begrebet skattefordel.

Hvis en kontrol af ”den fysiske eksistens” afkræfter tilstedeværelsen af økonomisk aktivitet, og at arrangementet eller transaktionen dermed er sket i led med en fiktiv etablering, vil et sådant arrangement ikke opnå traktatens beskyttelse, idet der er tale om et rent kunstigt arrangement. Eksempelvis kan nævnes datterselskaber, der er rene postselskaber eller skærmeselskaber.⁹²

Der er ikke et krav om ejerskab i vurderingen af, om en tilstedeværelse er reel eller kunstig. Domstolen anvender en ”substance over form”-vurdering for at afgøre, om en konstruktion misbruger EU-retten. Substansen er ikke nødvendigvis et spørgsmål om ejerskab, men det, der reelt eksisterer, og som er knyttet til en reel indkomstskabende økonomisk aktivitet.⁹³ For ikke at anfægte en etablering som værende kunstig, skal den skattepligtige indkomst eller fradragsberettigede udgift være omfattet af den aktivitet, der anses at udgøre den specifikke etablering.⁹⁴

2.4 Misbrug og skatteunddragelse i sekundær ret

Skatteyderne anvender i en del tilfælde den sekundære EU-ret til misbrug og skatteunddragelse med henblik på at opnå en bestemt struktur og dermed sikre sig en fordel i

⁹¹ Sag C-524/04, Test Climants in the thin cap Group litigation, præmis 74

⁹² Sag C-341/04, Eurofoods

⁹³ Skatteværn og EU-frihed – Rønfeldt, 2010, s. 333

⁹⁴ Skatte-strafferet – Albrechtsen m.fl., 2014, side 333

henhold til direktivernes anvendelsesområde.⁹⁵ Skatteydernes misbrug af rettigheder forekommer i de tilfælde, hvor et område ikke er harmoniseret eller begrænset harmoniseret.⁹⁶ De harmoniserede områder, dvs. fusionsskattedirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet vil blive behandlet nedenfor. Medlemsstaterne har fået kompetence til at bekæmpe skatteunddragelse, når der foreligger et kunstigt arrangement og har reel mulighed for at indskærpe et selskabs skattemæssige fordele. Disse er omfattet af de nævnte direktiver.

Medlemsstaterne har 2 muligheder for at modarbejde misbrug og skatteunddragelse: 1) Som omtalt i de 2 direktiver kan medlemsstaterne indføre en omgåelsesklausul, såfremt det kunstige arrangement er et udtryk for skatteunddragelse, og 2) medlemsstaterne kan harmonisere en fælles selskabslovgivning, som kan minimere incitamentet til skatteunddragelse.

2.4.1 Formålet med fusionsskattedirektivet

Formålet med at vedtage og harmonisere fusionsskattedirektivet var at lette muligheden for grænseoverskridende omstruktureringer, således at transaktioner som fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier ikke skulle begrænses af særlige skatteregler af medlemsstaterne. Ønsket var at opnå en provenumæssig neutral beskatningsordning, således at de omtalte transaktioner ikke blev beskattet med det forbehold, at det ikke vilkårligt måtte føre til, at en medlemsstat mistede sin beskatningsret som følge af omstruktureringen.⁹⁷ Virksomhederne kan således tilpasse sig vilkårene i det indre marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt.⁹⁸

2.4.1.1 Skatteundgåelses(unddragelses)klausulen i artikel 15

Selskaber har ret til de skattefordele, som opstår, når disse foretager grænseoverskridende omstruktureringer i medfør af bestemmelser i Fusionsskattedirektivet.

Medlemsstaten har kompetence til at begrænse selskabers ret til skattefordel af kriterierne i bestemmelsen i fusionsskattedirektivet artikel 15, stk. 1. Konsekvensen er, at medlemsstaten kan tilbagekalde den givne tilladelse til skattefrie omstruktureringer eller skatteudskydelse,

⁹⁵ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.192-170

⁹⁶ EC tax review, Piantavigna, 2011, nr. 3, s.134 ff

⁹⁷ Rådets direktiv 2009/133/EF af 19 oktober, 2009 – betragtning 5

⁹⁸ ibid. betragtning 2

såfremt hovedformålet er skatteunddragelse, samt at der er udløst en skattefordel. Det skal understreges, at bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende til trods for, at denne skal sikre medlemsstatens finansielle og økonomiske interesse.⁹⁹

Kriterierne bygger på gyldige forretningsmæssige årsager overfor skatteunddragelse/-undgåelse som hovedformål. Bestemmelsen lægger op til, at i de tilfælde hvor et selskabs omstruktureringstransaktion ikke er baseret på gyldige forretningsmæssige årsager, f.eks. en omstrukturering eller rationalisering af aktiviteter i de deltagende selskaber, hvor formålet kun er betinget af skattemæssige forhold, er formodningen, at transaktion sker som led i skatteunddragelse. Selskabet opnår dermed ikke den skattefrihed, som den i princippet har krav på baggrund af den grænseoverskridende omstrukturering.¹⁰⁰

2.4.1.2 Skatteunddragelse som hovedformål

I sag C-28/95, Leur-Bloem, tog domstolen stilling til, hvordan bestemmelsen i art. 15 skulle fortolkes og herigennem definere rammerne af bestemmelsens anvendelse. Sagen omhandlede Leur Bloem, som var eneste selskabsdeltager og direktør for to hollandske anpartsselskaber. Han ønskede at foretage anpartsombytning ved at erhverve anparter i et tredje selskab, som blev oprettet som et holdingselskab, og betalingen skulle ske igennem en ombytning i de to førstnævnte selskaber. Leur Bloem var omfattet af de hollandske regler og anmodede skattemyndighederne om at anse transaktionen ved ombytning af aktier som en fusion. Dette ville sikre skatteyderen en skattefordel, idet ombytningen i så fald ville være skattefri.

Domstolen understregede, at fusionsskattedirektivet finder anvendelse, når omstruktureringstransaktionen er begrundet ud fra finansiell, økonomisk eller skattemæssig karakter, uanset formål.¹⁰¹ Det betyder med andre ord, at en medlemsstat ikke er berettiget til at afvise de i direktivet fastsatte skattemæssige fordele og inddrage skatteyderens hensigt med transaktionen, medmindre transaktionerne som hovedformål er skattesvig eller skatteunddragelse. Således skal betingelsen fortolkes indskrænkende.¹⁰² Medlemsstaten har ikke ret til at antage eller opstille forudsatte generelle kriterier for at undgå transaktioner med

⁹⁹ EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering – Damgaard, 2012, s. 88

¹⁰⁰ Rådets direktiv 2009/133/EF af 19 oktober, 2009 – artikel 15, stk. 1

¹⁰¹ C-28/95, Leur-Bloem, præmis 36

¹⁰² *ibid.* præmis 40

et sådant formål, idet risikoen er, at nogle omstruktureringstransaktioner allerede på forhånd er afskåret fra at opnå direktivets skattefordele. Domstolen fastslog, at det er pålagt skattemyndighederne at foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion.¹⁰³

Ikke alle transaktioner er nødvendigvis udtryk for skatteunddragelse, hvorfor man ikke på forhånd kan opstille en formodning om skatteunddragelse. I tilfælde af, at der oprettes et holdingselskab uden aktivitet og foretages en retlig omstrukturering af selskabet (som allerede udgør en enhed), kan en sådan være begrundet af gyldige forretningsmæssige årsager. Der er dermed ikke et tilstrækkeligt grundlag for ikke at tildele selskabet en skattefordel.¹⁰⁴ Skattemyndigheder skal overholde proportionalitetskravet og ikke være mere restriktive end nødvendigt for at modvirke skatteunddragelse, dvs. man må ikke nægte tilladelse i de tilfælde, hvor vilkårsfastsættelsen er tilstrækkelig. Men vurderingen skal altid foretages ud fra den enkelte konkrete sag.¹⁰⁵

Domstolen udtalte i Leur Bloem-sagen, at begrebet, gyldige forretningsmæssige årsager, skal fortolkes mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel. Domstolen anførte, at *"en fusion ved ombytning af aktier, der kun skal tjene sådant et formål, kan derfor ikke anses for en økonomisk forsvarlig betragtning"*.¹⁰⁶ F.eks. er det tilstrækkeligt at bevise, at fordele med aktieombytning sker som led i gyldige forretningsmæssige årsager på det overordnede plan for koncernen og ikke på det individuelle forretningsmæssige plan.¹⁰⁷

I ovenstående sag formåede EU-domstolen ikke at skabe et klart billede af, hvad der helt konkret kunne udløse skatteunddragelse. I sag C-321/05, Hans Markus Kofoed, kom domstolen nærmere ind på det. I sagen blev det undersøgt, hvornår man kunne nægte en omstrukturering af et selskab. Omstændighederne var, hvorvidt en udbytteudlodning efter en aktieombytning kunne indgå som led i ombytningen af selskabsandele, og om denne var omfattet af den maksimale grænse for en kontant udligningssum (jf. direktiv 90/343). Hvis

¹⁰³ C-28/95, Leur-Bloem, præmis 41

¹⁰⁴ ibid. 42

¹⁰⁵ Fusionsskattebogen med kommentarer - Serup, 2012 s. 66

¹⁰⁶ C-28/95, Leur-Bloem, præmis 47

¹⁰⁷ EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering – Damgaard, 2012, s. 90

sidstnævnte gjorde sig gældende, og den maksimale udligningssum på 10% blev overskredet, ville aktieombytningen være omfattet af skattepligten.

Domstolen understregede, at direktivets artikel 15 afspejler det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug,¹⁰⁸ dvs. at en skatteyder ikke kan påberåbe sig EU-retlige bestemmelser, såfremt en omstruktureringstransaktion er sket på svigagtig vis og ikke som led i kommercielle transaktioner, hvor intentionen har været at opnå retsstridige fordele som hjemlet i EU-regi.¹⁰⁹

I generaladvokaten Kokotts forslag til Kofoed-afgørelsen blev det anført, at der var visse indicier for, at det kunne være relevant at anvende direktivets artikel 15.¹¹⁰ Den tidsmæssige sammenhæng mellem ombytning og udlodning bør undersøges for at vurdere, om der foreligger et skatteunddragelsesmotiv bag den påtænkte transaktion. Begge medejere, Kofoed og Toft, var bekendt med de daværende foreslåede ændringer af dansk-irsk DBO, og dermed at det ikke længere var muligt at opnå skattefritagelse for de udbytter, som tilfaldt begge medejere, såfremt udbytteudlodning til ejerne var foretaget fra det danske selskab.¹¹¹ Medejernes hensigt med at oprette et irsk holdingselskab med henblik på at udbetale skattefrie udbytter til dette selskab var at udnytte et hul i den dansk-irske DBO og opnå skattemæssige fordele: Efter aktieombytningen blev der indbetalt 26 mio. kr. i udbytte til det irske selskab med henblik på at udlodde udbytte til begge ejere. Aktieombytningen i sagen opfyldte ikke kriterierne for gyldige forretningsmæssige årsager, idet formålet var at undgå skattepligten i Danmark og opnå skattefrihed igennem den dansk-irske DBO.

Det væsentligste, der kan udledes af dommen, er, at domstolens syntes at indtage den holdning, at anvendelsen af misbrugsbestemmelsen skulle ske for at afværge en allerede konstateret og faretruende skattepligt.¹¹² Der var endvidere indicier på, at omdannelsen skete alene af skattemæssige hensyn, til trods for at de formelle forhold og civilretlige krav var opfyldt, idet transaktion ikke var båret af et kommercielt indhold. Hvis formålet med en transaktion bevidst er at udnytte det hul, der eksisterer i den dansk-irske DBO, er en sådan

¹⁰⁸ Sag C-321/05, Kofoed, præmis 38

¹⁰⁹ Ibid. Skatte-strafferet – Albrechtsen m.fl. , 2014, side 390

¹¹⁰ Sag C-321/05, Kofoed, præmis 39, jf. Punkt 59 i forslagets afgørelsen.

¹¹¹ Europæisk skatteret I, Rønfeldt, 2013, s. 218

¹¹² ibid, 2013, s. 218

form for skattetænkning ikke beskyttet af EU-retten. Således kan artikel 15 bringes i anvendelse og standse den påtænkte transaktion.¹¹³

Til trods for ovenstående betragtninger opnåede Kofoed sit krav om skattefrihed. Danmark havde ikke kompetence til at nægte den nævnte transaktion skattefrihed under direktivet, idet Danmark ikke havde implementeret direktivets artikel 15 direkte eller gennem nationale principper. Medlemsstaten er pålagt at overholde fællesskabsrettens retssikkerhedsprincip, og dermed kan manglende implementering af direktivet ikke skabe forpligtelser overfor skatteyderen. Således kan medlemsstaten ikke træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at få den fulde effekt af direktivet. Det skal understreges, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig det almindelige retsmisbrugsbegreb i et direktivdækket område.

I f.eks. Kofoed-sagen, hvor der var indicier for, at den pågældende transaktion var båret af misbrug, vil det helt konkret betyde, at en sådan transaktion ikke ville blive omfattet af etableringsretten og derved anvender det almindelige misbrugsbegreb til at nægte anvendelse af direktivet.¹¹⁴

I sag C-126/10, Foggia, bekræftede domstolen, at omstrukturering kan nægtes, hvis den påtænkte transaktion, i dette tilfælde den grænseoverskridende omstrukturering omkring skatteudskydelse, har et formål om at omgå en medlemsstats skattelovgivning. Medlemsstaten kan formode, at der foreligger skatteunddragelse, hvis et af de fusionerede selskaber ikke udøver økonomisk aktivitet og ikke er båret af gyldige forretningsmæssige årsager, herunder manglende finansielle andele, underskud af ubestemt oprindelse eller udnyttelse af et underskud, som ikke kan udnyttes før omstruktureringen.¹¹⁵ Endvidere anførte domstolen, at direktivets formål skal tages i betragtning ved vurdering af, om de formelle forhold opfylder formålet med den påtænkte omstrukturering. Medlemsstaten må ikke systematisk antage, at en besparelse i de strukturelle omkostninger ikke udgør en forsvarlig økonomisk betragtning.¹¹⁶ Medlemsstaten skal undersøge de bagvedliggende skattemæssige motiver til

¹¹³ Europæisk skatteret I, Rønfeldt, 2013, s. 237

¹¹⁴ Skatte-strafferet – Albrechtsen m.fl., 2014, side 391

¹¹⁵ EU-retten, Sørensen m.fl., 2014, s. 849

¹¹⁶ Sag C-126/10, Foggia, præmis 49

en omstrukturering, herunder om motivet dækker over reel skatteunddragelse, og om der foreligger et kommercielt indhold.

