



**Copenhagen
Business School**
HANDELSHØJSKOLEN

Kandidatafhandling - Cand.merc.(jur.) – Erhvervsøkonomi & Erhvervsjura - 15. september 2021

Misbrugsbegrebet i ligningslovens § 3

The concept of abuse in accordance with section 3 of the Tax Assessment Act

Maria Henriksen (110352)

Antal anslag/antal normalsider: 174.403 / 77

Juridisk vejleder: Peter Koerver Schmidt

Økonomisk vejleder: Jesper Toelberg Bjerre

Executive summary

One of the main purposes behind the EU is ensuring the common values of the EU and the welfare with the Union. A key mean of achieving this was in the creation of the common internal market with free movement of goods, capital, services, and labor within the Union. As a result, the EU was considered optimal especially for competition purposes and businesses gained a greater mobility and the ability to establish themselves as desired.

In order to ensure these goals Member States conferred sovereignty to the EU, however one area where Member States are largely self-regulating is in the area of taxation. As a result, the tax legalization in the Member States are highly differentiated and businesses have seen this as an opportunity to gain from this by conducting in for example tax planning. Tax planning is not necessarily illegal, but the limit can be difficult to deduce.

In recent years, EU regulatory changes and initiatives have been launched in order to limit and eliminate misuse and abuse of regulation. One of these is the Anti-Tax Avoidance Directive in which the general anti abuse rule was presented. Further, this was implemented in Danish legalization in section 3 of the Tax Assessment Act.

This paper seeks first to investigate what the applicable law is according to the general anti abuse rule in section 3 of the Tax Assessment Act. In addition to this, the paper investigates what difficulties of interpretation the provision rises. Second, the paper seeks to investigate what kind of tax situations welfare is optimized and to what extent of a non-harmonized tax legalization area affects market participants including Member States and the businesses. Third part of the thesis will summarize to what extent the provision complies to the legal policy objectives and considerations, and what other measures there could be able to change the legal situation to an extent where the overall welfare is optimized.

This paper will divide the above into a legal, economic and integrated analysis, respectively.

The legal analysis concludes the applicable law and the provision leads to more interpretive problems and results in a greater consideration for combating abuse than for the legal certainty of taxpayers. The economic analysis concludes that efficient tax systems arise as a result of full harmonization and that the opposite leads to a regulatory competition between the Member States. The integrated analysis concludes that the provision only to some extent complies with judicial and policy considerations, and finally that the management discipline CSR can lead to increased welfare.

Indholdsfortegnelse

Executive summary.....	1
Forkortelser	4
<i>Forkortelser for regulering</i>	<i>4</i>
<i>Andre forkortelser</i>	<i>4</i>
Kapitel 1.....	5
1.1 <i>Indledning</i>	<i>5</i>
1.1.1 <i>Aktualitet.....</i>	<i>5</i>
1.1.2 <i>Problemstilling.....</i>	<i>6</i>
1.2 <i>Problemformulering.....</i>	<i>6</i>
1.2.1 <i>Juridisk problemformulering.....</i>	<i>7</i>
1.2.2 <i>Økonomisk problemformulering.....</i>	<i>7</i>
1.2.3 <i>Integreret problemformulering.....</i>	<i>7</i>
1.3 <i>Metode.....</i>	<i>7</i>
1.3.1 <i>Juridisk metode.....</i>	<i>7</i>
1.3.2 <i>Økonomisk metode.....</i>	<i>10</i>
1.3.3 <i>Integreret metode.....</i>	<i>12</i>
1.4 <i>Afgrænsning</i>	<i>12</i>
1.7 <i>Struktur.....</i>	<i>13</i>
Kapitel 2 – Juridisk analyse.....	15
2.1 <i>Formålet for implementering af LL § 3.....</i>	<i>15</i>
2.2 <i>Anvendelsesområdet for LL § 3.....</i>	<i>15</i>
2.2.1 <i>Det geografiske anvendelsesområde.....</i>	<i>15</i>
2.2.2 <i>Det subjektive anvendelsesområde.....</i>	<i>16</i>
2.2.3 <i>Betragtninger til anvendelsesområde.....</i>	<i>16</i>
2.3 <i>Ligningslovens § 3 misbrugsbetingelser</i>	<i>16</i>
2.3.1 <i>– Et arrangement eller serier af arrangementer.....</i>	<i>17</i>
2.3.2 <i>– Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene</i>	<i>18</i>
2.3.3 <i>– Opnå en skattefordel.....</i>	<i>19</i>
2.3.4 <i>– Virker imod indholdet af eller formålet med gældende skatteret</i>	<i>21</i>
2.3.5 <i>– Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder</i>	<i>23</i>
2.4 <i>EU-rettens praksis om misbrug.....</i>	<i>26</i>
Van Binsbergen - C-33/74.....	26
Coenen - C-39/75	27
2.5 <i>EU-rettens praksis om misbrug i en skatteretlig kontekst</i>	<i>28</i>
2.5.1 <i>Emsland-Stärke - C-110/99</i>	<i>28</i>
2.5.2 <i>Sag C-196/04 Cadbury Schweppes</i>	<i>30</i>
2.6 <i>Betragtninger til det EU-retlige misbrugsbegreb i en skatteretlig kontekst</i>	<i>33</i>
2.7 <i>Skatterådets administrative praksis om misbrug.....</i>	<i>33</i>
2.8 <i>Juridisk delkonklusion.....</i>	<i>35</i>
3. Kapitel 3 – Økonomisk analyse.....	37

3.1 Introduktion til den økonomiske problemstilling.....	37
3.2 Selskabers ageren i det indre marked	38
3.3 Selskabers adfærd og profitmaksimering	40
3.3.1 Scenarie 1 – en stat med lav skattesats	40
3.3.2 Scenarie 2 – en stat med en højere selskabsskat.	41
3.3.3 Skats indflydelse på markedslikevægten	42
3.4 Velfærdsteori.....	44
3.5 Modstridende hensyn.....	45
3.6 – Optimal beskatning	46
3.6.1 Lump-sum beskatning.....	46
3.7 Sammenfatning.....	47
3.8 Økonomisk analyse 2. del - Introduktion til skattekongurrence	47
3.9 Selskabers motivation for skatteplanlægning.....	48
3.9.1 – Eksempel på selskabsskat indvirkning på selskabers motivation	49
3.10 Regulatory competition	50
3.10.1 Forudsætninger for det pågældende marked.....	51
3.10.2 Sammenfatning.....	53
3.11 Regulatory competition som spilteori.....	54
3.11.1 Spillet opsætning.....	54
3.11.2 Spillet elementer	55
3.11.3 Spillet løsning	57
3.11.4 Betragtninger til spillet.....	58
3.11.5 Spillet nye forudsætninger og løsning.....	59
3.11.6 Betragtninger til økonomisk analyse	60
3.12 Delkonklusion.....	61
Kapitel 4 – integreret analyse	62
4.1 Introduktion.....	62
4.2 Skatterettens retspolitiske målsætninger	62
4.2.1 Begrebet retfærdighed	62
4.2.2 Skatterettens grundprincipper: Neutralitet og universalitet.....	63
4.2.3 Retssikkerhed	64
4.3 komparativ vurdering af de retspolitiske målsætninger og retstilstanden.....	65
4.3.1 Retfærdighedsbegrebet i overensstemmelse med LL § 3, stk. 1 og 2	65
4.4 Skattekongurrence og retfærdighed.....	66
4.4 CSR som mulig løsning	67
4.4.1 Introduktion	67
4.4.2 Sammenkoblingen mellem CSR og skat	68
4.4.4 Incitament til at integrere CSR i skattestrategi	68
4.5 Delkonklusion.....	70
Kapitel 5 – Konklusion	71
Litteraturliste.....	76
Regulering	76

National regulering.....	76
EU-regulering.....	76
<i>Lovforarbejder.....</i>	<i>76</i>
<i>Retspraksis</i>	<i>77</i>
EU-praksis.....	77
Dansk praksis.....	77
<i>Rapporter og vejledninger.....</i>	<i>77</i>
<i>Litteratur</i>	<i>78</i>

Forkortelser

Forkortelser for regulering

ATAD – Anti Tax Avoidance directive
GRL – Grundloven
FBL – Fondsbeskatningsloven
FSD – Fusionsskattedirektivet
LL – Ligningsloven
KSL – Kildeskatteloven
MDD – Moder/Datterselskabsdirektivet
RRD - Rente/Royalty direktivet
SEL – Selskabsskatteloven
SFL – Skatteforvaltningsloven
TEU - Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab
TEUF – Traktaten for den europæiske funktionsmåde

Andre forkortelser

BEPS - Base Erosion and Profit Shifting
CSR – Corporate social responsibility
DBO – Dobbeltbeskatningsoverenskomst
EUD – Den Europæiske Domstol
EU – Den Europæiske Union
OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development
Rådet – Rådet for Den Europæiske Union

Kapitel 1

1.1 Indledning

Regler omkring skat har som udgangspunkt altid været et nationalt anliggende, og det har været en sjældenhed, at lande har overgivet suveræniteten til blandt andet EU om at træffe beslutninger og iværksætte regulering inden for skatteretten.¹ Forskellige nationale skattesystemer har medført, at nogle lande har en mere fordelagtig regulering for blandt andet selskabers mulighed for fradrag eller ikke-beskatning. Forskellene i skattesystemer ses ikke alene i skatteprocenten, men også i den materielle del af reguleringen. Dette har nogle selskaber set som en mulighed for at opnå dobbelt ikke-beskatning eller dobbeltfradrag, og har på denne baggrund begyndt at spekulere over hvordan disse fordele kan opnås. Dette fænomen betragtes som skattespekulation og kan resultere i misbrug eller omgåelse af skatteretten, hvis det bliver en realitet.

Misbrug og skatteunddragelse må betragtes som et stigende problem set i lyset af en stigende grad af grænseoverskridende dispositioner, hvor selskabers struktur og konstruktion næppe alene bliver inden for et enkelt lands grænser. Dette giver mulighed for at udlodde og flytte kapital mellem associerede selskaber i forskellige stater, hvor der på denne måde kan drages nytte af staternes forskellige skattesystemer.