Den indføjede misbrugsbestemmelse i sekundærretten skal fortolkes indskrænkende. Misbrugsbestemmelsen skal fortolkes i nær sammenhæng med fusionsskattedirektivets formål. Det betyder, at alle fordele skal være tilgængelige for selskabers grænseoverskridende omstruktureringer med den betingelse, at omstruktureringen er forretningsmæssigt begrundet og udgør økonomisk realitet, dvs. der må ikke foreligge et kunstigt arrangement. Den omstændighed, at en skatteyder gennemfører en omstrukturering i en medlemsstat med et formål om at opnå skattemæssige fordele, er ikke i strid med principperne i artikel 15.¹¹⁷ Domstolen har indtaget den holdning, at de objektive betingelser skal fortolkes efter ordlyden i direktivets artikel 2-14 uden at tage forbehold for de skattemæssige motiver for omstrukturering – også i de tilfælde hvor hensigten med transaktionen potentielt er misbrug. Dermed er der lagt op til, at der ikke kan indlæses et misbrugsforbehold i artikel 2-14.¹¹⁸ De subjektive betingelser i artikel 15 anvendes, hvis der er konkret formodning om, at skatteyderens hensigt med en transaktion er skatteunddragelse.

Medlemsstaten må ikke opstille forhåndsformodninger og udelukke visse former for omstruktureringer, idet selskaber med sådanne omstruktureringer vil blive afskåret fra de fastsatte skattefordele.¹¹⁹ Dog må der gerne opstilles en bevisbyrde-regel i vurderingen af artikel 15. Medlemsstaten kan altså fastsætte krav om, at skatteyderen skal påvise, at den pågældende transaktion er omfattet af økonomisk realitet, og at skatteunddragelse ikke er hovedformål, i de tilfælde hvor der ikke foreligger gyldige forretningsmæssige årsager. Omvendt skal medlemsstaten påvise, at der foreligger et kunstigt arrangement.¹²⁰

2.4.2 Formålet med moder-/datterselskabsdirektivet

Formålet med direktivet er at fritage udbytter og andre udlodninger af overskud fra beskatning eller dobbeltbeskatning i medlemsstaterne. Ønsket er at opnå skattemæssig neutralitet, således at det udbytte, et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for

¹¹⁷ EU-selskabs-og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering – Damgaard, 2012, s. 95

¹¹⁸ *ibid*, s. 97

¹¹⁹ *ibid*, s. 96

¹²⁰ *Ibid*

kildeskat.¹²¹ Selskabers oprettelse af moder- og datterselskaber på tværs af medlemsstater skal ikke indskrænkes af de enkelte medlemsstaters nationale restriktioner, fordrejning af beskatningsregler eller forskelsbehandling. Formålet er at sikre, at det indre marked fungerer bedst muligt, og at de bedste vilkår for selskaberne bliver skabt ved at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler, således at de tilpasser sig det indre markeds krav.¹²²

2.4.2.1 Skatteunddragelsesklausul i artikel 1

Det oprindelige moder-/datterselskabsdirektiv er blevet ændret flere gange, senest i 2015 (2015/121), hvor kommissionen valgte at indføre en obligatorisk omgåelsesklausul (misbrugsbestemmelse), som er hjemlet i direktivets artikel 1. Med ændringerne ønskede kommissionen at skærpe koncernforbundne selskabers mulighed for at skabe kunstige skattedrevne strukturer med et formål om at udnytte de skattemæssige fordele i direktivet.

Indførslen af en fælles minimumsregel sikrer en større sammenhæng i anvendelsen af misbrugsbestemmelsen i de forskellige medlemsstater og ensartet fortolkning af medlemsstaternes forskellige skatteregler.¹²³

Undtagelser til at indskrænke selskabers ret til skattefordel fremgår af direktivets artikel 1, stk. 2. Ifølge direktivet foreligger der misbrug, hvis et af hovedformålene med et arrangement er opnå en skattefordel imod direktivets formål, samt arrangementet ikke er reelt. Arrangementer er ikke reelle i det omfang, de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Med de nye formuleringsændringer er anvendelsesområdet blevet bredere. Medlemsstaterne kan påberåbe sig misbrugsbestemmelsen og inddrage skattefriheden, hvis de kan påvise, at et arrangement sker som led i et skattemæssigt hensyn, samt at skatteyderen ikke kan påvise en velbegrundet forretningsmæssig årsag til arrangementet.

Medlemsstaterne skal overholde proportionalitetskravet, således at regler til bekæmpelse af misbrug skal stå rimeligt i forhold til målet, dvs. undgå ikkereelle arrangementer eller serier af

¹²¹ Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011, betragtning 8

¹²² Ibid, betragtning 4

¹²³ Rådets direktiv 2015/121 af 27. januar 2015, betragtning 5

arrangementer.¹²⁴ Direktivet indskrænker ikke medlemsstaternes mulighed for at fastsætte egne interne bestemmelser med henblik på at hindre misbrug og skatteunddragelse.¹²⁵

2.4.2.2 Skattefordel

Domstolen har fortolket begrebet, skattefordel, i direktivets artikel 1 således, at et selskab opretter et fiktivt arrangement med henblik på at undgå den skyldige skat, som optjenes i den specifikke medlemsstats område. En sådan adfærd kan begrunde en restriktion af etableringsretten og er ikke omfattet af skattefordelen i direktivets artikel 1.¹²⁶

Dette kan opstå i situationer, hvor man bevidst opretter et selskab i et lavskattelands med et formål om at låne moderselskabets penge. På den måde opnår man et skattemæssigt fradrag i moderselskabets etableringsland med en højere skattesats, samtidig med at renten på lånet beskattes i datterselskabets etableringsland, som er lempeligere. Ved at anvende direktivets bestemmelser kan overskuddet af et sådant arrangement udloddes skattefrit til moderselskabet.

I nævnte tilfælde blev datterselskabet oprettet udelukkende af skattemæssige hensyn. Ved at forbinde disse koncernselskaber kunne der foretages transaktioner med henblik på at skabe et fradrag for moderselskabet og dermed spare den skyldige skat eller undgå beskatning, som det oprettede selskab skulle betale. Datterselskabets havde ikke nogen økonomisk realitet, idet denne ikke deltog i værtslandets økonomi. Selskabet blev således omfattet af artikel 1, idet udbytteudlodninger skete med henblik på at opnå en uberettiget skattefordel.

Bestemmelsen er bredt formuleret, og det er svært at afgøre, hvad der konkret skal forstås ved begrebet, kommercielle årsager, og hvad der virker mod indholdet af direktivet. Misbrugsbestemmelsen finder undtagelsesvis ikke anvendelse, når der er tale om kommercielle aktiviteter. Fortolkningsmæssigt kan der skabes paralleller med fusionsskattedirektivets begreb om gyldige forretningsmæssige årsager.

¹²⁴ Rådets direktiv 2015/121 af 27. januar 2015, betragtning 8

¹²⁵ Ibid, betragtning 9

¹²⁶ Sag C-105/07, Lammers & Van Cleeff, præmis 28

I tilfælde af, at en skatteyder har valget mellem flere transaktioner, der har det samme kommercielle resultat, men med forskelligt skattepligtigt beløb, og denne vælger transaktionen med den bedste skattemæssige fordel, vil der ikke være tale om misbrug, idet der er tale om transaktioner af kommerciel art og ikke passive transaktioner.¹²⁷ Transaktionen udgør først et misbrug, hvis hensigten er at undgå en skyldig skat.¹²⁸

Et misbrug kan også statueres i de tilfælde, hvor transaktionen først sker efterfølgende. En efterfølgende transaktion kan godt være en etablering, men hvis etableringen alene kommer til udtryk som en transaktion for at undgå en beskatning, er der tale om et misbrug, hvilket var tilfældet i Kofoed-sagen.

Der blev oprettet et mellemholdingselskab mellem to eksisterende selskaber, således at de kunne foretage ombytning af anparterne i det danske selskab med anparterne i det engelske selskab alene af den årsag, at de kunne opnå en skattebesparelse ved udbytteudbetalinger.

Domstolen konstaterede, at der var tale om et misbrug, idet den efterfølgende transaktion alene var begrundet ud fra skattemæssige overvejelser, nemlig at undgå skattebetaling, og ikke havde nogen form for kommerciel betydning, idet arrangementet ikke var reelt. *”Denne skattebetaling må antages at være konstateret som en udløsende faktor, hvis ikke en efterfølgende transaktion gennem-føres.”*¹²⁹

EU-retten lægger op til, at der skal foretages en realitetsvurdering af, om der foreligger misbrug i forbindelse med at opnå en skattefordel. Hvis et selskab alene oprettes som et holdingselskab, der skal fungere som et skattemæssigt bindeled mellem to andre selskaber, således at udbytte kan passeres skattefrit, er sådanne tomme eller skærmselskaber ikke omfattet af den EU-retlige beskyttelse, på trods af at de opfylder ejerskabskrav i direktivet.¹³⁰

I sådanne tilfælde er der faktisk omvendt bevisbyrde: Skatteyderen er forpligtet til at dokumentere, at den pågældende transaktion er reel og omfattet af de betingelser, der er fastsat for at opnå en skattefordel i medfør af direktivets bestemmelser.¹³¹

¹²⁷ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.206

¹²⁸ Sag c-231/05, OY, præmis 62

¹²⁹ Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, Rønfeldt, 2013, s.207

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Sag C-310/09, Accor, præmis 95 og 99

2.4.3. Den mulige Delaware-effekt på området for direkte skatter

Centros-dommen vedrørte en selskabsretlig problemstilling, men på trods af dette henviste domstolen til andre skatteretlige afgørelser i præmisserne i dommen. Afgørelsen vil have vidtrækkende konsekvenser og påvirke skatteretten.¹³² Det er således pålagt medlemsstaterne at anerkende et selskabs rets- samt skattesubjektivitet ”...i overensstemmelse med kvalifikation i den medlemsstat, hvor selskabet er oprettet.”¹³³

Medlemsstaterne må acceptere en vis form for konkurrence, hvor selskaber kan shoppe efter et lands lovgivning. Nogle medlemsstater har en større tiltrækningsevne, idet de kan indrette deres lovgivning fordelagtigt for selskaber og har en favorabel skattesats. Dermed kan der være indtrådt en Delaware-effekt i EU-regi.¹³⁴

Udtrykket, Delaware-effekt, henviser til den udvikling, som den amerikanske selskabsret har været igennem. Grundet de amerikanske lovvalgsregler samt selskabernes valgfrihed til at vælge den mest attraktive selskabslovgivning resulterede i, at staten Delaware gjorde deres selskabslovgivning så attraktiv, at de mere bebyrdende elementer udgik for at tiltrække virksomheder.¹³⁵ Det medførte et ”race to bottom” med den konsekvens, at de garantier og fordele, der var indbygget i lovgivningen, blev udhulet.¹³⁶

Der er muligvis indtrådt en Delaware-effekt på skatteområdet. Nogle selskaber bliver oprettet og etableret i medlemslande med de mest attraktive skatteregler, og i andre tilfælde bliver selskaber oprettet i anden medlemsstat, hvor selskabet ikke oppebærer dens indtægtskilde, med det formål at opnå fordele i medfør af den første medlemsstats skatteregler.

Dette kan løses ved at gennemføre harmonisering, hvorved selskabernes muligheder for at spekulere i de forskellige skatteregler indskrænkes. Realitet af en selskabsskatteharmonisering kan dog besværliggøres, idet medlemsstaterne skal være enige om betingelserne, og at ikke alle medlemsstater er positivt stemt over for at minimere skattekonkurrencen.

¹³² EU-Skatteet, 2008, Stockholm s. 323

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ EU-retten, 2014, Sørensen m.fl., s. 725

¹³⁶ Ibid.

2.5 Delkonklusion

Grænsen mellem skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning, eller skatteunddragelse, kan ikke entydigt fastlægges juridisk, idet aggressiv skatteplanlægning ikke er nærmere defineret i EU-lovgivningen. Hvor grænsen går, er undersøgt ud fra, hvordan EU på deres nuværende udviklingstrin analyserer misbrug og skatteunddragelse igennem traktatfæstede frihedsrettigheder, sekundærlovgivningen og praksis, dvs. domme fra EU-domstolen.

Manglende skatteharmonisering blandt medlemsstaterne indenfor området af direkte skatter samt de komplekse og forskellige skatteregler har resulteret i, at det er blevet lettere at foretage skatteplanlægning.

EU-retten synes at tillægge integrationsformålet med etableringsretten væsentlig betydning, således at det på traktatniveau nærmest er en ukrænkelig ret for selskaber at foretage etableringer. Jf. Centros-sagen, som er en selskabsretlig afgørelse, blev EU-retten udnyttet til at indgå en proforma-tilstedeværelse mellem selskabets vedtægtsmæssige hjemsted og dets filial i en anden medlemsstat uden et genuine link. Domstolen konkluderede, at såfremt selskabet er gyldigt stiftet i overensstemmelse med stiftelsesstatens lovgivning, og at selskabet skatteplanlægger sin aktivitet ud fra økonomiske og skattemæssige hensyn, er der ikke tale om misbrug af etableringsretten. På den anden side synes grænsen at være anderledes i skatteretten, idet EU-retten ikke accepterer en udhuling af det indre marked ved misbrug af EU-rettens bestemmelser.

For at foretage en vurdering af tilstedeværelsen af et rent kunstigt arrangement benytter domstolen en proportionalitetstest, der bygger på det objektive og subjektive forhold: Det objektive forhold er til stede, når en etablering er reel, dvs. hvor skatteyderen ønsker at deltage i og udøve økonomisk virksomhed i værtsstaten. En sådan etablering skal kunne efterprøves af en tredjeperson eller en myndighed, f.eks. kontrol af etablerings fysiske eksistens i form af lokaler, udstyr og personale. Det subjektive forhold opstår, når et kunstigt arrangement ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og formålet med en sådan konstruktion er at undgå den skyldige skat, dvs. den skattepligtige indtægt, som er oppebåret i en specifik medlemsstats beskatningsområde. For ikke at anfægte en tilstedeværelse som værende

kunstigt etableret, skal det, der udgør skattepligtig indkomst eller fradragsberettiget udgift, være omfattet af den aktivitet, der anses at udgøre den specifikke etablering.

Grænsen er også blevet behandlet i fusionsskattedirektivet. Hvis et selskabs omstruktureringstransaktion ikke er baseret på gyldige forretningsmæssige årsager, og formålet kun er betinget af skattemæssige forhold, formodes det, at transaktionen sker som led i skatteunddragelse, hvorfor selskabet ikke opnår skattefordelen. Den tidsmæssige sammenhæng mellem ombytning og udlodning bør undersøges for at vurdere, om der forelægger et skatteundragelsesmotiv bag den påtænkte transaktion, herunder om en skatteyder søger afværge en allerede konstateret skattepligt.

Skatteundragelsesklausulen er blevet behandlet i moder-/datterselskabsdirektivet. Der er indicier for misbrug, hvis et datterselskab oprettes på baggrund af skattemæssige hensyn, dvs. der foretages transaktioner med henblik på at skabe et fradrag for moderselskabet. Datterselskabet skal have økonomisk realitet og være en del af værtslandets økonomi.

Grænsen mellem lovlig skatteplanlægning og ulovlig aggressiv skatteplanlægning skal således vurderes ud fra, om den påtænkte handling er i strid med formålet i primær- og sekundærlovgivningen.

KAPITEL 3. DEN ØKONOMISKE ANALYSE

Del 1 – Selskabers adfærd (motiver og incitamenter)

3.1 Neoklassisk teori – selskaber er profitmaksimerende

Indenfor neoklassisk teori er antagelsen, at selskaber er profitmaksimerende. Teorien tager udgangspunkt i, at selskaber (beslutningstagere) er rationelle og under fuldkommen konkurrence, og forudsætningen er, at alle informationer er frit tilgængelige. Beslutningstagernes valg vedrørende skatteunddragelse afhænger af den forventede nytte sammenholdt med opdagelses- og omdømmerisikoen.

Medlemsstaternes forskellige skattesystemer og selskabsskattesatser muliggør aggressiv skatteplanlægning. Selskaber kan udforske forskellige strategier med det formål at minimere deres samlede skattebetalinger f.eks. ved at etablere selskaber i en skattejurisdiktion med lav skattesats og/eller foretage profit shifting fra et højbeskattet til et lavbeskattet land.¹³⁷ Selskaberne vil således opnå den højeste mulige nytte og minimere omkostningerne. Beslutningen er dog ikke så enkel, idet der indgår flere aspekter i en sådan vurdering. Ud fra et økonomisk synspunkt kan skatteunddragelse mindske samfundets skatteprovenu med den konsekvens, at de offentlige ydelser må reduceres.¹³⁸

3.2 Teorien om optimal beskatning

Et ikkeoptimalt skattesystem kan forklare selskabers motiver til at indgå skatteunddragelse.¹³⁹

Agnar Sandmo har givet et bud på, hvad der udgør et optimalt skattesystem:

For det første er det optimale skattesystem omkostningsminimerende i forbindelse med opkrævning og fastsættelsen af skatten.

For det andet kan et optimalt skattesystem ansues ud fra et fairness perspektiv i forhold til, hvad den enkelte skatteyder betragter som fair.

For det tredje kan det optimale skattesystem betragtes ud fra økonomisk efficient, dvs. at et skattesystem bør tilrettelægges, således at det er velfærdsforøgende og reducerer det samlede dødsvægttab for en given skatteintægt eller niveauet af de offentlige udgifter.¹⁴⁰ Et efficient skattesystem vil indeholde en Pareto-efficient allokering af ressourcerne.

¹³⁷ Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union, s.18

¹³⁸ Ibid.

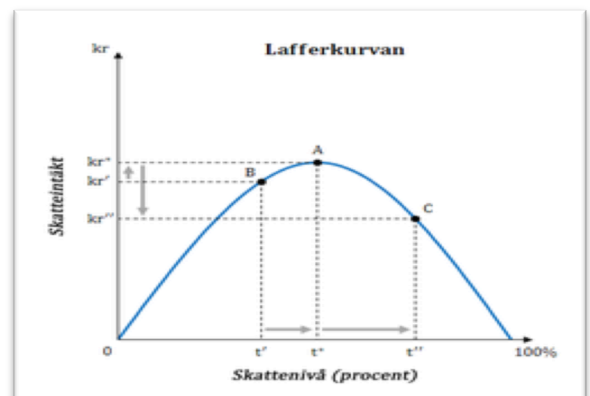
¹³⁹ Optimal taxation an introduction to the literature, Sandmo, 1976, s. 38-39

¹⁴⁰ ibid. , s. 37

Effekten af beskatning medfører, at prismekanismen svækkes. For at undgå at beskatning hverken påvirker prisen, arbejdslønnen eller renten, vil det ideelle ifølge økonomisk teori være en lump sum beskatning. Denne beskatningsform kan ikke gennemføres i praksis. Inden for skatteretten er det formentligt svært at udforme en regel, der ikke vil stille en person dårligere i forbindelse med omfordeling af samfundets ressourcer. Det er således svært at arbejde med en Pareto-baseret ligevægtsmodel. *"Hvis et skattesystem ikke betragtes ud fra et Pareto-optimum, ses i stedet for på the second-best problem of making the best of a necessarily distortionary tax system."*¹⁴¹ Kaldor-Hicks efficiens er en anden måde at anskue optimums-betingelsen på (se del 3).

3.2.1 Laffer-kurven

Laffer-kurven kan bidrage til forståelsen af selskabers adfærd i forhold skatteunddragelse og skattesatsen. Laffer-kurven, der blev udarbejdet af den amerikanske økonom Arthur Laffer, beskriver den teoretiske sammenhæng mellem den optimale skattesats og de opkrævede skatteindtægter. Skatteprocenten er angivet på den horisontale akse og skatteprovenuet på den vertikale akse.



Hvis skattesatsen fastsættes til 100%, vil staten gå glip af skatteindtægter. Et højere niveau af skattesatsen vil resultere i, at nogle selskaber flytter deres (arbejds)produktion og investering til lande

med mere gunstige skattevilkår. Hvis satsen fastsættes til 0% vil staten ligeledes gå glip af skatteindtægter. Et sted mellem de to ekstremer findes det optimale skatteniveau i punktet A, T^* , dvs. hvor staten maksimerer sine indtægter, idet de formår at holde på eller tiltrække selskabers investeringer. Det bevirker, at selskaber ikke vil engagere sig i skatteunddragelse (minimere omkostningerne), da de antages at maksimerer profitten.

Det er svært at anvende Laffer-kurven i praksis, idet den optimale skatteprocent T^* er forskellige blandt medlemsstater og i høj grad afhænger af, hvordan staten vælger at balancere sit budget og arbejdsudbuddet.

¹⁴¹ Skattemæssigt underskud i selskaber i EU – Tvarnø, 2001, s. 279

Laffer-kurven er forbundet med nogle utilsigtede virkninger. Det samlede provenu afhænger af, hvorvidt selskaber ændrer adfærd som følge af skattesatsen og skatteelasticiteten. Hvis satsen sættes for højt, altså til højre for t^* , vil nogle selskaber flytte fra en medlemsstat til en anden og er dermed aggressive i deres fortolkning af skattereglerne, hvilket resulterer i skatteunddragelse. Jo større skatteelasticiteten er, dvs. øgning af satsen, desto større er det adfærdsmæssige provenufald. Hvis satsen sættes for lavt, altså til venstre for t^* , vil selskaberne investere i medlemsstaterne. Det kan dog også resultere i skatteunddragelse, idet nogle selskaber vil allokere deres profit til beskatning i et lavskatteland med reduceret skatteprovenu til følge.

3.2.2 Compliance, omkostninger og fair skattesystem

”Tax compliance” er et udtryk for, i hvor høj grad skatteyderne efterlever skattelovgivningen. Manglende overholdelse af lovgivningen kan måles ud fra skattegab. Dette skal forstås som differencen mellem de faktiske og de teoretiske indtægter, en medlemsstat vil modtage, hvis selskaber efterlever lovgivningen.

En undersøgelse af Ernst & Young kommer frem til, at der i EU er ca. 3000 skattelove, hvoraf 8% udgør særregler.¹⁴² Det vidner om et meget kompliceret og uigennemsigtigt system, hvor der er en risiko for skattehuller og asymmetri i beskatningen.

Selskabers adfærd afhænger af dets opfattelse af et skattesystem som værende fair. De har en idé om, hvad der udgør et rimeligt niveau for deres skattebidrag. Hvis den selskabsskattesats og skattebyrde, der er pålagt dem i bopælslandet, væsentligt overstiger det skatteniveau, som de opfatter som værende fair, er dette samt skattekompleksiteten medvirkende til at øge skatteundragelsesaktiviteter.¹⁴³ Hvis selskaber ikke finder skattesystemet fair, må det forventes, at compliance og skatteindtægter falder. Det kan illustreres således: Antal skattebetaler * skatteforpligtelse * compliance raten = antal skatteindtægter.¹⁴⁴

¹⁴² Ryd ud i 3000 Europæiske skattergler og halver selskabsskattesatsen, 2015, s. 4

¹⁴³ Hvad har økonomisk teori at sige om skatteunddragelse? – Nielsen, 1997, s. 9

¹⁴⁴ Taxes and the Economy, Ploeg, 2009 s. 87

Såfremt selskabers indbetaler en fair skat, og den beskatning ikke modsvares af fordele, de bliver stillet i udsigt i form af fordelagtig lovgivning, kan skatteunddragelse ses som en reaktion på at opnå økonomisk gevinst.

Grundet de forskellige skatteregler er det ressourcekrævende at skatteplanlægge, herunder omkostninger forbundet med overholdelse af compliance f.eks. omkostninger til rådgivere og advokater. Dog er de små og mellemstore selskaber grundet deres økonomiske kapacitet afskåret fra at foretage grænseoverskridende investeringer og er i øget risiko for at fejlfortolke lovgivningen og dermed ubevidst indgå i skatteunddragelse. I denne forbindelse har de store selskaber en væsentlig fordel, hvilket øger den vertikale ulighed. De store selskaber betaler store summer til advokater og revisorer med henblik på at udarbejde kreativ compliance, dvs. at skabe indviklede selskabskonstruktioner med det formål at investere i det land, hvor de kan opnå det højeste skatteafkast.¹⁴⁵ Hvor aggressive selskaberne ønsker at være for at finde de rigtige skattehuller, afhænger af risikovilligheden, gevinsten og omdømmerisikoen.

Ovenstående er muligt, idet skatteunddragelse befinder sig i en gråzone, hvor grænsen ikke er klart defineret.

3.2.3 Selskabsbeskatning

Selskabers adfærd i forbindelse med strategisk skatteplanlægning af driftsaktiviteten er betinget af, om der er en økonomisk gevinst forbundet med at udnytte medlemsstaternes forskellige skattelovgivninger. Selskabsskatten er en skat på kapital, og i åbne økonomier vil kapitalmobilitet i Europa være fri på tværs af medlemsstaterne. Der er samfundsøkonomiske fordele ved fri kapitalmobilitet, idet kapitalen vil søge derhen, hvor det største afkast opnås, hvormed de mest rentable investeringer gennemføres.¹⁴⁶

Grundet medlemsstaternes forskellige skattesatser og selskabers ønske om at maksimere afkastet efter skat opstår der et "race" om, hvad der er mest optimalt for selskabet. Beslutningen vil bero på, om det samlet set er en rationel beslutning, og ifølge retsøkonomien maksimerer selskabers deres nytte, når de overholder skattelovgivningen, da omkostninger er minimale.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Taxes and the Economy, Ploeg, 2009 s. 87

¹⁴⁶ Den danske selskabsskat - satsreduktion og baseudvidelse - skatteministeriet, 2003, s. 2

¹⁴⁷ Rets-økonomi - Eide m.fl. 2008, s. 54

Grundet etableringsrettens frie bevægelighed har selskaber rig mulighed for at foretage aggressiv skatteplanlægning. Selskabsskatten påvirker selskabers adfærd igennem 3 mulige skattevirkninger.¹⁴⁸

1) Den formelle selskabsskattesats har en væsentlig betydning, og ifølge Skatteministeriet er den en afgørende faktor for selskabers beslutning om, hvor de placerer deres overskud og fremtidige investeringer.¹⁴⁹ Da multinationale koncerner har aktiviteter rundt om i Europa, er det lettere for disse at foretage forskellige former for indkomsttransformation. Selskaber har internt i koncernen og på tværs af medlemsstaterne mulighed for at flytte overskuddet til det skatteland med den laveste selskabsskat. Overførsel af overskud kan ske igennem urigtige transferpriser, som ikke er på markedsvilkår, eller oprettelse af fiktive datterselskaber, som fungerer som et proforma-instrument til at opnå skattefordelen for moderselskabet.

2) Den effektive gennemsnitlige skattesats samt fradragsmulighederne spiller en væsentlig rolle for selskabers adfærd i forbindelse med placeringen af selskabets faktiske produktion.¹⁵⁰

3) Når et selskab har taget en beslutning om lokalisation, skal selskabet beslutte, hvorvidt der skal foretages en investering i allerede eksisterende eller i nye virksomheder. Den effektive marginale skattesats spiller en afgørende rolle for denne beslutning.¹⁵¹

I praksis påvirker selskabsskatten også selskabers incitament til at placere deres overskud i lavskattelande. Multinationale selskaber udnytter skattelovgivningen særreglerne i medlemsstaterne ved at omplacere det skattepligtige overskud fra højskattelande til lavskattelande ved eksempelvis at oprette fiktive selskaber til at overføre kunstige overskud/underskud eller ved at manipulere priser i koncerninterne transaktioner.¹⁵² Faktum er, at selskaber, der vælger at placere sig i Irland, ikke bidrager til en bæredygtig vækststrategi

¹⁴⁸ Den danske selskabsskat - satsreduktion og baseudvidelse - skatteministeriet, 2003, s. 2

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ defineret som den samlede selskabsskattebetaling sat i forhold til det samlede driftsøkonomiske selskabsoverskud før skat

¹⁵¹ Skat og produktivitet – produktivitetskommissionen, 2014, s. 18

¹⁵² ibid. s. 19

for landets økonomi, idet de ikke placerer deres produktion i landet, men kun hovedkontor.¹⁵³ Ifølge retsøkonomien er selskabet en rationel agent. Selskabet har således vurderet, om det er profitabelt at placere sig i et lavskatteland, hvor den skattepligtige indkomst og den samlede økonomisk gevinst udgør en væsentlig del af overvejelserne.

Den formelle selskabsbeskatning har en stor betydning for selskabers adfærd, idet disse er rationelle og profitmaksimerende. Det er i god tråd med Skatteministeriets teori om, at lavere selskabsskat under fri kapitalmobilitet vil tiltrække flere investeringer, idet indenlandske selskaber vil søge hen mod større skatteafkast i et andet land end bopælsstaten.¹⁵⁴ Da selskabers ønske er at maksimere profitten af afkastet efter skat, kan det resultere i en mindre kapitalbeholdning i det land, hvor selskabsskatten er høj. Med andre ord vil det betyde et tab for en medlemsstat, da denne vil have færre investeringer og dermed et mindre skattegrundlag. Dette kan potentielt øge skattekonkurrencen i EU.

Del 2 – Skattekonkurrence og skatteunddragelse

Den økonomiske integration i Europa har haft utilsigtede konsekvenser på bl.a. den offentlige udgiftspolitik i den enkelte medlemsstat.¹⁵⁵ Det skyldes den manglende skatteharmonisering i medlemsstaterne og selskabers frie etableringsret. Det har resulteret i en (skadelig) skattekonkurrence mellem medlemsstaterne, hvilket giver selskaberne mulighed for at være aggressive i deres skatteplanlægning, dvs. skatteunddragelse, og dermed minimere deres skatteforpligtelse. I det følgende undersøges konsekvenserne af skattekonkurrencen, herunder dennes påvirkning på skatteprovenuet, væksten og selskabsskatteraten.