OECD har iværksat en handlingsplan for at forhindre aggressiv skatteplanlægning og selskabsskatteundgåelse, der negativt påvirker det indre marked, med henblik på, at selskaber skal betale skat dér, hvor indkomster generes.² Dette skulle forhindres igennem tydelige strukturændringer i international beskatning, hvorfor OECD har udlagt en handlingsplan, som indeholder en action-plan på 15 punkter, de såkaldte BEPS-anbefalinger. Rådets konklusioner af BEPS-projektet understregede behovet for at finde og implementere en fælles løsning, som skulle stemme overens med BEPS projektets konklusioner. Dette skulle ske gennem en række minimumsdirektiver, hvor hensigten var at videregive et ansvar til medlemsstaterne, så direktiverne blev tilpasset til de enkelte skattesystemer ved implementering i national ret. Et af disse direktiver er skatteunddragelsesdirektivet,³ som i artikel 6 indeholder en generalklausul der i 2018 blev implementeret i dansk ret i LL § 3.

1.1.1 Aktualitet

¹ OECD, 2013- s. 9-10

² Ibid. 7 og Schmidt, SR.2019.0053. s. 1

³ ATAD-direktivet (2016/1164)

Der er blevet iværksat flere lovændringer og initiativer siden 1990'erne, som alle har haft samme formål, netop at begrænse og fjerne adgangen for fysiske og juridiske personer til at foretage skattebegrundende dispositioner, som involverer flere landes skattesystemer.⁴ Det mest vidtgående initiativ må udgøres af GAAR'en i LL § 3. Klausulens ordlyd er formuleret bredt og giver skattemyndighederne beføjelse til at tilsidesætte kunstige arrangementer uden kommerciel baggrund, såfremt formålet er at opnå en skattefordel, som ikke ville kunne opnås af den direkte vej, hvis arrangementet er i strid med hensigten bag reglerne, der udnyttes. Klausulen har dermed udvidet skattemyndighedernes beføjelse ved at hjemle muligheden for at tilsidesætte arrangementer og dispositioner, som ikke direkte er ulovlige, men betragtes som værende i en gråzone, hvor der spekuleres mod reglerne.⁵ Det betyder, at på trods af, at hverken misbrug eller omgåelse er et nyt skatteretligt fænomen, kan klausulen potentielt få stor indflydelse på skatteretlige problemstillinger og konsekvenser heraf.

1.1.2 Problemstilling

En central udfordring er klausulens brede og uklare ordlyd, som vanskeliggør det for et selskab at forudsige, hvilke arrangementer og foranstaltninger som falder inden for klausulens anvendelsesområde. Det kan i sidste ende resultere i en væsentlig forvridning af retssikkerheden. Det er denne afhandlings formål at udlede potentielle fortolkningsmæssige vanskeligheder som bestemmelsen kan rumme.

Dernæst findes en væsentlig udfordring i, at når selskaber vælger at skatteplanlægge ved at allokere kapital, vil det resultere i, at det samlede skatteprovenu mindskes, hvilket særligt ses i højskattelande.⁶ Dette vil yderligere resultere i, at samfundet skal finde finansieringskilder til velfærd og udvikling fra andre kilder, eksempelvis ved højere inddrivelse af skat fra fysiske personer. Dette bidrager til en forvridning af fordelens af skattebyrden. Der tegnes et billede af modstridende hensyn, hvorpå der på den ene side ønskes at indkassere høje selskabsskatter, mens der på den anden side ønskes at tiltrække selskabsinvestering til Danmark.

Det er blevet mere velkendt for selskaber at føre en skattestrategi, hvor både legitime og aggressiv skatteplanlægning kan mindske selskabets samlede skattebyrde. Dette vil have en negativ indvirkning på samfundets samlede skatteindtægter og kan reducere den økonomiske udvikling og velfærd i samfundet, hvorfor der kan inddrages moralske hensyn i form af gennemsigtighed i selskabers skattestrategi.

1.2 Problemformulering

⁴ Schmidt m.fl., 2020 S. 1

⁵ Ibid. S. 4

Den præsenterede problemstilling vil belyses med afsæt i afhandlingens juridiske, økonomiske og integrerede problemformulering, som følger herunder.

1.2.1 Juridisk problemformulering

Hvad er gældende ret i henhold til generalklausulen i LL § 3, stk. 1 og 2, og hvilke fortolkningsvanskeligheder giver bestemmelsen anledning til?

1.2.2 Økonomisk problemformulering

Hvordan vil medlemsstater sammensætte selskabsbeskatningen i et ikke-harmoniseret skatteområde, og hvad er de velfærdsmæssige implikationer af denne beskatning?

1.2.3 Integreret problemformulering

I hvilket omfang lever LL § 3, stk. 1 og 2 op til de retspolitiske målsætninger og hensyn, og hvilke andre tiltag vil kunne ændre retstilstanden i et omfang, hvor den samlede velfærd optimeres?

1.3 Metode

I nedenstående afsnit vil de bagvedliggende metodiske overvejelser blive gennemgået, og de juridiske, økonomiske samt integrerede metoder, som danner afhandlingens rammer, blive klarlagt.

1.3.1 Juridisk metode

1.3.1.1 – Retsdogmatisk metode

Det juridiske kapitel vil med anvendelse af den retsdogmatiske metode og med inddragelse af relevante retskilder, finde frem til den gyldige og gældende ret (*de lega lata*) for at besvare afhandlingens juridiske problemformulering.⁷ Den retsdogmatiske analyse vil indeholde relevante juridiske retskilder og søge at systematisere, beskrive og fortolke disse med inddragelse af relevant juridisk fortolkningsbidrag.⁸

1.3.1.2 – Retskildelæren

Retskildelæren er en lære i normer og drejer sig om læren om retskildernes indhold, prioritering, forpligtende virkning samt politiske legitimation.⁹ En retskilde udgør en norm, som yderligere kan defineres som et normativt udsagn om et retligt spørgsmål, som er afgivet af én med juridisk kompetence, heriblandt dommere, lovgiver m.fl. Det er disse retskilder som man udleder retsregler, principper uskrevne regler og

⁷ Tvarnø, 2017. s. 29

⁸ Ibid. s. 29-30

⁹ Ibid.

fortolkningsregler af.¹⁰ Retskilderne bliver opdelt i fire grupperinger: *regulering, retspraksis, sædvaner og forholdets natur*, hvor der ikke eksisterer en hierarkisk rangering mellem disse.¹¹ Der findes dog et hierarki indenfor grupperingen regulering grundet lex-principperne.¹² En speciel lov går forud for en general lov, jf. *lex specialis*.¹³ *Lex posterior* betyder, at en nyere lov går forud for en ældre lov.¹⁴ *Lex superior* medfører, at EU-retten har forrang for national ret og grundloven har forrang for andre love.¹⁵ Det bemærkes, at der ligeledes findes et krav om hjemmel opad i reguleringshierarkiet.¹⁶

1.3.1.4 – Samspillet mellem EU-ret og dansk ret

Der findes væsentlige retsprincipper om EU-rettens virkning i national ret. Først findes EU-rettens forrang for national ret og folkeret. Denne blev for første gang stadfæstet i 1964 i Costa/ENEL-sagen¹⁷, hvor der fandtes en uoverensstemmelse mellem italiensk ret og EU-retten. Der forelå imidlertid uenighed om, hvilket retsgrundlag som skulle afgøre sagen. EUD udleder i denne forbindelse EU-rettens forrang og bevæger sig samtidig væk fra den hidtidige dualistiske teori¹⁸ om forholdet mellem national og EU-ret.¹⁹

Endvidere påhviler det de nationale domstole at fortolke EU-konformt, hvilket indebærer, at der i bedst muligt omfang skal fortolkes i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og for, at det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes, og for dermed at handle i overensstemmelse med målet i TEUF art. 288, stk. 3, jf. Dominguez-dommen.²⁰ I de tilfælde hvor dette overholdes, vil det sikre ensartet og EU-konform fortolkning for at opnå en effektiv virkning, *effet utile*, af EU-retten i medlemsstaterne. Ordlyden i TEUF art. 288, stk. 3 lyder ”*Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.*”²¹ EU overlader det således til medlemsstaterne at afgøre, hvilken måde implementeringen skal ske i national ret. I Danmark vedtog folkettingen i 2018 lovforslag L 28 A, jf. lov nr. 1726 af 27. december 2018, som udgør implementeringen af

¹⁰ Ibid.

¹¹ Tvarnø, 2015. s. 36

¹² Ibid. s. 38

¹³ Ibid. s. 29

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Costa mod ENEL, EU:C:1964:66 / Sag 6-64 Anmodning om præjudiciel afgørelse. Italiensk advokat (Costa) mod ENEL. Uenighed om hvorvidt national ret eller EU-retten skulle afgøre tvisten. EU-domstolen afgjorde, at national ret ikke må gå imod EU-retten.

¹⁸ Den dualistiske teori indebærer, at national ret er at foretrække indenfor nationalt territorium.

¹⁹ Tvarnø, 2017. s. 114

²⁰ Dominguez-dommen, EU:C:2012:33. Anmodning om præjudiciel afgørelse. Dominguez mod CICOA og PRC. Sagen vedrører varighed af ret til ferie afhængig med ens fraværs karakter. EUD fastslog, at der foreligger et krav om ensartet fortolkning af national ret. Det er ifølge TEUF, at national ret skal sikre sig EU-rettens fulde virkning. Med baggrund heri fastslog EUD, at nationale domstole skal fortolke EU-konformt, jf. pr. 24

²¹ Egen understregning

ATAD-direktivet i dansk ret.²² Implementeringen medfører flere justeringer i allerede eksisterende værneregler og introducerer Danmarks første generelle omgængelsesklausul i LL § 3.²³

1.3.1.5 – Relevante retskilder for afhandlingen

1.3.1.5.1 – Regulering

Denne afhandlings centrale retskilde udgøres af LL § 3, stk. 1 og 2, idet det søges at klarlægge bestemmelsens omfang og indflydelse i gældende ret. Der vil i den retsdogmatiske analyse inddrages en objektiv fortolkning af bestemmelsens ordlyd. Ligeledes findes en subjektiv fortolkning nødvendig, som følge af den af ordlydens medfølgende usikkerhed. Det vil sige, at ophavssubjektets hensigt med lovgivningen er væsentlig for analysen, hvilket betyder, at forarbejderne inddrages til fortolkning af bestemmelsen.²⁴ Der vil i den retsdogmatiske analyse ligeledes inddrages relevante høringssvar fra implementeringen i dansk ret. I lovbemærkningerne henføres der flere gange til BEPS-anbefalingerne og EU-retlige forarbejder, hvorfor disse ligeledes må tillægges fortolkningsmæssig værdi.