3.3 Skattekonkurrence og skadelig skattekonkurrence

Skattekonkurrence i EU-regi er til stede, hvis to eller flere medlemsstater strategisk bruger deres skattelovgivning til at tiltrække udenlandske investeringer og økonomisk aktivitet ved at reducere selskabsskattesatsen.¹⁵⁶

¹⁵³ <https://www.information.dk/indland/2013/04/lavere-selskabsskat-motor-bremseklods>

¹⁵⁴ Den danske selskabsskat - satsreduktion og baseudvidelse - skatteministeriet, 2003, s. 2

¹⁵⁵ Skattekonkurrence og EU's skattestruktur, Poulsen, 2001, s. 7

¹⁵⁶ Tax policy in the EU, 2015, s. 14

Skattekonkurrence er med til at overkomme markedsfejl, idet selskaber har fuld information om deres urealiserede investerings- og vækstmuligheder i de forskellige medlemsstater. Nettoresultatet af omfordelingen af sådan en aktivitet, vil forbedre den samlede velfærd.¹⁵⁷ De medlemsstater, der ikke er udsat for konkurrence, vil agere som private monopolister og have et minimalt incitament til at forbedre velfærden.¹⁵⁸ Skattekonkurrence bidrager til økonomisk efficiens, idet der konkurreres om at tiltrække udenlandske investeringer. Det vil føre til, at udenlandske selskaber har et større incitament til at investere i ny teknologi og viden. Således øger selskabet produktionen pr. medarbejder, fordi disse får tilført et bedre kapitalapparat, og dermed øges produktiviteten og væksten i en medlemsstat.

Tiebout har udviklet et teorem, der går ud på, at et selskab kan "vote with their feet" og forlade en skattejurisdiktion, hvis denne betaler for meget i skat sammenholdt med de offentlige goder. De selskaber, der er blevet mere mobile, foretager grænseoverskridende investeringer og placerer deres produktion der, hvor det økonomisk er mest rentabelt i forhold til beskatningsniveauet, og som dækker deres behov og præferencer. Forudsætningen for modellen er, at selskaber har fuld information om de specifikke landes skatteregler og frit kan vælge skattedestination. Disse forudsætninger er opfyldt i dag grundet globaliseringen, der har medført, at verden er blevet mindre, dvs. til et "single" marked, hvor kapital, viden og information er frit tilgængelig.

I en åben økonomi har en rationel medlemsstat i teorien ikke et ønske om at øge selskabsskattesatsen – i hvert fald ikke over den gennemsnitlige internationale skatteligevægt. Det kan i værste fald føre til tab af udenlandske investeringer og kapitalflugt fra bl.a. indenlandske selskaber.¹⁵⁹

Skattekonkurrence er asymmetrisk, dvs. at nogle opnår en fordel på bekostning af andre. Dette gælder både for selskaber og medlemsstater. Lavskattelandene drager fordel af

¹⁵⁷ Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union, 2015, Dover m.fl., s. 19

¹⁵⁸ Globalisation, Tax Competition and the Harmonisation of Corporate Tax Rates in Europe, McCarthy 2008, s.

4

¹⁵⁹ *ibid.*

skattekonkurrencen, hvorimod højskattelændene risikerer at miste skatteressourcer og økonomisk aktivitet.¹⁶⁰

Medlemsstaterne ønsker ikke at være i skatteligevægten. Derfor vil en medlemsstat sænke selskabsskattesatsen under de andre landes niveau for at tiltrække udenlandsk kapital og investeringer. Den ”tabende” medlemsstat vil have et incitament til at sænke satsen til et minimum for at blive attraktiv igen, idet selskaber eller investorer af den grund ser vækstmuligheder i landet. Ifølge Razin og Sadka vil der under disse omstændigheder opstå et ”race to the bottom”, indtil den optimale selskabsskattesats bevæger sig hen mod 0%.¹⁶¹ Ved denne ”bottom” er der forbundet store omkostninger for den ”tabende” medlemsstat, idet den har et inefficiant skattesystem og vil lide et provenutab ved at nedsætte skattesatsen.¹⁶² Som følge af den skadelige konkurrence, vil der potentielt være en risiko for, at der vil ske en reduktion af offentlig goder, som Zodrow-Mieszkowskis model forudsiger.

Skattekonkurrence kan få utilsigtede virkninger og bidrager til, at der bliver skabt et ”race to the bottom”. Den øgede globalisering og digitalisering af økonomien samt den frie kapitalmobilitet og afvikling af grænseoverskridende forhindringer bevirker, at kapitalen altid vil søge derhen, hvor skattesatsen er lavest. Der opstår en ”free rider” adfærd fra selskaber, der kan udnytte skattekonkurrencen mellem de forskellige lande. Skattekonkurrence fører til, at selskaber får mulighed for at blive aggressive i deres skatteplanlægning og dermed engagere sig i skatteunddragelsesaktiviteter, dvs. at selskaber foretager pro-shifting (kapitalflugt) fra et højt skattelænd til et lavskattelænd, eller at de kan have mange ansatte og stor produktion i et land, men hvor overskuddet kanaliseres til beskatning i et land med lav eller ingen skat.¹⁶³

Skattekonkurrencens formål er at øge væksten og lighed, men idet der opstår flere incitamenter til at indgå skatteunddragelse, kan det modsatte forekomme. Den skadelige skattekonkurrence kan resultere i, at en medlemsstat kan lide et provenutab, og at investeringsinitiativerne ikke får den tilsigtede virkning, fordi selskaber i stedet engagerer

¹⁶⁰ Tax policy in the EU, 2015, s. 14

¹⁶¹ Location and competition, Brakman, 2005, s. 87

¹⁶² What do Theories of Tax Competition Predict for Capital Taxes in EU Countries? Krogstrup, s.5-6

¹⁶³ Tax policy in the EU, 2015, s. 14

sig i skatteunddragelse. Medlemsstaten skal øge skatten på andre områder for at modvirke, at landets budgetunderskud øges, medmindre de offentlige udgifter reduceres tilsvarende.¹⁶⁴

Der kan opstå en suboptimal skatteligevægt i Europa, fordi en medlemsstats handling for at øge sin velfærd kan have skadelige negative effekter på velfærden for andre medlemsstater eller EU som helhed.¹⁶⁵ Taberne er de små virksomheder, der ikke har kapacitet til at drage fordel af skattekonkurrencen, og skatteyderne, der skal betale skatteregningen for en medlemsstat eventuelt fejlslåede skattestrategi, idet skattekonkurrencen vil føre til mindre offentlige goder eller inefficent redistribution.¹⁶⁶

3.4 Skattekonkurrence og skatteunddragelse i praksis

3.4.1 Selskabsskattesatsens betydning

Teorien om skattekonkurrence forudsiger, at selskabsskattesatsen vil falde, når selskaber og kapitalen bliver mere mobil, og når de grænseoverskridende barrierer for etablering fjernes.

Den gennemsnitlige selskabsskattesats har siden 2009 har været faldende i Europa, dog ikke i samme grad som i perioden 2000-2009 jf. figur 1. I år 2000 lå den gennemsnitlige selskabsskattesats på 32%, der siden hen faldt til 23,8% og 22,5% i hhv. 2009 og 2016. Selvom analysen påpeger den nedadgående tendens i skattesatserne, er forskellen mellem medlemsstaterne betydelig med den laveste selskabsskattesats på 10% i Bulgarien og de højeste på 30% eller derover i Malta og Tyskland. Det er værd at bemærke, at differencen mellem den højeste og laveste sats i perioden 2000-2016 er faldet fra 32 til 25 procentpoint.¹⁶⁷ Endvidere skal det bemærkes, at 6 medlemsstater har valgt at sænke selskabsskattesatsen i 2016: Således har Spanien nedsat satsen med 5% til 30%, Frankrig med 3,6% til 34,4%, Danmark med 2,2% til 22%, Portugal med 2% til 29,5% og Estland og UK med 1% til 20%.¹⁶⁸ Flere lande overvejer løbende at reducere deres skattesats.

¹⁶⁴ Report of the Committee of independent experts on company taxation – Commission of the European communities, 1992, s. 43

¹⁶⁵ Optimal international taxation and tax competition: overcoming the contradictions, 2002, Barker, s. 172

¹⁶⁶ Tax Harmonization versus Tax Competition in Europe: A Game Theoretical Approach, Working Paper No. 132, 2001, FOURÇANS m.fl. s. 2

¹⁶⁷ Taxation Trends in the European Union, taxation and custom union, commission 2016, s.32

¹⁶⁸ *ibid*, s.32

Ovenstående er i god tråd med de studier, der antager, at der er en form for skattekonkurrence mellem medlemsstaterne i forbindelse med at fastsætte skattesatsen og ”recovery” praksis for at genvinde de tabte skatteindtægter.¹⁶⁹ Dvs. at medlemsstaterne bevidst svarer hinanden ved at reducere af skattesatsen. Medlemsstatens tanke er, at den ikke må afvige for meget i forhold til nabolandet, da det i sidste ende kan koste dem udenlandske investeringer.¹⁷⁰

Medlemsstaterne anvender ofte selskabsskattesatsen som et skatteincitament i stedet for den effektive skattesats. Den lavere selskabsskattesats har en psykologisk effekt, idet den anvendes som blikfang. Det kan skyldes, at det er lettere for selskaber at afgrænse deres investeringsmuligheder, og at der ikke er omkostningskrævende undersøgelser forbundet ift. den effektive skattesats.¹⁷¹ En lavere sats kan reducere tilskyndelse til skatteunddragelse og et værn mod, at selskabsgrundlaget netto ikke flytter ud af den specifikke medlemsstat.

Fordelen ved en lavere selskabsbeskatning er, at den vil forøge investeringsniveauet og produktivitetsvæksten i medlemsstaten. Et studie af Hines viser, at selskaber placerer reelle investeringer i lande med mindre skattesats.¹⁷²

Medlemsstaternes konkurrence om at nedsætte selskabsskattesatsen kan give selskaberne de forkerte incitament. Altshuler og Grubert argumenterer for, at skatteunddragelse er faciliteret af denne konkurrence.¹⁷³ Der er en risiko for, at selskaber engagerer sig i skatteunddragelse, idet skatteincitament, dvs. selskabsskattesatsen, er medvirkende til, at selskaber foretager finansielle og reelle ændringer af deres virksomhedsdrift med et ønske om at begrænse deres skatteforpligtelse igennem aggressiv skatteplanlægning.

I teorien vil der opstå mere skatteunddragelsesaktivitet ved stigende skattesatser (højere sammenlignet med andre lande), og i sådanne tilfælde er tilskyndelsen til at reducere skatteforpligtelsen stor.¹⁷⁴ Grubert konstaterer, at der er en positiv sammenhæng mellem en medlemsstats skattesats og subsidiære rentebetalinger. Huizinga konstaterer, at selskaber har

¹⁶⁹ Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union, 2015, Dover s..4

¹⁷⁰ Location and competition, Brakman, 2005, s. 89 og 91

¹⁷¹ Taxes and the economy, Ploeg, s.177

¹⁷² Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union 2015, Dover m.fl. s.12

¹⁷³ Ibid. s.22

¹⁷⁴ Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy, Clausing, 2009, s. 707

incitamentet til at oppebære deres gældbyrde på enheder, der er etableret i skattejurisdiktioner med forholdsvis høj skattesats, og bevidst ændre deres gældforhold på tværs af medlemsstaterne for at pådrage sig flere renteudgifter i et højskattelande med henblik på at maksimere rentefradraget og opnå renteindtægter (skattepligtig profit) i et lavt skatteland.¹⁷⁵ Ressourcestærke selskaber har den fordel, at de er mere mobile og dermed har en større evne til at indgå skjult skatteunddragelse. Disse selskaber bliver ikke lokket af skatteincitamentet eller reducerede skattesatser, idet deres fokus vil i højere grad være på forvridninger i regnskabspraksis.¹⁷⁶

En anden måde at anskue skattekonkurrencen på er, at markedets kræfter selv fastsætter den optimale skattesats. Baldwin og Krugman konstaterer, at der foreligger et race to bottom på skattesatserne, og at de forskellige skattesatser på længere sigt potentielt kan blive ensartet, idet medlemsstaterne har en smertegrænse for, hvor meget de kan sænke satsen. Effekten vil være, at selskabers lokalisering neutraliseres, og at markedet kan selv begrænse selskabers skatteundragelsesaktivitet.

Skattekonkurrence på selskabsskattesatsen kan skabe økonomiske forvridninger, da de tiltænkte skatteincitamentet kan få utilsigtede virkninger for medlemsstaten. Skattesatsen kan potentielt øge investeringer, men samtidigt også skatteundragelsesaktiviteter, idet nogle selskaber kan få de forkerte incitamentet.

3.4.2 Påvirkning af skatteprovenuet

I den offentlige debat er der større fokus på, at skattekonkurrencen mellem staterne i EU og faldende selskabsskattesatser medvirker til at udhule skatteprovenuet. Det samlede provenu og de effektivitetsmæssige effekter af en skatteændring afhænger i høj grad af selskabers adfærdsreaktion på en sådan ændring.

I et notat fra Europaparlamentet er det estimeret, at EU-medlemsstaterne årligt taber indtægter svarende til en 1 billion € som følge af skatteunddragelse og skattesvig.¹⁷⁷ En væsentlig årsag

¹⁷⁵ ibid s. 705

¹⁷⁶ Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union, 2015, Dover s.21

¹⁷⁷ ibid. 2015, Dover. s.4

er den utilsigtede lave selskabsbeskatning (skattekonkurrencen), der anvendes som et skatteincitament. Tabet af skatteprovenu ligger mellem 50-70 milliarder € og kan alene tilskrives skatteunddragelsesaktivitet og konstruktioner.¹⁷⁸

Richard Dover m.fl. vurderer i deres undersøgelse (på vegne af EU-parlamentet), at såfremt man finder en fælles løsning og bekæmper profit shifting ved at implementere en række foranstaltninger i EU, vil det potentielt resultere i en positiv effekt på 0,2% af medlemsstaternes samlede skatteprovenu.¹⁷⁹ Den europæiske makroøkonomiske database anslår, at det samlede skatteprovenu i Europa i 2011 udgør 5,74 billioner €. Får man bugt med problemerne, anslår de, at yderligere 11,5 milliarder € vil blive tilført alene i skatteindtægter.¹⁸⁰ Studier har vist, at den placering, hvor der reelt udøves forretningsaktiviteter og investeringer, og den placering, hvor profitten rapporteres fra til skatteformål, i højere grad er forskellige.¹⁸¹

I gennemsnit udgør selskabsskatteprovenu ca. 6% af det samlede skatteprovenu i EU's medlemslande, dvs. EU-landene får i alt ca. 344 milliarder € ind fra selskabsskatteindtægter. Det er vigtig at understrege, at nogle lande får flere indtægter end andre. Når man betragter skattebasen isoleret set, er andre indtægtskilder såsom moms, arbejdsindkomst og moms langt vigtigere og mere afgørende for skatteprovenu end selskabsskatten.

Den gennemsnitlige skattesats er ca. 25% i EU, og skattetrykket, dvs. den faktiske beskatning, udgør blot 2% af BNP. En mulig forklaring er, at kun 2% er de samlede indtægter i den europæiske økonomi selskabsbeskattes.¹⁸² Det indikerer, at medlemsstaten ikke opkræver den selskabsskattesats, der er fastsat af lovgivningen, men i stedet en lempeligere beskatning. Det kan skyldes forskellige skattestrukturer og særregler, der giver selskaberne mulighed for at flytte rundt på deres over- og underskud. F.eks. har Apple placeret sit hovedkontor i Irland, hvor selskabsskattesatsen er på 12,5%. Ifølge Apples europæiske regnskaber betaler de dog kun 2% af deres overskud i skat.¹⁸³ Apple har fundet et skattehul, hvor de irske regler giver et

¹⁷⁸ Ibid s.7

¹⁷⁹ Ibid. s.4

¹⁸⁰ ibid. s 4

¹⁸¹ Addressing base erosion and profit shifting, OECD, 2013, s. 20

¹⁸² Ryd ud i 3.000 europæisk skatteregler og halver Selskabsskatten i EU, Høegh, 2015, s. 8

¹⁸³ ibid.

højt fradrag for forskning og udvikling. Apple har netop betydelige udgifter til forskning og udvikling i Irland. Det er således et udtryk for, at store selskaber ikke betaler deres fair andel af skatten, fordi de er ekstremt dygtige til at finde skattehuller, der kan lette deres skatteforpligtelse, og dermed opnå favorable skattevilkår. Det skal dog tilføjes, at Apple undersøges af EU-domstolen for skatteunddragelse.

Det tyder på, at når skatteunddragelse finder anvendelse, er det meget kompliceret at beregne det præcise nettoomsætningstab, som skatteunddragelse medfører. Den enkelte medlemsstat er muligvis ikke i stand til at håndhæve ulovlig skatteunddragelse, idet der er forbundet store omkostninger med overvågning og compliance.

Man skal forholde sig kritisk til det estimerede provenutab fra EU, idet det meget vel kan være mindre, idet skattefradraget også inkluderes i beregningerne af provenutabet. Det er vanskeligt at afgrænse skatteunddragelse, idet det i nogle lande kan være lovligt og i andre lande ulovligt.

Selskabers relative skattebetalinger kan variere fra år til år, dvs. at de f.eks. det ene år slet ikke betaler skat, og året efter har en høj skatteindbetaling. Provenuet fra selskabsbeskatning er meget konjunkturfølsomt, dvs. at provenuet vil være større under højkonjunktur sammenlignet med en lavkonjunkturperiode. Selskaber har fradragsmuligheder for løbende udgifter og nedslidning af anlægsaktiver. Medlemsstaterne har endvidere forskellige særregler, f.eks. nationale afskrivningsregler og andre begunstigede skatteordninger i form af afledte indtægter med det resultat, at selskaber enten fritages for at betale skat eller betaler en meget lav skat, hvilket kan virke uforståeligt for offentligheden. Med andre ord betyder det ikke, at selskaber ikke betaler den skat, som de skal, men at der er lovlige årsager til, at de undgår at betale skat i nogle perioder, og i sådanne tilfælde er der ikke nødvendigvis tale om skatteundragelsesaktiviteter.

I en lille åben økonomi som den danske har en sænkning af selskabsskattesatsen ikke påvirket selskabsskatteprovenuet i en negativ retning: Fra 2013 til 2016 er selskabsskattesatsen sænket med 3 procentpoint til 22%, og selskabsskatteprovenuet i perioden 2012-2015 er steget fra ca.

49 mia. kr. til 57 mia. kr., dvs. en stigning i BNP fra 2,7% til 2,8%.¹⁸⁴ Provenuet er således svagt stigende. En mulig forklaring er, at beskatningsgrundlaget er blevet bredt ud, således at skattemæssige afskrivninger og andre fradragsregler er blevet mindre gunstige for selskaber i mange medlemsstater. Herudover spiller det en rolle, at der i perioden har været højkonjunktur.¹⁸⁵ Sænkning af satsen vil resultere i øget afkast af investeringer, således at man får et større kapitalapparat med højere produktivitet og realløn for arbejdstagere. I de tilfælde, hvor udenlandske selskaber eksempelvis overfører deres overskud til beskatning i Danmark, vil provenuet øges.

Tyskland har en af Europas højeste på satser på 30,2% og ikke særligt fordelagtige og fradrags -og afskrivningsregler. Selskabsskatteprovenuet har de sidste 20 år kun bidraget med beskedne 1-2% af Tysklands BNP. Dette stemmer overens med teorien om skattekonkurrence, nemlig at højere skatter giver et lavere skatteprovenu i en verden, hvor kapitalen er mobil.

Studier har vist, at skatteincitamentet resulterer i, at selskaber hurtigt opnår overnormal ”profit”, og at de forlader landet, når skattefordelen er opnået.¹⁸⁶ En oplagt forklaring er, at selskaber er profitmaksimerende, og at de, afhængigt af deres risikovillighed, søger at finde den optimale lovgivning, der minimerer skatten. Det kan forekomme, at den lave selskabsskattesats giver øget økonomisk aktivitet på kort sigt, hvorfor provenuet vil blive større end initiale provenu. Skatteprovenuet for værtlandet kan muligvis være midlertidigt.¹⁸⁷ Såfremt skattekonkurrencen forsætter, og selskabsskattesatsen derved reduceres, kan det i fremtiden blive svært at opretholde provenuet fra selskabsbeskatningen. Idet landene underbyder hinanden, vil de ikke opnå profit, hvorfor vinderne bliver selskaberne.

3.4.3 Direkte udenlandske investeringer og væksten

Udenlandske investeringer kan øge væksten i et land. Selskabsskattesatsen spiller en vigtig rolle, og er den passende, vil selskaber have et incitament til at skatteplanlægge, hvilket alt

¹⁸⁴ <http://www.skm.dk/skattetal/analyser-og-rapporter/skatteoeconomiske-analyser/2017/januar/ti-selskaber-staar-for-en-tredjedel-af-selskabsskatten>

¹⁸⁵ Lavere selskabsskat er en god forretning, dansk erhvervs perspektiv, 2010, s.3

¹⁸⁶ Optimal international taxation and tax competition: overcoming the contradictions, Volume 22, Issue 2, 2002, Barker, s. 174

¹⁸⁷ Ibid.

andet lige er positivt for den økonomiske vækst i den specifikke medlemsstat. Direkte udenlandske investeringer er et udtryk for, hvor attraktivt udenlandske investorer synes, det er at investere i en medlemsstat.

Det fremgår af figur 2, at der er et stort spænd mellem tiltrækning af udenlandske investeringer. Af de seneste tal fra 2015 fremgår det, at Irland suverænt er det mest attraktive land, hvad angår placering af fremtidige investering eller omplacering af profitten. De indadgående direkte investeringer udgør således 66,4% af Irlands BNP, hvilket i høj grad kan tilskrives, at Irland har Europas næstlaveste skattesats. Det kan også give de forkerte incitamenter for selskaber, idet Irland kan være et opholdssted for at indgå kompliceret skatteunddragelsesaktivitet.

De indadgående investeringer i f.eks. Danmark er steget fra 0,20% af BNP i 2012 til 1,39% i 2015, hvilket i høj grad kan tilskrives, at Danmark har sænket deres selskabsskattesats og er blevet mere konkurrencedygtige i forhold til at tiltrække udenlandske investeringer. De indadgående direkte investeringer i Tyskland er faldende og udgjorde blot 0,4% af BNP i 2015. Det hænger muligvis sammen med, at Tyskland dels er en stor økonomi og ikke nær så afhængige af investeringer fra udlandet som mindre økonomier (Danmark og Irland), dels er blevet fravalgt pga. høje selskabsskattesatser.

Noget tyder på, at skattekonkurrencen har haft positive dynamiske effekter for væksten. Danmark har formået at tiltrække udenlandske investeringer. Bl.a. har Apple i 2015 investeret 6,3 mia. kr. i et nyt datacenter i Viborg, hvilket er den største udenlandske anlægsinvestering i Danmark. Virksomhedsetableringer fører til, at der i næste mange år frem skabes flere hundrede arbejdspladser:¹⁸⁸ I 2015 blev der skabt 1700 nye jobs pga. udenlandske investeringer, herunder 400 anlægsjob som følge af anlægsinvesteringer.

”Selskabsskatten påvirker arbejdsproduktiviteten via. sin indvirkning på produktionens kapitalintensitet – dvs. indsatsen af kapital i forhold til indsatsen af arbejdskraft – og via. indvirkningen på tilskyndelsen til at investere i udvikling af ny teknologi, der øger totalfaktorproduktiviteten.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ <http://nyheder.tv2.dk/business/2016-03-03-udenlandske-investeringer-skaber-1700-nye-job-i-danmark>

¹⁸⁹ Skat og produktivitet, produktivitetskommissionen, 2014, s. 21

Der er også omkostninger forbundet med omplacering af investeringer og kapital. Afkastet af investeringer har betydning for ejerne. Et højre afkast til ejerne efter skat vil resultere i en større investeringslyst. Et fald i de indenlandske selskabsinvesteringer betyder, at selskabers ejere vil pålægge byrden over på lønmodtagere, og at arbejdsproduktiviteten vil blive mindre. Dette vil forringe produktiviteten i den specifikke medlemsstat og vil dermed være et tab af samfundet som heldhed.¹⁹⁰

Arnold m.fl. har foretaget omfattende analyser af, hvordan væksten påvirkes af skattestrukturen og selskabsindkomster. Resultaterne peger i retning af, at relativt høje indkomstskatter sænker produktivitetsvæksten.¹⁹¹ Selskabsskatten anses både i teorien og i praksis for at hæmme væksten, idet det svækker udenlandske og nationale selskabers tilskyndelse til at foretage (risikable) innovative investeringer i en medlemsstat (dermed en reel skat på produktivitet og arbejde).¹⁹² Endvidere er det påvist, at ændringer i skattepolitikken, herunder en reducere af selskabsskattesatsen, har en hurtig effekt på vækstraterne, og at permanente ændringer påvirker væksten over en lang periode.¹⁹³

Økonomisk teori anser skattekonkurrencen som værende skadelig for væksten, idet den skaber uligheder. Jf. ovenstående tyder det altså ikke på, at en lav selskabsskattesats forårsaget af skattekonkurrencen er medvirkende til et fald i væksten – tværtimod i Danmarks tilfælde. Den relativt lave skattesats har umiddelbart ikke ført til skatteunddragelse i Danmark, idet Apple har foretaget reelle investeringer og bidraget til væksten. Det kan ikke afvises, at skattekonkurrencen kan gavne nogle medlemsstats vækst på bekostning af andre medlemsstater. Skattekonkurrencen og skatteincitamenter kan skade væksten i de tilfælde, hvor selskaber flytter produktionen til et lavskattelands. Det kræver en omfattende analyse af hver medlemsstat at vurdere konsekvenserne af skadelig skattekonkurrence og -unddragelse. Konsekvenserne af skattekonkurrencen kan formentlig først vurderes om nogle år.

¹⁹⁰ ibid. s. 21

¹⁹¹ Skat og produktivitet, produktivitetskommissionen, 2014, s. 7

¹⁹² ibid. s. 9.

¹⁹³ Ibid. s.7

Del 3 - Harmonisering af selskabsskattesatsen

En måde at bremse udviklingen af skattekonkurrencens skadelige effekter på er ved at koordinere selskabsskatten blandt EU-landene. Dette vil reducere mulighederne for skatteunddragelse og medvirke til at mindske de økonomiske forvriddinger, således at selskabsskatteindtægter opkræves mere efficient.

Skattekoordinering behøver ikke at omfatte en fuld harmonisering, men kan f.eks. ske ved at fastsætte en minimumsskattesats eller ved at harmonisere skattebasen, således at skattesatsen tilpasses specifikke indtægtsbehov. Nedenfor vil det blive diskuteret, om skatteharmonisering vil reducere skatteunddragelse.

3.5 Skattekoordinering

OECD og EU-kommissionen mener, at selvom selskaber kan flygte fra et land, grundet en høj beskatning af kapital, til et andet, som forudsagt af Tiebout-modellen, kan de altså ikke flygte fra samtlige lande. Medlemsstaterne kan forvente at opnå magt ved at indrette og koordinere lovgivningen, således at de har mulighed for aftale en fælles selskabsskattesats, som ligger over den konkurrencedygtige ligevægt. Dermed kan en medlemsstat opkræve flere skatteindtægter, hvilket samtidigt resulterer i, at presset på arbejdets distribution mindskes.

Ovenstående er muligvis for godt til at være sandt. Selvom ideen er god, synes harmonisering at være en uigennemtænkt og farlig strategi, der i sidste ende kan påføre mere skade end gavn for medlemsstater og den europæiske økonomiske udvikling.

McCarthy m.fl. argumenterer for, at skatteharmonisering ikke er en holdbar løsning, da det ikke minimerer skadelig skattekonkurrence og dermed skatteunddragelse. Begrundelsen er, at der ifølge læren om spilteorien ikke er tale om en NASH-ligevægt.¹⁹⁴ Den øgede globalisering, selskabernes mobilitet og skattekonkurrence har skabt økonomiske udfordringer. For at imødegå disse udfordringer skal medlemsstaterne tilpasse sig. Skatteharmonisering er ikke blot et udtryk for, at medlemsstaterne gør en indsats, men også at staten skal agere som et selskab på et oligopolistisk marked og skal indgå aftaler om at hæve skattesatsen over det konkurrencedygtige markedsniveau. Ifølge Cournot-teorien er

¹⁹⁴ Globalisation, Tax Competition and the Harmonisation of Corporate Tax Rates in Europe, McCarthy m.fl., 2008, s. 12

selskabernes bedste strategi ikke at indgå en hemmelig aftale, idet man kan opnå højere gevinster ved at afvige fra aftalen. Det dog lidt paradoksalt, at medlemsstaterne kan agere ligesom selskaber, når selskaber ikke engang selv kan løse dette incitamentsproblem, der er forholdsvist udbredt i den konkurrenceprægede markedsøkonomi.

En måde at realisere et samarbejde og minimere skatteunddragelse på er ved at håndhæve truslen, som Kreps udtrykker det.¹⁹⁵ Da medlemsstaterne er afhængige af hinanden (f.eks. er Luxembourgs økonomi afhængig af Tysklands), kan ”skatteovertrædere”, dvs. de stater, der indretter lovgivningen således, at aggressiv skatteplanlægning og skattesnyd kan tillades, straffes økonomisk. Igennem harmonisering kan man opnå en Nash-ligevægt, eksempelvis ved at Tyskland kan true Luxembourg med økonomiske sanktioner og derigennem tvinge dem til at samarbejde.

Ivaldi har undersøgt vigtige faktorer, der skal være til stede for at selskaber hvor opnåelse af samarbejde er en realitet: Når disse agere på transparente markeder med symmetrisk markedsandele, omkostnings struktur og kapacitetsbegrænsningen.¹⁹⁶ Medlemsstaterne kan ikke leve op til disse betingelser, og derfor vil det resultatet af samarbejde ikke være et naturligt resultat, grundet medlemsstaterne forskellige størrelser og økonomiske potentiale, således virker harmonisering usandsynligt.