1.3.1.5.2 – Retspraksis

Der vil i analysen blive inddraget relevant praksis afsagt af EUD. Da der er begrænsede domme med afsæt i den generelle skatteretlige misbrugsbestemmelse, vil analysen ved inddragelsen af EU-praksis søge at klarlægge, hvilke fortolkningsprincipper der har været anvendt i misbrugsvurderingen i andre EU-retlige henseender, herunder den EU-retlige misbrugsdoktrin. Der vil med afsæt i de udledte bemærkninger heraf, søges at drage paralleller over i en skatteretlig kontekst for at klarlægge misbrugsbegrebet i LL § 3. På denne baggrund findes det både væsentlig at inddrage EU-domme som har relevans for en generel udredelse af misbrugsbegrebet samt tilkoblingen til et skatteretligt aspekt, hvor der i begge henseender vil tages højde for dommenes præjudikatmæssige værdi. En doms præjudikatsværdi afhænger af dommens alder, det generelle anvendelsesområde, instansen hvor dommen er blevet afsagt samt om dommen er afsagt med dissens.²⁵

Der vil ligeledes inddrages generaladvokaters forslag til EU-retlige afgørelser. Det bemærkes dog, at denne retskildeværdi er tvivlsom og deres formål er at bistå EUD, hvorfor EUD ikke er forpligtet af at binde sig af forslaget.²⁶ Generaladvokaternes forslag indeholder ofte mere nuancerende og omfattende teoretiske diskussioner og en videregående inddragelse af litteraturen, hvorfor disse findes relevante for den

²² Schmidt, SR.2019.0053, s. 1

²³ Ibid.

²⁴ Tvarnø, 2017. s. 69

²⁵ Neergaard, 2016. s. 176

²⁶ Tvarnø, 2017. s. 158

retsdogmatiske analyse.²⁷ Yderligere vil der i analysen indgå en betragtning om hvorvidt forslaget senere er blevet stadfæstet af EUD.

I analysen vil der inddrages dansk administrativ praksis i form af bindende svar afsagt af Skatterådet. De bindende svar udgør en konkret skattemæssig virkning af en given disposition eller transaktion som en skatteyder har foretaget eller påtænker at foretage, jf. SFL § 21. Et bindende svar er ikke bindende i de tilfælde, hvor der sker ændringer i sagens afgørende forudsætninger, herunder ændringer i love eller bekendtgørelse eller i det omfang svaret viser sig at være i strid med EU-retten, jf. SFL § 25, stk. 2. Bindende svar har en begrænset gyldighed på oftest 5 år, jf. SFL § 25, stk. 1. Retskildeværdien må dog betragtes som værende valid.²⁸ I andre henseender hvor tilsvarende eller lignende forhold gør sig gældende, kan man ligeledes forestille sig, at Skatterådet vil støtte ret på tidligere bindende svar, i de tilfælde hvor omsætningerne tillader det for at sikre konsistens.

1.3.2 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse vil, med udgangspunkt i den hypotetisk deduktive metode,²⁹ søge at fastlægge, hvorledes medlemsstater bør sammensætte deres respektive i et ikke-harmoniseret skatteområde, og hvilke velfærdsmæssige implikationer det medfører. I et deduktivt ræsonnement, tages der udgangspunkt i nogle bestemte teorier, ved overholdelse af bestemte regler, for at udlede konklusioner heraf.³⁰ Metoden anvender således eksisterende teorier og analysemodeller.³¹

Afhandlingen tager afsæt i det neoklassiske forskningsprogram efter Imre Lakatos' metodologi.³² Imre Lakatos opdeler forskningsprogrammet i først den strukturelle del som udgøres af den *hårde kerne*, der er paradigmes grundlæggende hypotese som bibeholdes intakt. Dernæst følger *heuristisk*, som indeholder anvisninger om, hvorledes paradigmet successivt skal udfoldes.³³ Forskningsprogrammets ikke-strukturelle del repræsenteres af *besskyttelsesbæltet*, som er de variable hypoteser, der kan udskiftes eller modificeres for at afprøve forskningsprogrammets heuristiske værdi.³⁴

²⁷ Tvarnø, 2017. s. 158

²⁸ Michelsen m.fl., 2017. s. 87

²⁹ Knudsen, 1994. s. 57-58

³⁰ Ibid. s. 58

³¹ Tvarnø s. 183 ff.

³² Knudsen, 1997. s. 33

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

Den *hårde kerne* består af et ubegrænset rationalitetsprincip, hvor de økonomiske agenter har ubegrænsede beslutningskompetencer til at udføre det mest optimale handlingsalternativ.³⁵ Endvidere søger afhandlingen at belyse selskabsadfærd, hvorfor profitmaksimeringshypotesen ligeledes indgår i forskningsprogrammets *hårde kerne*.³⁶ *Beskyttelsesbæltet* specificerer den markedsstruktur som gør sig gældende. Afhandlingen vil primært tage udgangspunkt i fuldkommen konkurrence, idet dette marked findes relevant for at kunne udlede betragtninger til at besvare afhandlingens økonomiske problemformulering. Det bemærkes dog, at profitmaksimeringshypotesen ligeledes gør sig gældende ved oligopol og monopol tilstande. Med afsæt i den neoklassiske tilgang, anskues selskaber alene som produktionsenheder, hvor der ikke tilskrives værdi til interne forhold i selskaberne.³⁷

Det neoklassiske forskningsprogram kan dog kritiseres på baggrund af dets virksomhedssyn, idet de opfattes som fundamentalt homogene ved at have adgang til den samme viden, hvorfor de ligeledes har de samme omkostnings- og efterspørgselskurver.³⁸ Kritikken kan præciseres til, at den neoklassiske simplificering af virkeligheden indebærer en vis usikkerhed om, hvorvidt de påviste konklusioner kan opstå i praksis. Denne usikkerhed vil der tages højde for i analysen.

Spilteori udspringer fra den neoklassiske teori og har opnået en central placering som hovedparadigmet indenfor industriøkonomi.³⁹ Spilteorien gør det muligt at udlede strategiske beslutningssituationer og interaktionssituationer.⁴⁰ Ved brug af den spilteoretiske fremgangsmetode vil der opstilles et spil for at udlede medlemsstaternes incitament til at indgå i skattekonkurrence. Spillet udgør et non-kooperativ spil, hvor det søges at finde Nash-ligevægten, som udgør det udfald, hvor ingen af spillerne har incitament til at ændre sit strategivalg givet modspillerens strategivalg.⁴¹

Spilteoriens anvendelse den neoklassiske forudsætning om nytte- og profitmaksimering, hvor spillerne til hver en tid vil vælge den strategi som de forventer har det højeste payoff. Spillet indeholder komplet, men imperfekt information, hvilket betyder, at spillerne både kender egne og modspillerens strategier og forventede payoffs, men ved derimod ikke hvilken strategi modspilleren vælger.⁴² Spilteorien adskiller sig fra det neoklassiske forskningsprogram ved at anvende strategisk rationalitet i stedet for fuld rationalitet. Dette indebærer, at en spiller træffer et valg baseret på forventningerne til modspillerens strategivalg.⁴³

³⁵ Knudsen, 1997. s. 54

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid. s. 67

³⁸ Ibid. s. 66

³⁹ Ibid. s. 81

⁴⁰ Ibid. s. 91

⁴¹ Ibid. s. 89

⁴² Ibid. s. 90

⁴³ Ibid. s. 94

1.3.3 Integreret metode

Det integrerede kapitel er et sammendrag af de betragtninger og konklusioner som udledes fra den juridiske og økonomiske analyse. Analysen vil med udgangspunkt i en retspolitisk tilgang søge at besvare afhandlingens integrerede problemformulering.

Retsøkonomi søger at udføre økonomiske analyser af regler, herunder særligt til at beregne reglens nytte og efficiens, og til at udlede de økonomiske implikationer som en given regel tillægger samfundet.⁴⁴ Det er således retsreglen som udgør analyseniveauet til forskel fra markedet i den økonomiske analyse.⁴⁵ I sidste ende kan der opstilles nogle udsagn eller forslag til ændring, som kan fremme samfundet eller markedets aktørers efficiens.⁴⁶

Analysen vil inddrage den retspolitiske disciplin. Det medfører, at det bliver muligt at udlede *de lege feranda*, som er et udtryk for en overvejelse af hvordan retten bør være og hvorledes om denne kan forberedes.^{47 48} I denne sammenhæng vil det undersøges om LL § 3, stk. 1 og 2 lever op til de retspolitiske målsætninger og hensyn som neutralitet, universalitet og retssikkerhed. Retspolitik kan dermed forklare sammenhængen mellem retlig normering og menneske adfærd, og på denne måde hvordan retssystemet kan påvirke markedets aktørers handlemåde.⁴⁹ Det vil dermed undersøges om et CSR tiltag vil kunne forbedre den nuværende tilstand til fordel for den samlede velfærd. På denne baggrund opstilles et scenarie, hvor det undersøges om selskaber vil integrere et sådant tiltag.

1.4 Afgrænsning

Afhandlingen vil ikke indeholde en dybdegående analyse af begreberne *skatteundgåelse* og *skattesunddragelse*, da det ikke væsentligt for afhandlingens problemformulering, hvorfor disse behandles synonymt, og aggressiv skatteplanlægning benyttes som en opsamlingsbetegnelse som indeholder begge.

Afhandlingens juridiske kapitel vil alene inddrage MDD, RDD og FSD, hvor det findes relevant for at besvare afhandlingens juridiske problemformulering. Dette skyldes, med ændringen af LL § 3, at bestemmelsens anvendelsesområde nu er gældende for hele skatteretten også selvom det pågældende arrangement ikke er omfattet af hverken MDD, RRD eller FSD. Der vil dog, i et vist omfang, inddrages retspraksis med afsæt i ovenstående direktiver. Dette skyldes, at der ikke er sket en ændring i den materielle del, hvorfor disse stadig

⁴⁴ Tvarnø, 2017. s. 430

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid. s. 434

⁴⁷ Til forskel fra gældende ret - de lege lata

⁴⁸ Tvarnø, 2017. s. 445

⁴⁹ Ross, 1953. s. 418 ff.

findes relevante.⁵⁰ Ydermere findes det hverken væsentligt at tage stilling til fortolkningen af RRD *retmæssig ejer-begreb* eller en dybdegående analyse af *beneficial owner*-sagerne, som derfor udelukkende vil blive inddraget som fortolkningsbidrag i den retsdogmatiske analyse.

Afhandlingens problemformulering tager afsæt i LL § 3, stk. 1 og 2, hvorfor omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 5 om misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke behandles nærmere.

I afhandlingen vil der, i et vist omfang, inddrages andre misbrugsregler samt fortolkningsmæssige bidrag som udspringer fra andre skatteretlige områder, herunder Cadbury/Schweppes-dommen om CFC-beskatning. Denne er vurderet af betydning for forståelsens af misbrugsbegrebet i LL § 3, stk. 1 og 2 herunder reslitsbegrebet. Men behandlingen er begrænset til, hvad der findes tilstrækkeligt for fastlæggelse af misbrugsbegrebet i afhandlingens kontekst.

I afhandlingens økonomiske kapitel, vil direkte selskabsskatters indflydelse på markedet påvises for at udlede staters optimale valg af skattesats. Dermed afgrænses der fra at inddrage situationer med indirekte skatter.

I afhandlingens økonomiske kapitel vil der ligeledes opereres med en effektiv skattesats som udelukkende består af selskabsskatten. Det vil sige, at andre skatter som potentielt kan påvirke denne, ikke vil inddrages i analysen.

1.7 Struktur

Afhandlingen er inddelt i fem overordnede kapitler, som præsenteres nedenfor.

Afhandlingens indledes med en overordnet præsentation af fokusområdet i kapitel 1. Først præsenteres emnets aktualitet samt den problemstilling som søges belyst. Dette sker ved en præsentation af afhandlingens tre problemformuleringer, økonomiske og juridiske metodiske overvejelser, samt afhandlingens afgrænsning.

Kapitel 2 indeholder afhandlingens juridiske analyse. Først vil GAAR'ens anvendelsesområde klarlægges for herefter at foretage en retsdogmatisk analyse af bestemmelsens fem betingelser. Efterfølgende vil det EU-retlige misbrugsbegreb præsenteres for senere at drage paralleller i en skatteretlig kontekst. Sidst i analysen vil dansk administrativ praksis inddrages for at udlede potentielle komparative elementer. Det søges på denne baggrund at udlede potentielle fortolkningsvanskeligheder.

⁵⁰ Se mere i afsnit 2.2

Kapitel 3 indeholder afhandlingens økonomiske analyse og opdeles i to dele. I første del vil den økonomiske problemstilling blive præsenteret. Dernæst vil selskabers teoretiske ageren på det indre marked påvises samt en introduktion af velfærdsteori for at udlede skattens indflydelse i velfærden. Dette videreføres til, først at udlede selskabers incitament til skatteplanlægning. Sidst i analysen inddrages skattekonkurrence samt en spilteoretisk analyse om hvorvidt medlemsstaterne vil indtræde i en sådan konkurrence.

Kapitel 4 indeholder afhandlingens integrerede analyse, hvor det først undersøges om LL § 3, stk. 1 og 2 er i overensstemmelse med de skatteretlige retspolitiske målsætninger og hensyn. Derefter vil managementdisciplinen CSR undersøges for at udlede om et tiltag i denne vil medføre en øget samfundsvelfærd.

Kapitel 5 indeholder afhandlingens delkonklusioner og betragtninger, hvor disse samles til en overordnet konklusion af afhandlingens tre problemformuleringer.

Kapitel 2 – Juridisk analyse

2.1 Formålet for implementering af LL § 3

Det er som udgangspunkt ikke ulovligt for et selskab at skatteplanlægge. Det kan anskues som en naturlig konsekvens af, at skat ikke er et harmoniseret område og dels for at undgå dobbeltbeskatning.⁵¹ Der findes dog en grænse mellem skatteplanlægning og aggressiv skatteplanlægning. Formålet med generalklausulen, er således at udfylde de ”huller”, som findes i skattelovgivningen idet denne skal forhindre selskaberne i at reducere deres skattepligt ved benyttelse af lovlige ordninger, som i sidste ende strider mod lovens hensigt. Det er således formålet med GAAR'en at give skattemyndighederne beføjelse og hjemmel til at tilsidesætte sådanne arrangementer.⁵²

Skatteområdet er et særdeles dynamisk område, hvilket ligeledes illustreres i de mange forskellige værnsregler. Selskabers metoder til at udføre aggressiv skatteplanlægning udvikles til stadighed, hvor opfindsomheden og kreativitet for udnyttelse af forskellene i de enkelte medlemslande lovgivning øges markant. Det er et af formålene med en GAAR, at være dynamisk, hvilket betyder at dispositioner som ikke har kendt på tidspunktet for udviklingen og implementering af bestemmelse ligeledes kan tilsidesættes af bestemmelsen.⁵³

2.2 Anvendelsesområdet for LL § 3

Implementeringen af skatteunddragelsesdirektivet⁵⁴ skal sikre en ensartet og koordineret EU-tilgang til anbefalingerne i OECD's BEPS-projekt, herunder den generelle omgåelsesklausul, jf. direktivets art. 6.⁵⁵ Denne skal virke som et supplement til de øvrige specifikke bestemmelser, som ligeledes søger at imødegå aggressiv skatteplanlægning og skal forsøge at indfange de dispositioner, som ikke falder indenfor de resterende bestemmelsers anvendelsesområde.⁵⁶ Det er således den generelle omgåelsesklausuls formål at sikre, at der ikke forekommer huller i lovgivningen, som misbruges til at undgå at betale korrekt skat.⁵⁷ Implementeringen medfører dermed en betydelig udvidelse af det hidtidige anvendelsesområde. Anvendelsesområdet for LL § 3 opdeles i henholdsvis det geografiske og det subjektive anvendelsesområde.

2.2.1 Det geografiske anvendelsesområde

Den forhenværende omgåelsesklausul blev indført ved lov nr. 540 og vedtaget den 29. april 2015. Formålet med implementeringen var at bekæmpe skatteplanlægning ved at fratage de skattefordele, som skatteydere

⁵¹ Schmidt m.fl., 2020: s. 289

⁵² Bundgaard m. fl., 2015. s. 182

⁵³ Bjare, 2019. s. 4

⁵⁴ 2018/19 L 28 A

⁵⁵ SR.2019.0053. s. 1

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ 2018/19 L 28 A. s. 16

kunne opnå ved brug af direktiverne⁵⁸ eller DBO'er i udelukkende grænseoverskridende dispositioner og transaktioner, såfremt skattefordelene ville stride imod direktivernes eller den pågældende DBO's formål.⁵⁹ Ved udvidelse af omgåelsesklausulen i 2018⁶⁰ udvides det geografiske anvendelsesområde til at omfatte rent nationale transaktioner.⁶¹

2.2.2 Det subjektive anvendelsesområde

Bestemmelsens subjektive anvendelsesområde er ligeledes blevet udvidet ved implementeringen. Ændringen skal ses i lyset af, at der fremover findes selskaber omfattet af SEL § 1 og 2 samt fonde og foreninger omfattet af FBL § 1 indenfor bestemmelsens anvendelsesområde.⁶² Derudover vil anvendelsesområdet ligeledes rumme danske selskaber, fonde og foreninger, der er fuldt skattepligtige til Danmark samt udenlandske selskaber, fonde og foreninger, der er begrænset skattepligtige til Danmark.⁶³ Bestemmelsen vil ligeledes gælde ved dispositioner med sambeskatning i Danmark og hvor CFC-reglerne gør sig gældende.⁶⁴ Ved den nye implementering blev anvendelsesområdet yderligere udvidet efter ordlyden i bestemmelsens stk. 4, idet den nu *finder tilsvarende anvendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serie af arrangementerne, når deltagerne er skattepligtige omfattet af KSL §§ 1 eller 2 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2., jf. LL § 3, stk. 4.* Det medfører, at fysiske personer ligeledes er omfattet af GAAR'en.⁶⁵ Sidst, finder LL § anvendelse for kulbrintebeskattede selskaber i sin helhed.^{66 67}

2.2.3 Betragtninger til anvendelsesområde

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at anvendelsesområdet er markant udvidet og nu gælder for hele skatteretten. Endvidere bemærkes, at der ikke er sket en ændring i den materielle vurdering,⁶⁸ hvorfor eksisterende praksis vedrørende den daværende omgåelsesklausul⁶⁹ stadig kan benyttes som fortolkningsbidrag af nugældende LL § 3, stk. 1 og 2.

2.3 Ligningslovens § 3 misbrugsbetingelser

Ordlyden af Ligningslovens § 3, stk. 1 og 2 lyder således:

⁵⁸ Med direktivernes menes: MDD, RRD og FSD

⁵⁹ Den juridiske vejledning, 2015 – 2 C.

⁶⁰ lov nr. 1726 af 27. december 2018

⁶¹ SR.2019.0053. s. 1

⁶² Ibid. s. 4

⁶³ 2018/19 L 28 A. S. 99

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ SR.2019.0053. s. 4

⁶⁶ 2018/19 L 28 A S. 99

⁶⁷ Afhandlingen er ikke af et omfang, hvor alle disse kan behandles.

⁶⁸ 2018/19 L 28 A S. 99

⁶⁹ L 167, LL § 3, stk. 1 og 2

Stk. 1. Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

På baggrund af denne ordlyd, opstilles således en række betingelserne for, hvornår bestemmelsen finder anvendelse og dermed hvornår et arrangement kan tilsidesættes. Betingelserne kan opstilles som følgende:

- (1) et arrangement eller serier af arrangementer, (2) der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene, (3) at opnå en skattefordel, (4) som virker mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret, og (5) som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder.

2.3.1 – Et arrangement eller serier af arrangementer

Første betingelse vedrører en faktisk omstændighed for hvornår der kan være tale om misbrug. Betingelsen må siges at være af generel karakter og omfattende. Det oprindelige direktivforslag definerer bl.a. begrebet, som at kunne omfatte ”En transaktion, en plan, en handling, en operation, en aftale, en forståelse, et løfte eller et tilsagn”.⁷⁰ Begrebet må siges, at skulle fortolkes omfattende og bredt og stiller ej heller krav til at arrangementet skal være retsgyldigt.⁷¹ Bestemmelsen opstiller således en betingelse til de faktiske omstændigheder som skal være til stede, og har til formål at ramme den del af arrangementet som kan udledes til at være ”ikke reelt”.