Effekten af skatteharmonisering kan give utilsigtede virkninger, herunder at der potentielt kan skabes et skattekartel mellem medlemsstaterne. Nogle undersøgelser viser, at sådanne skattekarteller skaber et offentligt gode og herigennem positive eksternaliteter for lande, der ikke er en del af aftalen.¹⁹⁷ Der skabes incitamenter for de nabolande, der geografisk ligger tættere på de andre europæiske lande, men ikke deltager i skattesamarbejdet, f.eks. Tyrkiet, Norge og Schweiz. Disse kan ”free-ride” på den kartelaftale, de andre medlemsstater har indgået. Landene vil kunne tilbyde selskaber en bedre konkurrencedygtig selskabsskattesats, og som det kom til udtryk i del 2 responderer selskaber altid på lovændringer og vil søge hen,

¹⁹⁵ Globalisation, Tax Competition and the Harmonisation of Corporate Tax Rates in Europe: Mccarthy m.fl. 2008, s. 13

¹⁹⁶ ibid.

¹⁹⁷ ibid.

hvor de kan opnå den største skattebesparelse. Selskabers aggressive skatteplanlægning vil altså være uundgåelig.

Skatteharmonisering bidrager således ikke til at mindske den skadelige konkurrence, da de deltagende lande, der har indgået kartelaftalen, taber investeringer og skatteprovenu til de ikkedeltagende lande. I værste fald kan skatteharmonisering vise sig at være en eksistentiel trussel mod den europæiske union, da den økonomiske situation undermineres, og fordelene ved at være medlem minimeres. De europæiske medlemsstater vil være mindre konkurrencedygtige globalt, og udviklingen vil have en nedadgående tendens grundet manglende investeringer.

3.6 Single rate

En anden måde at mindske skatteunddragelse på er at udvide skattebasen og reducere selskabsskattesatsen. Mange europæiske lande anvender denne politiske strategi, og nogle prominente økonomer er også enig i udsagnet. Eksempelvis mener Sørensen, at fordelene ved at udvide selskabsskattebasen og sænke selskabsskattesatsen er, at medlemsstaten kan øge skatteindtægterne på en mere efficient måde.¹⁹⁸ Haufler m.fl. konkluderer, at hvis multinationale selskaber har mulighed for at foretage profit shifting til en anden medlemsstat, er det mest optimalt for en medlemsstat at reducere satsen og sænke fradraget for afskrivninger for at imødekomme indtægtskravet.¹⁹⁹ I litteraturen argumenterer nogle økonomer for, at ovenstående er den mest optimale strategi fra regeringens perspektiv.

Bettendorf m.fl. argumenterer for, at det ikke er fordelagtigt i EU-regi at sænke selskabsskattesatsen. Alle medlemsstater har et incitament at sænke satsen, således at deres skattebase udvides igennem tilførsel af skatteindtægter og diskrete investeringer, hvilket sker på bekostning af skattegrundlaget i de andre lande. Hvis alle medlemsstater følger den samme politik og reducerer satsen, vil det give færre indtægter. Derfor kan etableringsvalget falde til fordel for andre lande som USA eller Japan.

På dette grundlag antager Bettendorf, at velfærden i EU formentlig ikke forbedres ved at sænke selskabsskattesatsen og udvide skattegrundlaget, men tværtimod være neutral for

¹⁹⁸ The economic effects of EU-reforms in corporate income tax systems, Bettendorf m.fl. 2009, s.41

¹⁹⁹ *ibid.*

velfærden.²⁰⁰ Disse skattemæssige eksternaliteter skaber skattekonkurrence, hvor alle lande fastsætter suboptimale lave selskabsskattesatser. De europæiske lande kan minimere disse eksternaliteter ved at samarbejde og indrette et efficient skattesystem, der indeholder højere selskabsskattesatser og minimere forvridningsmargin af nye investeringer.

I de tilfælde, hvor selskabsskattesatsen fastsættes som en "single rate" i medlemsstaterne, kan en forhøjet skattesats føre til, at EU som helhed vil tabe: Der eksisterer en verden uden for EU, og selskaber vil være tilbøjelige til at foretage profit shifting og engagere sig i skatteunddragelsesaktiviteter i andre lande, hvor konkurrence stadigvæk eksisterer. Uden konkurrence vil velfærden i EU mindskes som følge af tabte investeringer samt flytning af kapital, arbejdskraft og produktion til et land uden for EU. Hvis skattesatsen sættes for lavt, vil nogle lande vinde og andre tabe på det, idet en ændring i en stats satslige vægt vil sænke den andens stat velfærd. Endvidere er det meget svært at fastsætte en fælles skattesats, som medlemsstaterne kan blive enige om.

3.7 Effekter på compliance-omkostninger

Harmoniseringen af en fællesselskabsskattebase og fælles selskabsskattesats vil på lang sigt minimere compliance-omkostninger, idet (multinationale) selskaber ikke længere skal forholde sig til 28 landes forskellige skatteregler, men kun anvende et fælles regelsæt i beregningen af dets skattepligtige indkomst i hele EU. Dette vil resultere i en ensartet fortolkning af reglerne, øge retssikkerheden og kan være et effektivt middel mod selskabers aggressive skatteplanlægning og indviklede selskabskonstruktioner. Hvis man formår at gøre fælleselskabsskattebasen mere robust, vil medlemsstaterne være gearret til at opkræve flere skatteindtægter og håndhæve reglerne til fulde.

Det er vanskeligt at estimere compliance-omkostninger og reduktionen af disse i forbindelse med harmonisering. Studier bekræfter, at jo simplere et skattesystem er, desto færre omkostninger er der forbundet både nationalt og internationalt.²⁰¹ På kort sigt kan selskabers omkostningsniveau stige, da selskaberne skal sætte sig ind i de nye regler. På længere sigt kan

²⁰⁰ ibid. s. 41-42

²⁰¹ Report of the Committee of independent experts on company taxation – Commission of the European communities, 1992, s. 199

man forvente, at compliance-omkostningerne falder, idet selskaber ikke afsætter nær så mange ressourcer på at forstå reglerne, da de er mindre tidskrævende at forstå.

For store selskaber, der har datterselskaber, er omkostningerne væsentligt højere. Cortax har på baggrund af korrespondancer med kommissionens serviceafdeling estimeret, at compliance-omkostninger reduceres med 30% for datterselskaber, såfremt CCBT vedtages,²⁰² samt at compliance-omkostninger vil ligge på ca. 4% af det samlede selskabsskatteprovenu. I gennemsnit vil compliance-omkostninger reduceres med ca. 0,4% af de samlede selskabsskatteindtægter i Europa eller 0,01% af BNP, og en tilsvarende velfærdsgevinst opnås.²⁰³ Det er vigtigt at understrege, at værtsmedlemsstaten med flest selskaber opnår en øget gevinst end lande med få selskaber. Den administrative byrde for selskaber vil blive lettet, da disse skal anvende et sæt regler til beregning af deres skattepligtige indkomst.

3.8 Reduceres skatteunddragelse af en harmonisering af selskabsskattesatsen?

Om en ændring af en retsregel øger eller reducerer den samfundsmæssige velfærd, vurderes ud fra to efficient-kriterier, nemlig Kaldor-Hicks efficiens og Pareto-kriteriet.²⁰⁴ Det afgørende for Pareto-kriteriet er, at ressourcerne i en medlemsstat anvendes optimalt. I skatte- og selskabsretten er det vanskeligt at arbejde med Pareto-kriteriet i praksis, idet det nærmest er umuligt at udarbejde en lovregel, der ved omfordeling af samfundets ressourcer ikke vil stille et selskab dårligere.

Kaldor-Hicks er et mindre teoretisk efficiens-begreb, der *”støtter en ændret retstilstand, hvis den resulterende omfordeling af ressourcerne bevirker, at den gevinst som vinderne opnår, er større end det tab som taberne lider.”*²⁰⁵

En ændring i selskabsskattebasen kan påvirke selskabsskattesatsen og give utilsigtede virkninger på de forskellige medlemsstaters økonomi og selskabers adfærd som nævnt i del 2 og 3. Såfremt harmonisering af selskabsskattesatsen og skattebasen bliver en realitet i EU, skabes der både vindere og tabere, på trods af at EU som helhed vil opnå en højere gevinst i

²⁰² The economic effects of EU-reforms in corporate income tax systems, Bettendorf m.fl. 2009, s.42

²⁰³ ibid.

²⁰⁴ Retsøkonomi, Riis, s. 1155-1156

²⁰⁵ ibid. s.1156

form af øget kapitalbeholdning.²⁰⁶ Skatteharmonisering kan muligvis beskytte lande med høje skattesatser. En undersøgelse fra OECDTAX viser, at lande med lave skattesatser taber ved skatteharmonisering, idet det er med til at hindre en effektiv allokering af arbejde og kapitalstrømme, som dermed ikke kan flyde frit fra højtbeskattede til lavbeskattede lande.²⁰⁷ En mulighed for at disse kan drage fordel af harmonisering er, at de lande, der opnå en større økonomisk gevinst, er villige til at kompensere disse, eksempelvis igennem en fælles politisk aftale eller oprettelse af en fælles EU-budgetkonto.²⁰⁸

Det er vigtigt at understrege, at de såkaldte perifere økonomier er afhængige af andre lande. For disse vil harmonisering ikke være efficient, idet sådanne økonomier har en legitim årsag til at sænke selskabsskattesatsen, nemlig at kompensere for deres lokalisation og størrelse samt er afhængige af investeringer udefra. Dette kommer til udtryk i Baldwins økonomiske model.²⁰⁹ De europæiske lande har forskellige størrelser, hvorfor de store medlemsstater er mere villige til at samarbejde end de mindre stater. For de mindre stater er et samarbejde ikke en fordel, hvilket forklarer, at selskaber foretager profit shifting og opretter fiktive datterselskaber i de mindre lande.

Fordelen ved at harmonisere selskabsskatten er, at nationale skatteregler elimineres, således at selskaber kun skal forholde sig til et sæt fælles regler. Det betyder, at compliance-omkostninger falder for selskaber, hvilket tilskynder de små og mellemstore selskaber til at investere. Desuden bliver skattereglerne mindre komplekse, mere forståelige og bidrager til at lukke de skattehuller, der eksisterer landene imellem. Det er muligt at reducere skatteunddragelse igennem fælles regulering. Da mulighederne for at foretage aggressiv planlægning er reduceret, vil free riding adfærd blive mindre i EU. Der sker således en effektiv fordeling af selskabers investeringer på tværs af EU, og alle selskaber vil betale en fair andel af skatten.

Med skatteharmonisering styrkes retssikkerheden i EU. Men der vil altid opstå uventede og uforudsete konsekvenser i forbindelse med en intervention på det frie liberale marked.

²⁰⁶ International tax competition: A new framework for analysis, Sørensen, 2002, s. 14

²⁰⁷ *ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ International tax competition: A new framework for analysis, Sørensen, 2002, s. 14

Medlemsstaterne skal enstemmigt vedtage regler om fastsættelsen af selskabsskattesatsen. Dette kan vise sig at være vanskeligt, idet beskatningsniveauet afhænger af medlemsstaternes indtægtsbehov samt forskellige syn på økonomisk efficiens og fair beskatning.

Skatteharmonisering kan resultere i, at der bliver fastsat en høj selskabsskattesats langt over den konkurrencedygtige sats, hvilket skyldes, at skattekonkurrencen mellem medlemsstaterne hæmmes. EU kan derfor blive mindre attraktivt, og investeringerne udebliver.

En væsentlig ulempe ved skatteharmonisering er, at der skabes en form for skattekartel mellem medlemsstaterne med det resultat, at skatteunddragelsestransaktioner mellem selskaber inden for og uden for EU intensiveres. Lande, der ikke deltager i aftalen, opnår positive eksternaliteter i form af øget velfærd, idet de kan free ride på EU's kartelaftale og gøre deres skattelovgivning så attraktiv, at de formår at tiltrække selskabers investeringer fra EU. Herudover kan selskaber oprette fiktive datterselskaber i andre lande med en fordelagtig lovgivning og dermed kanalisere overskud fra EU til disse lande. Harmonisering er et voldsomt indgreb, der sandsynligvis ikke minimerer skatteundragelsesaktiviteter, men snarere øger risikoen for et "outflow" af kapitalen og arbejdskraften fra EU. Nogle medlemsstater kommer til at sænke satsen og andre til at forhøje den. Det væsentlige er, at harmonisering påfører mere skade end gavn, hvorfor nogle medlemsstater grundet store økonomiske tab i form af tab af skatteindtægter, investeringer og arbejdskraft afviger fra aftalen. Alt andet lige vil skatteprovenuets blive mindre. Skatteharmonisering er således ikke Kaldor-Hicks efficient, idet investeringer og (arbejds)produktion flyttes fra medlemsstaterne til tredjelande og derigennem påvirker samfundsøkonomien i Europa negativt.

Skatteharmonisering er muligvis ikke nødvendig, hvis hver enkel medlemsstat effektivt forbedrer sin skattelovgivning ved at lukke eventuelle skattehuller og forhindre udviklede selskabskonstruktioner og dermed aggressiv skatteplanlægning.

3.9 Delkonklusion

Selskabers adfærd er præget af, at de er profitmaksimerende og rationelle. Derfor er selskabers adfærd i forbindelse med strategisk planlægning af driftsaktiviteten betinget af, om der er en økonomisk gevinst forbundet med at udnytte medlemsstaternes forskellige

skattelovgivninger, altså en "free rider" adfærd. Da de grænseoverskridende barrierer er fjernet, og selskaber er blevet mere mobile, er der opstået en øget skattekongurrence mellem medlemsstaterne. Således har skattekongurrencen resulteret i et fald i selskabsskattesatsen fra 32% til 25% i perioden 2000-2016. Skattekongurrence bidrager til økonomisk efficiens, idet medlemsstaterne konkurrerer om at tiltrække udenlandske investeringer. Dog kan skattekongurrencen give selskaberne de forkerte incitamenter, idet den er medvirkende til, at selskaber foretager finansielle og reelle ændringer af deres virksomhedsdrift med et ønske om at begrænse deres skatteforpligtelse igennem aggressiv skatteplanlægning. Det er estimeret, at EU årligt taber mellem 50 og 70 milliarder euro som følge af skatteunddragelsesaktiviteter. En del af disse selskaber, særligt de store, betaler ikke den skat, som de burde, da de er gode til at opdage og udnytte skattehuller. Hvis selskabsskattesatsen er sat for højt, kan det resultere i, at medlemsstaternes vækst hæmmes, idet selskaber ikke vil foretage innovative investeringer i en medlemsstat.

I teorien er harmonisering af selskabsskattesatsen mellem medlemsstaterne ideelt, idet medlemsstaterne får magten til at fastsætte en ensrettet skattesats. Det styrker retssikkerheden i EU, reducerer compliance-omkostninger og reducerer tilskyndelsen til skatteunddragelse og skattekongurrencen mellem medlemsstater. Dog skaber harmonisering af selskabsskattesatsen et skattekartel, og selskabsskattesatsen kan potentielt blive fastsat langt over den konkurrencedygtige selskabsskattesats. Da der eksisterer en verden uden for EU, vil de lande, der geografisk ligger tæt på EU, således "free ride" på medlemsstaternes kartelaftale og lave særligt gunstige regler for at tiltrække selskabers investeringer fra EU. Det medfører positive eksternaliteter for disse lande, idet det vil øge deres vækst, og selskaber vil tilskyndes til at indgå aggressiv skatteplanlægning og engagere sig i skatteunddragelsesaktiviteter. Skatteharmonisering er således ikke Kaldor-Hicks efficient, idet investeringer og (arbejds)produktion flyttes fra medlemsstaterne til tredjelande og derigennem påvirker samfundsøkonomien i Europa negativt.