Ifølge LL § 3 stk. 1, 2 pkt. kan et arrangement være opdelt i trin eller dele, hvorfor bestemmelsen anvendes ved de enkelte bestanddele af et pågældende arrangement. Dette medvirker til, at LL § 3 kun rammer den del af et arrangement, som kan siges at udgøre misbrug. Dette stemmer overens med proportionalitetsprincippet, da der ikke må anvendes mere indgribende foranstaltninger, hvis mindre indgribende foranstaltninger er tilstrækkelige.⁷² Foranstaltningen skal ligeledes være egnet til at opnå det pågældende formål.⁷³ På denne

⁷⁰ COM/2013/0814 final, article 1 a, stk. 2

⁷¹ Bundgaard m.fl., 2015 s. 249

⁷² Den juridiske vejledning - A.C.2.1.1.1

⁷³ Ibid.

baggrund må det siges at være rimeligt og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, at det udelukkende er den del der udgør misbrug som skal tilsidesættes.

I SKM2019.349.SR, vedrørende hvorvidt udlodning til et tysk moderselskab kunne ske uden kildeskat, argumenterede spørgeren for at opretholdelse af et holdingselskab ikke kunne kvalificeres som et arrangement. De bagvedliggende argumenter var, at opretholdelsen af et selskab kunne anses som passivitet, og spørgeren mente, at det i lovens ordlyd og forarbejder lå implicit, at der skulle være tale om en aktiv handling. Spørgeren mente på denne baggrund, at *der ikke er tale om opretholdelse af en struktur, der allerede er etableret, og som ikke "fjernes"*,⁷⁴ og på denne baggrund udledte at den passive handling ikke var forenelig med bestemmelsen og ikke kunne kvalificeres som et arrangement.⁷⁵

Denne argumentation var Skattestyrelsen imidlertid ikke enig i, og styrelsen argumenterede for, at det ikke har betydning hvorvidt en koncern misbruger skatteretten ved at etablere et nyt selskab eller ved at anvende et allerede eksisterende selskab til at udføre transaktioner, hvor skatteretten misbruges.⁷⁶ Skattestyrelsen mente på denne baggrund ikke, at der skulle foretages en sondring mellem aktive og passive handlinger.

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at det vil være stort set umuligt at konstruere noget, som ikke kvalificeres som et arrangement.

2.3.2 – Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene

Næst skal det vurderes hvorvidt et af arrangementets hovedformål er at opnå en skattefordel. Dette lægger op til to forskellige vurderinger om henholdsvis betydningen af *et af hovedmålene* samt af *opnå en skattefordel*. Denne vurdering er, ifølge litteraturen, bestemmelsens subjektive test.⁷⁷

Det kan ud fra en objektiv fortolkning udledes, at det ikke er en betingelse, at det eneste formål er at opnå en skattefordel, men det blot skal være et af hovedformålene med arrangementet.

I sag Foggia⁷⁸ stilles to præjudicielle spørgsmål til EUD, hvor et af disse omhandlede fortolkning af artikel 11, stk. 1 litra a i direktiv 90/434/EØF.⁷⁹ I fortolkningen skal der ligesom i LL § 3 tages stilling til betydningen af *hovedformål eller et af hovedformålene*, som fremgår af begge bestemmelsers ordlyd. Det blev i præmis 35 fastlagt, at det er sædvanligt, at der kan opstå skattemæssige følger af en transaktion. Set i dette lys alene, fører det ikke nødvendigvis til, at formålet må siges at være at opnå en skattemæssig fordel, hvis det imidlertid kan

⁷⁴ SKM2019.349.SR

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Debelva, 2015 s. 224.

⁷⁸ EU:C:2011:718

⁷⁹ Direktiv 90/434/EØF

udgøre en *forsvarlig* økonomisk betragtning. Idet skat må betragtes som en massiv omkostning, må det ligeledes kunne siges at virke overdrevent, hvis transaktioner eller arrangementer ikke må indeholde en form for stillingtagen hertil. Der findes imidlertid intet som tyder på, at man sonderer mellem biformal eller hovedformål, hvorfor bestemmelsen betingelse må siges at skulle fortolkes restriktivt.⁸⁰ I FSD bliver der i fortolkningen lagt vægt på, hvorvidt transaktionens eneste formål eller overvejende formål er at undgå skatteunddragelse eller skatteundgåelse, hvilket er blevet underlagt en restriktiv fortolkning af EUD. En analog fortolkning af ligningslovens § 3 ville derfor lempe de restriktive krav, som indgår i den subjektive del af bestemmelsens indhold. Alene arrangementer med eneformål eller overvejende formål om at drage en skattefordel fra direktivet, må derfor kunne omfattes af bestemmelsen. Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvorfor det kan udledes, at det bliver ganske nemt at løfte bevisbyrden for, at der er tale om *hovedformål eller et af hovedformålene*.

2.3.3 – Opnå en skattefordel

LL § 3, stk. 1 indeholder et krav om, at et arrangement ikke må være iværksat for at opnå en skattefordel.

I vurderingen af hvornår en skattefordel opnås kan der hentes hjælp i Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning jf. pkt. 4.7.^{81 82} I henstillingen henvises til, at der foretages en komparativ vurdering af den skattemæssige situationen, som udspiller sig såfremt et arrangement gennemføres eller ej.⁸³ Dette kan præciseres til, at vurderingen bør tage stilling til det konkrete skattebeløb, som en skatteyder skal betale i de to givne dispositioner. Henstillingen oplister hertil en række muligheder, herunder om et beløb ikke indgår i beskatningsgrundlaget, skatteyderen får en fordel af et fradrag, der opstår et skattemæssigt tab, der skal ikke betales kildeskat eller en udenlandsk skat udlignes.⁸⁴ Det kan på denne baggrund udledes, at der skal være en konstaterbar skattefordel som kan opgøres i kroner.

I vurderingen af hvornår noget kan kvalificeres som *opnåelse af en skattefordel*, kan der gøres analog brug af Generaladvokat J. KoKott forslag til afgørelse af sag C-352/08.⁸⁵ Sagen omhandlede familien Zwijnenburgs ønske om at gennemføre et generationsskifte af deres selvejede forretning, herunder overdragelse af en af forretningens faste ejendomme. Den hollandske domstol fandt frem til, at denne virksomhedsfusion ikke kunne gennemføres og blev derved nægtet de skattefordele som følger af direktivet.⁸⁶ De bagvedliggende argumenter

⁸⁰ Debelva, 2015. S. 225

⁸¹ Se bilag 1

⁸² Kommissionens Henstilling om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU)

⁸³ Ibid. pkt. 4.7

⁸⁴ Ibid. pkt. 4.7

⁸⁵ EU:C:2010:282 - Forslag til afgørelse

⁸⁶ Direktiv 90/434/EØF

var, at baggrunden for fusionen alene beroede på, at undgå betalingen af afgiften til en retshandler. Domstolen konkluderede derfor, at fusionen ikke kunne omfattes af de gunstige regler om fusionsbeskatning.

Hertil skal det først påpeges, at direktivets anvendelsesområde begrænsede sig til grænseoverskridende aktiviteter. Ovenstående situation vedrører en fusion mellem to hollandske selskaber, og derfor falder denne disposition som udgangspunkt ikke indenfor for direktivets anvendelsesområde. Holland har dog implementeret direktivet direkte i national ret, hvorfor der i retsgrundlaget ikke sondres mellem henholdsvis en grænseoverskridende og national disposition.⁸⁷ Det foreligger indenfor EUD's beføjelser at besvare tvivlsspørgsmål om, hvordan EU-retten skal fortolkes og anvendes, da det er i EU's interesse at sørge for, at loven anvendes ensartet i medlemsstaterne.⁸⁸ Der er dermed intet til hinder for, at EUD foretager en realitetsbehandling af sagen.

Den hollandske domstol foretager en sondring mellem et arrangements *mål* og et arrangements *midler* til at opnå målet.⁸⁹ I sagen konkluderede den nationale domstol, at midlet er et udtryk for misbrug, hvorimod målet ikke i sig selv er et udtryk for samme.⁹⁰ Denne sondring synes imidlertid at begrænse selskabers mulighed for at drive forretning, da der ofte vil være flere legitime midler at anvende for at opnå et forretningsmæssigt mål, og det ikke i sig selv er et udtryk for misbrug, hvis et selskab vælger det middel, hvoraf der findes den størst forbundne økonomiske gevinst og skattemæssige besparelse.⁹¹ ⁹² Dette ville imidlertid begrænse selskabers handlefrihed på en måde, som alt andet lige ville virke mod formålet med direktivet. I første betragtning til direktivet fremgår det, "(...) at transaktioner ikke må hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler"⁹³ dette må derfor betyde, at en national skat ikke kan pålægges selskaber på en måde, hvor den i uoverensstemmelse med EU-retten, da det vil medføre, at selskabet vil blive særlig begrænset. Dette vil medføre en fordrejning af selskabets konkurrencemæssige position, som ligeledes vil virke mod formålet.⁹⁴

Sammenfattende kan det udledes, at det udelukkende er de skatter, som er omfattet af direktivet, som er omfattet af de begunstigelsesordninger, som er implementeret igennem direktivet, og dermed de samme skatter som er omfattet misbrugsbestemmelsen i direktivets forstand. Som tidligere stadfæstet er der ved

⁸⁷ EU:C:2010:282 - Forslag til afgørelse 2009 p. 31

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid. pr. 43-44

⁹⁰ EU:C:2010:282 - Forslag til afgørelse 2009 p. 44

⁹¹ Ibid. pr. 44-47

⁹² EU:C:2010:282 p. 41

⁹³ Direktiv 90/434, 1 betragt.

⁹⁴ Ibid.

implementeringen af LL § 3 sket en udvidelse af anvendelsesområdet⁹⁵, hvorfor skattefordelen nu vedrører hele skatteområdet.

Ovenstående bekræftes ligeledes i et høringsskema,⁹⁶ hvor skatteministeren fremhæver, at formålet med implementeringen ikke er at begrænse et selskabs handlefrihed i en sådan forstand, at det ikke længere vil være muligt at gennemføre et arrangement, som medfører det mest gunstige resultatet.⁹⁷ Dette betyder således, at gunstige konsekvenser eksempelvis i form af en skattebesparelse, ikke er nok til at opfylde de objektive krav for, at der er tale om misbrug i bestemmelsens forstand. Hertil bør dog nævnes, at en skattebesparelse eller opnåelse af en skattefordel ikke er en velbegrundet kommerciel årsag, ligesom det ikke alene ville kunne retfærdiggøre et arrangement på en måde, så det ikke vil tilsidesættes.⁹⁸

På baggrund af ovenstående diskussion, kan det således udledes, at der i vurderingen af om en virksomhed opnår en skattefordel, som er omfattet af GAAR'en, må sigtes efter de fordele, som følger af skatteretten som helhed.