KAPITEL 4. CSR OG SKATTEUNDDRAGELSE

4.1 Selskabers sociale ansvar

Et selskab kan bidrage positivt til samfundet ved betale den lovpligtige selskabsskat. I de senere år har medierne, politikerne og borgerne i den offentlige debat om skatteplanlægning været optaget af multinationale selskabers ageren på skatteområdet. Det har at resulteret, selskaberne er blevet pålagt et ekstra pres i forhold til at handle forsvarligt og betale deres fair andel af skatten.

Der er ikke en præcis definition af CSR-begrebet, men CSR vedrører selskabers håndtering af dens samfundsrelationer. CSR bygger på et frivillighedsbegreb, hvor selskaber handler frivilligt og bidrager ved at påtage sig samfundsansvar nationalt eller internationalt. Således omfatter CSR handlinger og pligter, som selskaberne påtager sig, samt at disse er uafhængige af de minimumskrav og begrænsninger, som lovgivningen fastsætter.²¹⁰ I de senere år har CSR bevæget sig fra kun at beskæftige sig med selskabers sociale og moralske forpligtelser og i højere grad fokuseret på selskabers adfærd og strategi. CSR kædes ofte sammen med selskabers skatteadfærd og er dermed blevet en vigtig bestanddel af deres omdømme.²¹¹

Hvorvidt selskaber bør rette ind efter offentlighedens krav om fair skattebetaling og at udvise ansvarlighed, på trods af at kravene ikke er underbygget af fakta eller er lovpligtige, er der ikke et konkret svar på, ligesom der heller ikke er et konkret svar på, hvorfor selskaber skal bruge ressourcer på CSR i skattemæssigt henseende.

Ud fra the **artificial entity view** har staten legitime forventninger til et selskabs ageren og økonomiske bidrag til fællesskabet samt en forventning om overholdelse af lovgivningen. Baggrunden for dette er, at selskabets eksistens tilskrives staten, og denne har tildelt selskabet visse funktioner, som denne skal udfylde og økonomisk er til gavn for samfundet.²¹² Dermed er selskabet ikke berettiget til at minimere sin skattebetaling igennem aggressiv skatteplanlægning, hvilket kan koste staten skatteindtægter og være ødelæggende for et velfungerende velfærdssamfund.

²¹⁰ International skatteret i et dansk perspektiv, Tell m.fl. 2015, s. 283

²¹¹ Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat, Schmidt, 2015, s. 1659

²¹² ibid. s.1658

Ud fra the **nexus of contracts view** anskues selskabets kontraktuelle relationer mellem mennesker ud fra juridiske fiktion. Omdrejningspunktet for selskabets virke er at maksimere værdien for aktionærer inden for lovens rammer.

Skattebetalinger betragtes som en omkostning af selskabet og ender derfor i samme kategori som de øvrige omkostninger.²¹³ Da ledelsens ønske og forpligtelse er profitmaksimering og derigennem at øge shareholder value, kan ledelsen være nødsaget til at minimere skattebetalinger igennem aggressive skatteplanlægningsstrategier. Selskabet vil således befinde sig i en gråzone,²¹⁴ hvilket kan få negative følgevirkninger for selskabet jf. nedenfor.

Gråzonen mellem lovlig og ulovlig skatteunddragelse giver selskaberne mulighed for at enten at udnytte denne ved at spekulere i maksimal skattereduktion (ved at udnytte skattehuller) og benytte kunstige og fiktive arrangementer eller holde sig langt væk fra sådanne aktiviteter og dermed være samfundsøkonomisk ansvarlige.²¹⁵

Måske er det et diffust krav fra offentligheden om, at multinationale selskaber skal undlade at bruge aggressiv skatteplanlægning.²¹⁶

Medlemsstaternes forskelle lovgivninger åbner bevidst op for tilstedeværelsen af skatteplanlægning, idet formålet er at tiltrække investeringer udefra, hvilket alt andet lige vil have en gavnlig økonomisk effekt for samfundet.

Selskabernes handlinger retfærdiggøres ved, at disse overholder den specifikke medlemsstats lovgivning og forskrifter, i hvilken deres aktiviteter er placeret. Et selskabs ledelse er villig til at betale et fair beløb, men skattelovgivningen i de forskellige medlemsstater tillader flere fortolkninger, hvorfor borgerne ikke er klar over definitionen af fair. Apple betaler et fair skattebeløb i Irland til trods for deres økonomiske kapacitet og deres relativt lave skattebetalinger (jf. del 2). Selv om Apple overholder landets lovgivning og ikke begår ulovligheder, sparer de en masse penge i skat grundet smuthuller i lovgivningen:

Alene i 2012 sparede de 9 milliarder dollars i skatteindbetaling, men samfundet mener ikke, at dette er fair, idet det forventes at formålet med lovgivningen følges og overholdes.²¹⁷

²¹³ ibid. s. 1658

²¹⁴ ibid.

²¹⁵ Skat: En del af virksomheders samfundsansvar, Johansen, 2011, s. 3

²¹⁶ Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat –Schmidt, 2015, s. 1662.

²¹⁷ <https://www.danwatch.dk/nyhed/virksomheder-dropper-skat-og-skruer-op-for-csr/>

En af de væsentligste problematikker relateret til skat som CSR er, at et selskab ikke skal betale mere i selskabsskat end påkrævet af en medlemsstats lovgivning – også i lande med meget lav skattesats. Skat som en del af CSR handler i højere grad om, at selskaber er åbne og gennemsigtige omkring deres skattepolitik og -betalinger og herigennem viser ansvarlighed, samt at de kan skelne imellem lovlig og ulovlig skatteunddragelse. Ud fra en strategisk synsvinkel kan et selskab lide skade, når det kan spare en masse penge i skattebetalinger mod at der bliver skåret ned på basale velfærdsydelser som f.eks. sundheds- og skolevæsenet.

4.2 Selskabers omdømme og reputation

At skat kan betragtes som en del af CSR skyldes, at begrebet skat i højere grad end tidligere er blevet et strategisk element for selskaber.²¹⁸ Et selskab risikerer f.eks. at ende i en situation, hvor den offentlige menighed oplever, at selskaber ikke betaler en fair skat i skattemæssige henseende.

*”I dag er der ikke nødvendigvis et modsætningsforhold mellem dét, at en virksomhed overskudsmaksimerer og dét, at den holder sig ude af gråzonen for aggressive skatteplanlægning, idet der er en omdømmerisiko for virksomhederne, hvis de ikke betaler skat.”*²¹⁹ Dette er medvirkende til de negative effekter på selskabers omdømme og påvirker indtjeningsevnen. Medier og forbrugere dømmer væsentligt hurtigere end domstolene gør og har allerede en forudindtaget holdning når det gælder skattesager, nemlig at selskaber er skyldige, og at de ikke betaler eller betaler meget lidt i selskabsskat, til trods for at de ikke får mulighed for at forklare sig.

I nærværende sammenhæng kan det være fordelagtigt at inddrage CSR, da integration af CSR i selskabers skattestrategi medfører åbenhed omkring deres skatteforhold og potentielt kan medføre en række forretningsmæssige fordele,²²⁰ herunder at forbedre selskabets image, styrke brandværdien og påvirke aktiekursen i positiv retning.²²¹

Aggressiv skatteplanlægning eller skatteundragelsesaktiviteter har negative effekter på selskabers omdømme. På kort sigt vil selskabet opnå en øget omsætning grundet en mere

²¹⁸ Skat: En del af virksomheders samfundsansvar, Johansen, 2011, s. 4

²¹⁹ *ibid.*

²²⁰ Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat, Schmidt, 2015, s. 1662.

²²¹ Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning, Knuutinen, 2014, s. 56

fordelagtig skattelovgivning. På lang sigt kan indtjeningen påvirkes af en række udslagsgivende faktorer: Har selskaberne en skatteadfærd, som klienter, medier og samfundet som helhed finder upassende, kan det få en væsentlig betydning, idet kundeadfærden potentielt kan påvirkes med det resultat, at omsætningen falder pga. manglende salg. Endvidere kan negativ medieomtale i nyheds- og sociale medier, hvor selskaber udstilles med påstande om manglende skattebetalinger, kompromittere selskabers forhold til deres forskellige stakeholders, hvilket kan medføre faldende omsætning grundet forbrugerboykot, dvs. de såkaldte ”reputational risks”.²²²

I forlængelse af ovenstående kan aggressiv skatteplanlægning desuden få et retsligt efterspil: Selskaberne har en væsentlig risiko for at ende i tvister med medlemsstaterne, skattemyndighederne eller EU-domstolen, og disse ”litigation risks” skaber en usikkerhed om virksomhedens fremtidige Cash flows. *”Derudover må det tages i betragtning, at virksomhedens indtjening efter skat indgår i virksomhedens price/earnings ratio, der ofte anses som en nøgleindikator for share value.”*²²³ Hvis der er forbundet en vis usikkerhed med selskabets skattemæssige dispositioner, kan det påvirke potentielle investorer negativt, når de skal foretage en risikovurdering af koncernen og dens aktiekurs. Fører en vurdering til, at investorer synes, at det er mindre interessant at investere i selskabet pga. dets dårlig omtale og omdømme, kan det i værste fald påvirke aktiekursen i en nedadgående retning.²²⁴

Ovenstående kan føre til, at nogle stakeholders ikke accepterer selskabers aggressive skatteplanlægning og dermed fravælger selskabet. CSR kan således begrænse selskabers aggressive skatteadfærd.

Grænsen for skatteplanlægning kan illustreres ved nedenstående figur. Ifølge finansieringsteorien er værdien af et selskab summen af de fremtidige pengestrømme (CF) diskonteret med en passende rente (I) til nutidsværdien. Når selskaber indgår almindelig skatteplanlægningsaktivitet, øges indtjeningen efter skat og dermed shareholder value grundet skattebesparelsen. Såfremt selskabet udøver aggressiv skatteplanlægning, som ifølge stakeholders er en upassende og uacceptabel adfærd, resulterer dette i, at indtjeningen før skat og dermed shareholder value reduceres.

”Ved et givet niveau af skatteplanlægning vil nogle stakeholders reagere negativt herpå. Dog

²²² Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat, Schmidt, 2015, s. 1659.

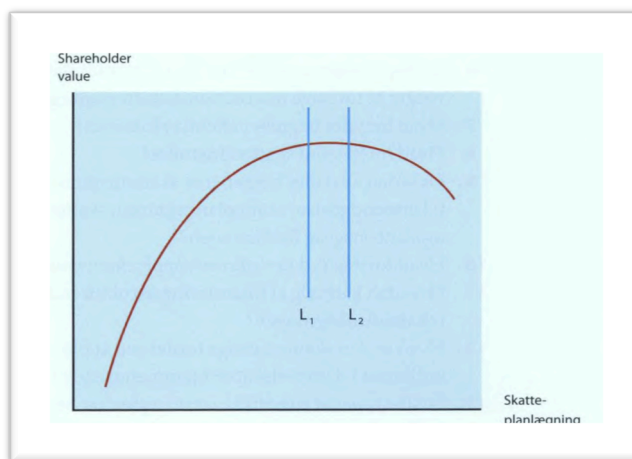
²²³ Ibid. s. 1659

²²⁴ International skatteret i et dansk perspektiv, Tell m.fl. 2015, s.284-285

overstiger skattebesparelsen den negative effekt heraf. Dette er markeret med Linjen L1. Ved et givet højere niveau af skatteplanlægning er den negative reaktion fra relevante stakeholders så stor, at det overstiger skattebesparelsen forbundet med aggressiv skatteplanlægning. Dette er markeret med linjen L2. Selskabet bør således ikke krydse L2, og området mellem L1 og L2 kan betragtes som et kritisk område, hvor selskabet bør monitorere sine stakeholders nøje.”²²⁵

Det er vigtigt at understrege, at ovenstående er en teoretisk tilgang, som ikke er testet empirisk. Endvidere skal man hæfte sig ved, at figuren ikke giver svar på hvor den passende linje mellem skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning i praksis bør være.

Omdømmeeffekten er et validt grundlag til at inddrage CSR-overvejelser, når ledelsen skal træffe et valg om udformning og implementering af selskabets skattestrategi i forretningsmæssige regi. Derfor er det nødvendigt, at selskabet tager stilling til, hvilke metoder de skal benytte for at nedbringe skattebetalinger og samtidigt være konkurrencedygtige, således at deres omdømme ikke lider et tab. Der er ingen tvivl om, at ledelsen står over for en stor udfordring: *”Hvor og hvordan skal virksomheden trække grænsen mellem den fair/almindelige skatteplanlægning på den ene side, og den unfair/aggressive skatteplanlægning på den anden side.”*²²⁶



Som Porter og Kramer giver udtryk for, er stakeholders holdninger vigtige for selskabet og deres ønsker skal efterkommes, men de har dog ikke den fulde forståelse for selskabers kapacitet, konkurrencemæssige position eller de kompromiser, de skal gøre.²²⁷

CSR handler ikke kun om at imødegå de potentielle risici ved omdømmerisikoen. Selskaber bliver nødt til at implementere en bæredygtig skattepolitik. En bæredygtig skattepolitik

²²⁵ International skatteret i et dansk perspektiv, Tell m.fl. 2015, s. 285 – Kilden til figuren er bogen

²²⁶ Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat, Schmidt, 2015, s. 1659

²²⁷ Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning, Knuutinen, 2014, s. 58

indebærer grundlæggende, at selskaber opbygger et stærkt brand med øget værdi til følge, hvor transparens om selskabets skatteforhold bidrager positivt hertil. Selskabet får en gylden mulighed for at lægge alle kortene på bordet og informere omverden om sin skattepolitik og -betalinger og andre økonomiske bidrag.²²⁸

Selskaber er i højere grad blevet bevidste om, at skatteomdømme på langt sigt udgør et problem. I en undersøgelse svarede 77% af respondenterne, at offentlig omtale af multinationale koncerners aggressive skatteplanlægning og manglende skattebetaling har en skadelig påvirkning på omdømmet.²²⁹

I forlængelse heraf vælger flere og flere multinationale koncerner at omtale deres skattestrategipolitik i årsrapporten eller på koncernens webside. I en anden undersøgelse, der også inkluderede danske selskaber, har respondenterne inden for de sidste 3-4 år udviklet og implementeret deres selskabsskattepolitik, hvor der i selvsamme periode har været stor mediebevågenhed om aggressiv skatteplanlægning. Ledelsen ser i højere grad at anse skattemæssige forhold er omfattet af CSR: Hele 63% ser skat som en del af selskabers sociale ansvar.²³⁰ 79% af respondenterne i undersøgelsen har allerede udarbejdet CSR politik i forhold skattemæssige forhold eller skattepraksis.²³¹ Det dog vanskeligt at vurdere, om CSR indgår frivilligt i selskabets skattepolitik eller af frygt for dårlige omtal eller en kombination af begge.