2.3.4 - Virker imod indholdet af eller formålet med gældende skatteret

Bestemmelsens fjerde kriterie udgør den objektive del af misbrugsvurderingen⁹⁹ og beror på, hvorvidt resultatet af et arrangement virker mod indholdet af eller formålet med den enkelte bestemmelse eller de overordnede principper, som skatteretten er baseret på.¹⁰⁰ I vurderingen heraf er det relevant at inddrage EUD's almindelige, objektive vurdering af misbrugstilfælde, da den konkrete vurdering er inspireret af denne.¹⁰¹

Hertil findes det nødvendigt først at afklare, hvad formålet med gældende skatteret er. I denne afklaring er det væsentligt først at inddrage formålet med den enkelte bestemmelse, som sagen omhandler. Førhen var det, ifølge den dagældende bestemmelse, påkrævet at inddrage formålene med de skatteretlige direktiver (RRD, MDD og FSD) for at afklare hensigten og formålet.¹⁰² I takt med et udvidet anvendelsesområde som nu omfatter al indkomstbaseret skatteret,¹⁰³ er det nu essentielt at inkludere de formål og hensigter, som hele den indkomstbaserede skatteret er baseret på.¹⁰⁴ En vurdering af hvorvidt et ønsket resultatet *virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten* må derfor foretages på baggrund af de principper og hensyn, som skatteretten

⁹⁵ Se afsnit 2.2

⁹⁶ Høringsskemaet til lovforslag nr. 28 A

⁹⁷ Ibid. s. 2

⁹⁸ Ibid. s. 2

⁹⁹ Debelva, 2015. s. 226

¹⁰⁰ Schmidt m.fl. 2020. s. 317

¹⁰¹ Bundgaard m. fl., 2015 s. 252

¹⁰² Debelva, 2015. s. 226

¹⁰³ Se afsnit 2.2

¹⁰⁴ Schmidt m.fl. 2020. s. 318

er baseret på.¹⁰⁵ Der er således tale om almindelig, juridisk formålsfortolkning med inddragelse af de enkelte reglers lovforarbejder samt almindelige fortolkningsprincipper.

Det synes imidlertid svært at afklare formålet bag hele skatteretten, hvilket også ses i lyset af, at den objektive test har været genstand for en række kritiske udtalelser. Disse beror typisk på, at dansk skatteret mere synes konstrueret ud fra politisk opportuniste,¹⁰⁶ hvor der næppe tages hensyn til klare og gennemsigtige principper, som EU-retten til forskel er baseret på.¹⁰⁷ Dette vil vanskeliggøre fortolkningen af LL § 3, idet mangel på vejledning alt andet lige vil stille højere krav til den enkelte skatteyder for at kunne forudsige en retsstilling. Jakob Bundgaard opstiller i sin artikel¹⁰⁸ et eksempel, hvor det beskrives, at mangel på konkrete principper til fortolkningen af LL § 3 kan føre til, at et af de væsentligste hensyn i skatteretten og provenuindbringelsen, kan påberåbes. Dette vil være medvirkende til, at alle dispositioner, hvoraf en skatteyder kan reducere sit skatteprovenu, potentielt kan blive anset som misbrug ifølge af LL § 3.¹⁰⁹

Bestemmelsen giver yderligere anledning til en sondring mellem *formål* og *hensigt*. En bestemmelses formål vil oftest fremgå af loven eller bestemmelsens forarbejder, og på den måde vil formålet alt andet lige kunne udledes ud fra en fortolkning af disse.¹¹⁰ Skatteministeren udtaler, at der kan forekomme situationer, hvori indrømmelse af en skattefordel ikke kan hævdes at virke mod formålet, men hvor det kan forekomme, at den pågældende skattefordel virker mod hensigten af den pågældende regel.¹¹¹ Dette vil ligeledes gøre det vanskeligt for en skatteyder at forudsige en retsfølge, idet et arrangement kan opfylde kriteriet på trods af, at arrangementet ikke virker mod bestemmelsens eller lovens formål, jf. forarbejderne til denne. Dog kan det alt andet lige opfattes som større hensynstagen til bekæmpelse af misbrug og skatteplanlægning end hensynet til forudberegnelighed for en skatteyder.¹¹²

Det kan yderligere fastlægges, at der hverken er meget hjælp at hente i den skatteretlige litteratur eller i juridiske fortolkningsbidrag, når det overordnede formål skal fastlægges. Skatteministeren bekræftede dog i et svar til Folketingets Skatte- og Afgiftsudvalg, at "*Formålet og hensigten med skatteretten i LL § 3, stk. 1, skal fortolkes som formålet og hensigten med den danske regel, som konkret anvendes*".¹¹³ Dette kan imidlertid opfattes som, at det er den enkelte bestemmelses formål, som skal vægtes højst. Dette bekræftes ligeledes af den retspraksis, hvor domstolen tager stilling til LL § 3. Den retspraksis som behandles herunder tager i nogle

¹⁰⁵ Bundgaard, SU 2018,173 s. 3

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Schmidt m.fl. 2020. s. 318

¹⁰⁸ Bundgaard, SU 2018,173 s. 3

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ L 28 Bilag 1, s. 64.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Bundgaard m.fl.2015

¹¹³ L 28 A – spm. 16, pkt. 8

tilfælde udgangspunkt i den dagældende bestemmelse, men der ikke er sket en ændring i den materielle anvendelse af LL § 3¹¹⁴ og der henvises til samme juridiske fortolkningsprincipper.¹¹⁵

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at når der skal tages stilling til hvorvidt en opnået skattefordel *virker mod formålet og hensigten med skatteretten*, skal der både inddrages det overordnede formål, hensigten med skatteretten samt de enkelte bestemmelsers formål og hensigter, som den påtænkte disposition omhandler. Vurderingen skal ske på baggrund af en almindelig, juridisk formålsfortolkning, hvilket kan virke vanskeligt ved tilrettelæggelse af formålet med den overordnet indkomstbaseret skatteret, og der synes ikke at finde meget vejledning og hjælp til dette. Dette kan alt andet lige også være forklaringen bagved, hvorfor formålet og hensigten i den enkelte disposition vægtes højt i praksis, som ses i SKM2020.521.SR.

2.3.5 - Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder

I behandlingen af denne betingelse findes det nødvendigt at inddele behandlingen i underafsnit, som følger straks herunder.

2.3.5.1 Bevisførelsen

Den sidste betingelse i LL 3, stk. 1 er, at arrangementer ikke må være *ikke reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder*. Det skal opfattes som en betingelse om, at arrangementer ikke må kunne siges at mangle realitet. Denne vurdering skal foretages af de nationale skattemyndigheder.¹¹⁶ Vurderingen skal indeholde en objektiv analyse og inkludere alle omstændigheder ved arrangementet, og sidst skal proportionalitetsprincippet overholdes.¹¹⁷ Det er dermed de nationale skattemyndigheder, som løfter bevisbyrden for misbrugstilstedeværelse, og at den egentlige fordel strider mod formålet med skatteretten.¹¹⁸

Ovenstående vurdering har en tæt sammenkobling til LL § 3, stk. 2, hvis ordlyd er følgende: *ved anvendelsen af stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke-reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed*. Det påhviler skattemynderen at løfte bevisbyrden for, at sådanne velbegrundende kommercielle årsager gør sig gældende i de tilfælde, hvor skattemyndighederne løfter bevisbyrden for misbrug af skatteretten.¹¹⁹

¹¹⁴ Se afsnit 2.2

¹¹⁵ Bjare, SR.2019.110 s.16

¹¹⁶ *ibid*

¹¹⁷ Bundgaard, SU 2018,173, s. 5-6

¹¹⁸ *Ibid.* s. 6

¹¹⁹ Bundgaard, SU 2018,173, s. 5-6

2.3.5.2 Realitetskravet

I vurderingen af om et arrangement kan siges at være reelt, skal der tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder i situationen, samt om arrangementet er velbegrundet af økonomiske årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.¹²⁰ Vurderingen må siges at være vanskelig. Dette tydeliggøres eksempelvis ved, at skatteminimering ikke anses som en velbegrundet kommerciel årsag i medfør af LL §3, stk. 2.¹²¹ Modsætningsvis er opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier heller ikke i sig selv et udtryk for misbrug.¹²² Dette stemmer overens med et af principperne i skatteretten, hvor en skatteyder har ret til at vælge den mest fordelagtige struktur i form af den forretningsaktivitet, som resulterer i en større skattefordel end en anden forretningsstruktur ville have gjort.¹²³ Dette kan betragtes som et paradoks, da der ses en ujævn balance mellem forholdet af at modvirke misbrug, hensynet til skatteyderens forudberegnelighed af en skatteretlig disposition samt skatteyderens mulighed for at vælge den mest gunstige forretningsmodel uden at komme i skattemyndighedernes søgelys.

I vurderingen af kriteriet om realitet, kan kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning inddrages. Det fremgår af henstillingens punkt 4.4 *”at i punkt 4.2 forstås ved »kunstig« som karakteristisk af et arrangement eller en serie arrangementer: som er uden reelt forretningsmæssigt indhold. Når de nationale myndigheder skal afgøre, om arrangementer eller serier af arrangementer er kunstige, bør de overveje, om der er tale om en eller flere af følgende situationer:*

- a) Den juridiske karakter af de enkelte trin, som arrangementet består af, er uden sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed.*
- b) Arrangementet eller serien af arrangementer udføres på en måde, som ville være usædvanlig i en forretnings praksis, der kan anses for fornuftig.*
- c) Arrangementet eller serien af arrangementer omfatter elementer, der udligner eller ophæver hinanden.*
- d) Der gennemføres cirkeltransaktioner.*
- e) Arrangementet eller serien af arrangementer resulterer i en betydelig skattelettelse, men dette afspejles ikke i den forretningsrisiko, som skatteyderen indgår, eller i skatteyderens likviditetsstrømme.*
- f) Det forventede overskud før skat er ubetydeligt i forhold til størrelsen af den forventede skattefordel.*

¹²⁰ Ibid. s. 4 og LL § 3, stk. 2

¹²¹ Høringsskema til L 28, s 2

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

Ovenstående holdepunktet kan inddrages i realitetsvurderingen. En henstilling er dog ikke juridisk bindende for medlemsstaterne, hvorfor ovenstående skal forstås som en frivillig vejledning til fortolkningsspørgsmål.¹²⁴

Den ovenstående vurdering har en tilknytning til EU-domstolens praksis vedrørende den EU-retlige misbrugsdoktrin ved at være inspireret heraf.¹²⁵ I det oprindelige forslag til ATAD blev sammenhængen mellem misbrugsbestemmelsen samt EU-domstolens misbrugsdoktrin kommenteret. Det fremgår her, at "(...) *I overensstemmelse med gældende ret afspejler den foreslåede generelle anti-misbrugsregel den kunstighedsprøvning, som EU-Domstolen foretager inden for Unionen*".¹²⁶ Der er dog en vis usikkerhed om, hvorvidt den danske bestemmelse har denne direkte tilknytning grundet bestemmelsens ordlyd. Dette vil blive behandlet i det følgende.

2.3.5.3 Komparativ vurdering af kunstig og Ikke reelle

LL § 3, stk. 1 stiller krav til, at arrangementer skal anses som *reelle* under hensynstagen til alle relevante forhold og omstændigheder. Der synes ikke meget vejledning til vurderingen af, i hvilket tilfælde arrangementer kan siges at være *ikke reelle*.¹²⁷ Dette skyldes alt andet lige, at realitetskravet er ukendt i den EU-retlige begrebsverden, hvor man i stedet har brugt begrebet *kunstig*¹²⁸ og den EU-retlige kunstighedsprøve.¹²⁹ Dette giver anledning til en sondring mellem de to begreber. Det er afgørende for skatteyderes forudberegnelighed af misbrugsvurderingen om realitetskravet er et udtryk for den EU-retlige kunstighedsprøve eller er et udtryk for en ny realitetsvurdering i EU-retten. Da udfaldet af denne vurdering må siges at kunne fastlægge hvorvidt praksis omhandlende den EU-retlige kunstighedsprøve, kan denne anvendes som fortolkningsbidrag.

I dette tilfælde er der tale om en direktivbaseret regel, så det er i sidste ende op til EUD at foretage den endegyldige fortolkning.¹³⁰ Det er derfor relevant igen at inddrage Kommissionens henstilling til aggressiv skatteplanlægning.¹³¹ I denne adresserer Kommissionen en vejledning, hvor der fra punkt 4.2 anvendes begrebet *Kunstige arrangementer*. Det skal dog bemærkes, at ved forslaget til Rådets direktiv i 2016 ændrer Kommissionen ordlyden og anvender *ikke reelle*.¹³² Dette kan opfattes som om at Kommissionen aktivt tager stilling til brugen af begreberne, og dermed beslutter sig for at foretage en ændring. Man kan dog argumentere

¹²⁴ Neergaard, 2016 s. 126

¹²⁵ Bilag 1 til L 167 2014-15 (1. samling)

¹²⁶ COM(2016) 26 final, p. 9

¹²⁷ Engelsk oversættelse: *genuine*

¹²⁸ Engelsk oversættelse: *artificial*

¹²⁹ The general Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive s. 227

¹³⁰ Se afsnit 2.5

¹³¹ kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU)

¹³² Forslag til rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde art. 7

for, at Kommissionen i dette tilfælde ville have uddybet eller kommenteret ordlydsændringen, hvilket de imidlertid ikke har. Ændringen kan ligeledes opfattes som, at Kommissionen sætter lighedstegn mellem de to begreber, hvilket ligeledes indirekte bekræftes i betragtning 9 til forslaget til direktivet, hvor Kommissionen uddyber "(...) *Inden for Unionen bør generelle anti-misbrugsregler alene anvendes ved "rent kunstige" (ikke reelle) arrangementer, (...) "*.¹³³ Formuleringen kan således opfattes som en indikation på et sammenfald af de to begreber.

Kommissionen angiver i overensstemmelse med ovenstående, at "*I overensstemmelse med gældende ret afspejler den foreslåede generelle anti-misbrugsregel den kunstighedsprøvning, som EU-Domstolen foretager inden for Unionen*".¹³⁴ Dette må betragtes som et sammenfald mellem begreberne.

På trods af ovenstående argumentation så hersker der stadig en vis tvivl i den skatteretlige litteratur om hvorvidt de to begreber skal anskues sammenfattende.¹³⁵ Nedenstående behandling af praksis vil tage udgangspunkt i, at begreberne *kunstig* og *ikke reel* må udgøre et udtryk for den samme vurdering. Dette begrundes dels i ovenstående argumentation samt, at økonomisk realitet og substans er afgørende for, om et arrangement kan siges at være *kunstigt* samt *ikke reelt*. Det kan på denne baggrund udledes, at LL § 3 er et udtryk for det EU-retlige princip om forbud mod misbrug, hvorfor begreberne anvendes synonymt.

2.4 EU-rettens praksis om misbrug

EUD har behandlet flere sager vedrørende misbrug i præjudicielle spørgsmål og har sidenhen udviklet det EU-retlige princip om *forbud mod misbrug*. Disse sager har været fundamentale for senere behandling af misbrugsbegrebet i en skattemæssig kontekst.

Van Binsbergen - C-33/74

EUD har siden Van Binsbergen sagen¹³⁶ udviklet et misbrugsprincip, som i dag kendes som det generelle EU-retlige misbrugsprincip.¹³⁷ Sagen omhandlede hvorvidt de nationale regler i Nederlandene var i strid med EU-retten, nærmere den frie udveksling af tjenesteydelser, idet de påskrev, at det alene var juridiske rådgivere bosat i landet, som kunne påtage sig et arbejde som rådgiver.¹³⁸ Konflikten bestod i, om et bopælskrav udgjorde en skjult begrænsning, særligt set i lyset af dets generelle udformning, og at det, med få undtagelser, kun kan opfyldes af egne statsborgere. EUD skulle foretage en vurdering om, hvorvidt de nederlandske regler kunne bevares på trods af en sådan restriktion. EUD anfører i præmis 13, at medlemsstaterne har ret til *træffe*

¹³³ Egen markering ved understreg

¹³⁴ Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv af 28. Januar 2016, 2016/0011 s. 9

¹³⁵ Bundgaard m.fl. s. 254 og Debelva, 2015 s. 6 og 7

¹³⁶ EU:C:1974:131

¹³⁷ Neergaard, 2016. s.427 og 475

¹³⁸ EU:C:1974:131 pr. 4

*foranstaltninger, der skal forhindre at den i artikel 59 garanterede frihed udnyttes af en tjenesteyder, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvist rettet mod denne stats territorium med sigte på at unddrage sig de faglige regler, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat på nævnte stats territorium (...).*¹³⁹ Præmissen er kendt som *Van Binsbergen-doktrinen* og kendetegnes som den første misbrugsvurdering i EU-retlig kontekst, hvoraf denne opstår i relation til forholdet med national lovgivning, som må siges at udgøre en restriktion af EU-retten (fri udveksling af tjenesteydelser).

Coenen - C-39/75

Van Binsberg-doktrinen anvendes senere i Coenen sagen¹⁴⁰, hvor omfanget af doktrinen udvides. Udvidelsen består af, at den pågældende disposition ikke må være uforenelig med det EU-retlige proportionalitetsprincip, idet foranstaltninger kun kan anerkendes, hvis ikke *mindre rigoristiske foranstaltninger* kan anvendes.¹⁴¹ Det vil sige, at der ikke må anvendes indgribende foranstaltninger, hvis mindre indgribende foranstaltninger er tilstrækkelige til at opnå et givet mål, ligesom at foranstaltningen skal være egnet til at nå malet.¹⁴² Det følger endvidere, at udvidelsen ligeledes indebærer et realitetskrav eller et krav om, at et forretningssted ikke må være fiktivt. EUD anfører i denne forbindelse, at:

”særligt i tilfælde af, at den i udlandet boende tjenesteyder, på det nationale territorium, hvor ydelsen præsteres, har et fast forretningssted, hvorfra han kan udføre sine tjenester, og dersom dette forretningssted ikke er fiktivt, vil den pågældende medlemsstat i almindelighed disponere over virksomme midler til at udføre den nødvendige kontrol af tjenesteyderens virksomhed og sikre, at ydelsen er i overensstemmelse med de i den nationale lovgivning fastsatte bestemmelser;”

Ud fra ovenstående kan det modsætningsvis, udledes, at hvis et forretningssted kan siges at være fiktivt, kan det opfattes som en indikator for misbrug, som kan retfærdiggøre de foranstaltninger som den nationale ret prøver at imødegå med bopælskravet. Det kan på denne baggrund udledes, at EU-retten tilgodeser tjenesteyderen såfremt, at dispositionen har realitet.

På baggrund af ovenstående udledes derfor, at den oprindelige primære misbrugsvurdering indeholder et krav om den enkelte hensigt med en disposition, et krav om dispositionen skal være forenelig med proportionalitetsprincippet, samt at dispositionen skal besidde realitet. Disse elementer vil inddrages i en skatteretlig kontekst i den følgende afsnit.

¹³⁹ Ibid. pr. 13

¹⁴⁰ EU:C:1975:162

¹⁴¹ Ibid. pr. 9

¹⁴² Neergaard, 2016. s. 129

2.5 EU-rettens praksis om misbrug i en skatteretlig kontekst

I nedenstående behandling af EU-retlig praksis vil analysen søge at skabe en afklaring af misbrugsbegrebet i en skatteretlig kontekst. EUD har behandlet flere sager om misbrug i præjudicielle spørgsmål og har sidenhen udviklet det såkaldte EU-retlige princip om *forbud mod misbrug*. Disse domme har været fundamentale for senere behandling af misbrugsbegrebet i en skattemæssig kontekst.

2.5.1 Emsland-Stärke - C-110/99

Emsland-Stärke differentierer sig fra ovenstående to sager, idet denne ikke omhandler retten til fri udveksling af tjenesteydelser. Imidlertid anfører EUD, at konflikten skal undersøges efter synsvinklen af misbrug af rettigheder.¹⁴³ Det indikerer, at EUD søger at fastlægge en mere generel holdning til misbrug af EU-retten. Dette skal forstås i lyset af, at det ikke er muligt at påberåbe traktatens bestemmelser til at udføre dispositioner, såfremt formålet med traktaten ikke opfyldes.