Resultatet af en undersøgelse fra analyseinstituttet MSCI, hvor den sociale ansvarlighed (CSR-indeks) blev holdt det op imod den skatteprocent, som selskaberne havde betalt igennem 5 år, viser, at de selskaber (store), der er mest sociale, betaler suverænt mindst i skat.²³²

Et eksempel på et sådant selskab er Starbucks, der i de første 14 år i England undgik at betale selskabsskat, men samtidig lovede at skyde penge ind i et jobskabelsesprojekt for unge til 30 mio. dollars i sommers. Det er en forretningsmæssig fordel i at tænke CSR ind i skatteovervejelserne, idet det er med til at genskabe den tillid, som den almene har mistet til de store selskaber. Herudover giver det en markedsføringsfordel, idet selskabet fremstår som samfundsansvarlig.

²²⁸ Skat: En del af virksomheders samfundsansvar, Johansen, 2011, s. 4

²²⁹ Taxand Global Survey 2015, s. 10

²³⁰ Tax – a corporate responsibility priority, IBIS, 2014, s. 11

²³¹ ibid

²³² <https://www.danwatch.dk/nyhed/virksomheder-dropper-skat-og-skruer-op-for-csr/>

Et synspunkt er at indtage den holdning, at selskaber er etiske i deres skatteunddragelse, idet de minimerer skatteudgiften, men overholder skattelovgivningen, og dermed opnår et større beløb, der kan distribueres til velgørende formål. På den anden skal selskaber betale deres fair andel af skatten, idet den skal ses som en investering i det samfund, man deltager i. Hvis man ønsker at have et bæredygtigt marked, hvor man kan sælge sine produkter, skal man heller ikke underminere det. Dermed kan filantropi ikke fritage selskaber for at handle ansvarligt i forhold til deres økonomiske aftryk og kapacitet.

4.3 Opsummering og delkonklusion

Da grænsen mellem skatteplanlægning og skatteunddragelse juridisk ikke er klart defineret, kan selskaber udnytte de forskellige skattesystemer til at minimere deres samlede skatteforpligtelse. Til trods for at nogle selskaber overholder lovgivningen og ikke deltager i skatteunddragelse, er det måske et diffust krav fra offentligheden om, at selskaber skal betale deres fair andel af selskabsskatten. At en selskab associeres med skatteunddragelse er forbundet med en væsentlig omdømmerisiko: Hvis offentligheden og medierne ikke opfatter et selskabs skattestrategi som fair, kan det give utilsigtede virkninger på selskabets omdømme. Det kan i værste fald betyde, at investorer ikke ønsker at investere i selskabet, hvilket kan påvirke selskabets indtjening på langt sigt. I denne sammenhæng kan det være velbegrundet at inddrage CSR i sin skattepolitik og derigennem udvise skatteansvarlighed, idet det kan føre til et bedre omdømme og en række forretningsmæssige fordele.

KAPITEL 5. KONKLUSION

Grænsen mellem skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning kan ikke entydigt fastlægges juridisk, idet aggressiv skatteplanlægning ikke er nærmere defineret i EU-lovgivningen. I en selskabsretlig afgørelse, Centros-sagen, er der ikke tale om misbrug af etableringsretten: Det skyldes, at selskabet er gyldigt stiftet i overensstemmelse med stiftelsesstatens lovgivning, på trods af at selskabet skatteplanlægger sin aktivitet ud fra økonomiske og skattemæssige hensyn. På den anden side synes grænsen at være anderledes i skatteretten, idet EU-retten ikke accepterer en udhuling af det indre marked ved misbrug af EU-rettens bestemmelser. For at foretage en vurdering af tilstedeværelsen af et rent kunstigt arrangement benytter domstolen en proportionalitetstest, der bygger på det objektive og subjektive forhold. For ikke at anfægte en tilstedeværelse som værende kunstigt etableret, skal det, der udgør den skattepligtige indkomst eller fradragsberettigede udgift, være omfattet af en reel aktivitet med en fysisk tilstedeværelse i form af lokaler, udstyr og personale. Med udgangspunkt i fusionsskattedirektivet formodes det, at en transaktion sker som led i skatteunddragelse, såfremt et selskabs omstruktureringstransaktion ikke er baseret på gyldige forretningsmæssige årsager, og formålet kun er betinget af skattemæssige forhold. Med udgangspunkt i moder-/datterselskabsdirektivet går grænsen til, at datterselskabet skal have økonomisk realitet og være en del af værtslandets økonomi, og at formålet ikke er at skabe et fradrag for moderselskabet til at spare den skyldige skat eller undgå beskatning.

Selskabsskattesats har en stor betydning for selskabers adfærd, idet de er rationelle og profitmaksimerende. Skattekonkurrence bidrager til økonomisk efficiens, idet medlemsstaterne konkurrerer om at tiltrække udenlandske investeringer, men er samtidig asymmetrisk, dvs. nogle lande opnår en økonomisk gevinst på bekostning af andre. Skattekonkurrence kan dog blive skadelig og bidrage til, at der bliver skabt et ”race to the bottom”, hvor der konkurreres om at levere den laveste selskabssats. Der kan altså opstå en ”free rider” adfærd fra selskaber, der kan udnytte skattekonkurrencen mellem de forskellige landes lovgivninger. Herigennem får de mulighed for at blive aggressive i deres skatteplanlægning og dermed engagere sig i skatteundragelsesaktiviteter.

Den skadelige skattekonkurrence kan resultere i, at en medlemsstat kan lide et provenutab, og at investeringsinitiativerne ikke får den tilsigtede virkning, fordi selskaber i stedet engagerer

sig i skatteunddragelse. Medlemsstaten skal øge skatten på andre områder for at modvirke, at landets budgetunderskud øges, medmindre de offentlige udgifter reduceres tilsvarende.

Selskabsskatten anses både i teorien og i praksis for at hæmme væksten, idet det svækker udenlandske og nationale selskabers tilskyndelse til at foretage innovative investeringer i en medlemsstat.

En harmonisering af selskabsskattesatsen mellem medlemsstaterne vil dels ensrette skattesatsen og minimere skattekonkurrencen, dels styrke EU's retssikkerhed, reducere compliance-omkostninger og mindske selskabers tilskyndelse til skatteunddragelse. Dog er der en risiko for, at en sådan harmonisering resulterer i et skattekartel mellem medlemsstaterne. En utilsigtet konsekvens af dette er, at lande uden for EU har mulighed for at "free ride" på medlemsstaternes kartelaftale og lave særligt attraktive regler for at tiltrække selskabers investeringer fra EU med det resultat, at selskaber tilskyndes til at engagere sig i skatteundragelsesaktiviteter. Skatteharmonisering er ikke Kaldor-Hicks efficient, idet investeringer og (arbejds)produktion flyttes fra medlemsstaterne til lande uden for EU, hvilket påvirker samfundsøkonomien i Europa i negativ retning.

Hvis offentligheden og medierne ikke betragter selskabers skattebetalinger som fair, kan det få negative konsekvenser for selskabets omdømme på længere sigt, idet de associeres med skatteunddragelse. Af den grund vil nogle stakeholders fravælge selskabet, hvorfor selskabets aktiekurs og dermed indtjening vil påvirkes i en nedadgående retning. Dette bør selskaberne tage med i deres overvejelser omkring, hvor langt de ønsker at gå for at reducere deres skatteforpligtelse. For at undgå en sådan omdømmerisiko, kan selskaber inddrage CSR i deres skattepolitik og herigennem potentielt udvise ansvarlighed, opbygge et stærkt brand og opnå forretningsmæssige fordele.

Litteraturliste

Bøger

Tvarnø, Christina, Skattemæssigt underskud i selskaber i EU – en komparativ retsøkonomisk analyse, jurist og økonomiforbundet forlag

Nielsen, søren, 1997 Hvad har økonomisk teori at sige om skatteunddragelse, EPRU

Nielsen, Ruth m.fl. EU-ret, 2016 karnov Group

Ruding, Onno m.fl. 1992, Report of the Committee of independent experts on company taxation – Commission of the European communities

Brakman, Steven, Location and competition, 2005, Routledge Group.

Ploeg, Rick, m.fl. 2009, Taxes and the Economy, Edward elgar

Erling, Eide, 2008, Rets-økonom

Tell, Michael, m.fl., International skatteret, 2015, Hans Reitzels Forlag

Damgaard, Sanne, 2012, EU-selskabs-og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, jurist og økonomiforbundet forlag

Sørensen, EU-retten, 2014, jurist og økonomiforbundet forlag

Stokholm, Jeppe. 2008. EU skatteret, Karnov Group

Serup, søren, Fusionsskatteoven med kommentarer, 2012, Karnov Group

Rønfeldt, Thomas, 2013, Europæisk skatteret I – misbrug og andre legitime hensyn, karnov Group

Albrechtsen, Tobias m.fl. 2014, Skatte-strafferet, karnov Group

Rønfeldt, Thomas, 2010, Skatteværn og EU-frihed, jurist og økonomiforbundet forlag

Artikler og rapporter

Prebble, Rebecca m.fl. Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law Vol. 55:21, 21-46

Tom O'Shea, 2010, 11Tax avoidance and abuse of EU law, The EC Tax Journal, Volume 11, 2010-11, 77-115

Werlauff , Nikolaj 2006, Skattehensyn er lovlig hensyn: Om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten, nr. 28, 2226-2231

Piantavigna, Paolo 'Tax Abuse in European Union Law: A Theory' (2011) 20 *EC Tax Review*, Issue 3, pp. 134–147

Dover, Roberto m.fl. 2015, Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union, I – assessment of the magnitude of aggressive corporate tax planning

Høegh, Mikkel, RYD UD I 3.000 EUROPÆISKE SKATTEREGLER OG HALVÉR SELSKABSSKATTEN I EU, tænketanken Europa

Den danske selskabsskat - satsreduktion og baseudvidelse - skatteministeriet, 2003

SANDMO, agnar, 1976, Optimal taxation an introduction to the literature, journal of public economics 6 (1976) 37-54

Produktivitetskommissionen, 2014, Skat og produktivitet, baggrundsrapoort

Remeur, Cécile, 2015, Tax policy in the EU, European Parliamentary Research Service

Poulsen, Tommy, 2001, Skattek konkurrence og EU's skattestruktur

Mccarthy, Killian, m.fl. 2008 Globalisation, Tax Competition and the Harmonisation of Corporate Tax Rates in Europe: A Case of Killing the Patient to Cure the Disease, Discussion Paper Series nr: 08-13

Krogstrup Signe, 2002 What do Theories of Tax Competition Predict for Capital Taxes in EU Countries, HEI Working Paper No: 05/2002

Willian, Barker, 2002 Optimal international taxation and tax competition: overcoming the contradictions, Volume 22, Issue 2 Winter, 161- 218

Fourcans ,*Andre* 2001Tax Harmonization versus Tax Competition in Europe: A Game Theoretical Approach, Working Paper No. 132,

European Commision, 2016, Taxation Trends in the European Union, Data for the EU Member States, Iceland and Norway

Clausing, Kimberly A. 2009 Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy, *National Tax Journal* Vol. 62, No. 4 pp. 703-725

OECD, Addressing base erosion and profit shifting, 2013

Bettendorf Leon, 2009, The economic effects of EU-reforms in corporate income tax systems, tudy for the European Commission Directorate General for Taxation and Customs Union Contract No.TAXUD/2007/DE/324

Riis, Thomas, Retsøkonomi,

Sørensen, Peter, 2002, International tax competition: A new framework for analysis, 11

Schmidt, Peter, 2015, Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat - en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility Tidsskrift for Skatter og Afgifter - 2015/14, 1655-1665

Johansen, Sarah, 2011, Skat: En del af virksomheders samfundsansvar, Ibis Analyse

Knuutinen, Reijo 2014 Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning, Nordic Tax Journal 2014:1, 36-75

Vabres, Frederic, Taxand Global Survey 2015, Caught in the cross re: MNCs prepare for the post-BEPS world

Hansen, Morten, M.fl. 2014, Tax – a corporate responsibility priority, MAPPING THE POLICIES AND PRACTICES OF MAJOR DANISH INVESTORS AND COMPANIES. IBIS

Sandberg, Bo, 2010, Lavere selskabsskat er en god forretning, Dansk Erhvervs Perspektiv

Domme:

Sag C-79/85, Segers, EU:C:1986:308

sag C-196/04, Cadbury Schweppes, EU:C:2006:544

sag C-9/02, De Lasteyrie du Saillant EU:C:2004:138

Sag C-311/08, SGI, EU:C:2010:26

Sag C-446/03, Marks & Spencer, EU:C:2005:763

sag C-231/05, OY AA, EU:C:2007:439

sag C-204/90, Bachmann, EU:C:1992:3

sag C-157/07, Krankenhaus, EU:C:2008:588

Sag C-364/01, Barbier, EU:C:2003:665

sag C-264/96, ICI, EU:C:1998:37

sag C-436/00, X og Y, EU:C:2005:437

Sag C-110/99, Emsland-Stärke, EU:C:2000:695

Sag C-515/03, Eichsfelder, EU:C:2005:491

sag C-212/97, Centros, EU:C:1999:126

Sag C-255/02, Halifax, EU:C:2006:121

sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, EU:C:2007:161

Sag- C-324/00, Lankhorst –Hohorst, EU:C:2002:749

sag C-105/07, Lammers & Van Cleef, EU:C:2008:685

Sager C-347/04, Rewe Zentralfinanz, EU:C:2007:194

Sag C-341/04, Eurofoods EU:C:2006:281

C-28/95, Leur-Bloem EU:C:1997:369,

Sag C-321/05, Kofoed EU:C:2007:408

Sag C-126/10, Foggia, EU:C:2011:718

Sag C-310/09, Accor, EU:C:2011:581

direktiver:

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

RÅDETS DIREKTIV 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (omarbejdning)

RÅDETS DIREKTIV (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

Netartikler:

<https://www.information.dk/indland/2013/04/lavere-selskabsskat-motor-bremseklods>

<http://www.skm.dk/skattetal/analyser-og-rapporter/skatteoeconomiske-analyser/2017/januar/ti-selskaber-staar-for-en-tredjedel-af-selskabsskatten>

<http://nyheder.tv2.dk/business/2016-03-03-udenlandske-investeringer-skaber-1700-nye-job-i-danmark> Skat og produktivitet,

<https://www.danwatch.dk/nyhed/virksomheder-dropper-skat-og-skruer-op-for-csr>

Bilag

figur 1

Graph 15: Corporate income tax revenues, 2002-2014

(% of GDP, GDP-weighted average)



Source: DG Taxation and Customs Union, based on Eurostat data

Figur 2

FDI flows Inward, % of GDP, 2015

Source: Benchmark definition, 4th edition (BMD4): Foreign direct investment: financial flows, main aggregates