Sagens tvist bestod hovedsagelig i, at Emsland-Stärke med hjemsted i Tyskland havde fragtet produkter til selskaber med hjemsted i Schweiz.¹⁴⁴ Umiddelbart efter modtagelsen af produkterne blev de transporteret tilbage til fri omsætning. Produkterne var i samme stand,¹⁴⁵ og på denne baggrund kan man antage, at transporten til Schweiz ikke have et andet formål end at opnå eksport restitution. Kommissionen anfører i den forbindelse, at tre betingelserne skal være opfyldt for at opnå denne eksportrestitution.¹⁴⁶ Men som konstateret tidligere så søges denne tvist løst efter synsvinklen misbrug af rettigheder,¹⁴⁷ hvilket kommer til udtryk i pr. 37:

”Kommissionen har i denne forbindelse citeret artikel 4, stk. 3, i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 af 18. december 1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT L 312, s. 1), hvorefter »handler, som bevisligt har til formål at opnå en fordel, der er i modstrid med sigtet for de på området gældende fællesskabsregler, ved kunstigt at skabe de nødvendige forudsætninger for at opnå denne fordel, bevirker, alt efter tilfældet, enten at fordelene ikke indrømmes, eller at den tilbagekaldes.« ”¹⁴⁸

¹⁴³ EU:C:2000:695. pr. 36

¹⁴⁴ Ibid. pr. 7

¹⁴⁵ Ibid. pr. 7

¹⁴⁶ Ibid. pr. 29. Disse vil ikke behandles yderligere, da det er dommens misbrugsvurdering som synes interessant i forhold til denne afhandlings søgelys.

¹⁴⁷ Ibid. pr. 36

¹⁴⁸ EU:C:2000:695 pr. 37, egen understregning

Ovenstående angiver, at man ikke kan indrømme fordele af EU-retten, såfremt de nødvendige forudsætninger er kunstigt konstrueret, og hvis formålet er at opnå en fordel. Dette kan anskues som en udvidelse af det hidtidige forbud mod misbrug, som nu indeholder et kunstighedsbegreb.

Endvidere anfører Kommissionen, at vurderingen for formodningen af misbrug indeholder tre kritiske elementer - et objektivt, et subjektivt og et procesretligt element.¹⁴⁹ Det objektive element består af en betingelse om, at tildelingen af en bestemt ydelse er kunstigt konstrueret, hvilket kræver en undersøgelse af de pågældende bestemmelsers indhold og formål i overensstemmelse med den handelsmæssige og økonomiske praksis, som gælder inden for den relevante sektor.¹⁵⁰ Det subjektive element består af en vurdering af om transaktionen er gennemført for at opnå en økonomisk fordel, der er uforenelig med EU-rettens formål.¹⁵¹ Og sidst, indeholder det procesretlige element spørgsmål vedrørende bevisbyrde for misbrug, som påhviler den nationale administration.¹⁵²

EUD tilføjer, at *"Konstateringen af, at der er tale om misbrug, nødvendiggør dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt."*¹⁵³ De formelle betingelser var til stede, og der var således ikke belæg for tilsidesættelse af transaktionen ud fra rene realitetsbetragtninger.¹⁵⁴

Endvidere tilføjer EUD, at den pågældende transaktion kunne udgøre mistanke om misbrug.¹⁵⁵ Heraf anfører EUD, at mistanken bekræftes såfremt transaktionerne udgør *"en formel udførsel fra Fællesskabets område, der [var] gennemført med det ene formål at drage fordel af eksportrestitutioner"*¹⁵⁶ og *"ikke [havde] fundet sted som et led i en almindelig handel, men alene [havde] haft til formål retsstridigt at profitere af monetære udligningsbeløb"*.¹⁵⁷ EUD bekræfter herefter Kommissionens betragtninger om misbrugsvurderingen og anførte således, at konstateringen af misbrug dels kræver et sammenfald af de objektive forhold, *"hvoraf det fremgår, at det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt"*.¹⁵⁸ og dels af subjektive omstændigheder bestående af et ønske om at drage fordel af EU-retten ved kunstigt at skabe de betingelser, som fordelene kræver.¹⁵⁹

¹⁴⁹ Ibid. pr. 39

¹⁵⁰ Ibid. pr. 39

¹⁵¹ Ibid. pr. 39

¹⁵² Ibid. pr. 39

¹⁵³ Ibid. pr. 52

¹⁵⁴ Bundgaard m.fl. s. 67-68

¹⁵⁵ EU:C:2000:695 pr. 51

¹⁵⁶ Ibid. pr. 50 og Bundgaard m.fl. s.68

¹⁵⁷ EU:C:2000:695. pr. 51 og Bundgaard(2015) s.68

¹⁵⁸ EU:C:2000:695 pr. 52

¹⁵⁹ Ibid. pr. 53

Yderligere tilføjer EUD, at anvendelsesområdet for fællesskabets forordninger ikke kan udvides til at omfatte de erhvervsdrivende retsstridige transaktioner.¹⁶⁰ EU-retten beskytter dermed ikke transaktioner, som siges at være retsstridige eller misbrug.

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at EUD fastlægger, at en skatteyder i en given disposition der er omfattet af EU-retten, kan miste de rettigheder som følger af EU-retten, såfremt skatteyderen konstruerer en disposition, som udgør misbrug i medfør af ovenstående subjektive og objektive elementer.

2.5.2 Sag C-196/04 Cadbury Schweppes

Sag C-196/04 Cadbury Schweppes omhandler en præjudiciel forespørgsel fra Special Commissioners of Income Tax. Sagens parter var Cadbury Schweppes Plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd, som sammen havde lagt sag an mod Commissioners of Inland Revenue, idet at Cadbury Schweppes Overseas Ltd var blevet pålagt CFC-beskatning af indkomst optjent i sit datterselskab, Cadbury Schweppes Treasury.¹⁶¹ Det præjudicielle spørgsmål vedrører dagældende britiske CFC-regler.

Datterselskabet var hjemmehørende i Irland. Selskabets primære aktivitet bestod af at rejse midler og stille disse til rådighed for hele koncernen. Selskabet blev pålagt beskatning med en skattesats på 10%.¹⁶² De dagældende regler bestemte, at et moderselskab hjemmehørende i Storbritannien ikke skulle pålægges en skat af den indkomst, som blev genereret af datterselskabet, på det tidspunkt hvor datterselskabet erhvervede indkomsten.¹⁶³ Reglernes anvendelsesområde beror sig til kontrollerede udenlandske datterselskaber og kun ved de omstændigheder, at datterselskabet var hjemmehørende i en medlemsskat med en lav skattesats.^{164 165}

2.5.2.1 EU-domstolens betragtninger

Det præjudicielle spørgsmål vedrørte de frie bevægeligheder i EU, nærmere de nugældende TEUF art. 49 om etablering, art. 56 om tjenesteydelser og art. 65 om kapital. Det blev dog fremlagt, at de britiske CFC-regler skal vurderes i forhold til den frie etableringsfrihed.¹⁶⁶

EUD konkluderede, at i de tilfælde hvor et selskab har truffet beslutning om at etablere et andet selskab med henblik på at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at kunne

¹⁶⁰ EU:C:2000:695. pr. 51

¹⁶¹ Ibid, pr. 2

¹⁶² Ibid. pr. 14

¹⁶³ Ibid. pr. 4

¹⁶⁴ Ibid. pr. 7

¹⁶⁵ Denne afhandling vil ikke behandle CFC-reglerne yderligere, men bruges sagens præmisser for holdepunkter i vurderingen af misbrug i senere analyse.

¹⁶⁶ EU:C:2000:695 pr. 30 & 31

konstatere misbrug.¹⁶⁷ Det blev efterfølgende diskuteret hvorvidt den frie bevægelighed er til hinder for CFC-lovgivningen. Det følger af retten til fri etablering, at denne skal sikre national behandling i værtsmedlemsstaten og samtidig forhindre oprindelsesmedlemsstaten i at foretage foranstaltninger, som medfører hindringer for egne statsborgere i at etablere sig i en anden medlemsstat.¹⁶⁸ Det blev anført i dommen, at CFC-reglerne medfører en forskel i behandlingen af hjemmehørende selskaber. Det fremgår af dommens præmis 46, at *"(...) den særlige skattemæssige behandling, der følger af CFC-lovgivningen, og den ulempe, der følger heraf for de hjemmehørende selskaber, der har et datterselskab, der i en anden medlemsstat beskattes på et lavt niveau, hindre udøvelsen af etableringsfriheden for disse selskaber ved at afholde dem fra at oprette, erhverve eller opretholde et datterselskab i en medlemsstat, hvori dette beskattes på et sådant niveau.(...)"*. Det kan på denne baggrund konkluderes, at CFC-reglerne udgjorde en hindring for den frie etableringsfrihed. Det skulle imidlertid undersøges hvorledes dette kunne retfærdiggøres i forhold til hensynet til bekæmpelse af misbrug. EUD fremlagde endvidere, at et sådan brud mod etableringsfriheden kun kan retfærdiggøres ved tvingende alment hensyn, samt at hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det.¹⁶⁹ Hindringen skal dermed være forenelig med proportionalitetsprincippet.

Formålet bag CFC-reglerne skal ligeledes vurderes i henhold til om hindringen kan retfærdiggøres. CFC-lovgivningen har til formål at bekæmpe en særlig form for skatteunddragelse, som bunder i, at et hjemmehørende selskab kunstigt overfører overskud fra en medlemsstat, hvor overskuddet genereres, til en medlemsstat med en lav skattesats.¹⁷⁰ EUD konkluderer herefter, at det forhold at et selskab opretter et datterselskab i en anden medlemsstat med en lavere beskatning ikke udgør en hindring af etableringsfriheden.¹⁷¹ Sidst fremlægger EUD, at ovenstående oprettelse af et datterselskab ikke kan danne en formodning for, at der foreligger misbrug, samt på den måde at tjene som en begrundelse for en disposition, der strider i mod de grundlæggende friheder, som er sikret i den primære EU-ret.¹⁷² På baggrund heraf konkluderes, at en medlemsstat kan drage fordele af andre medlemsstaterne lovgivning, uden at det i sig selv udgør misbrug.

Det følger hernæst, at en national foranstaltning, som begrænser etableringsfriheden, kan være begrundet, såfremt den tilsigter at ramme rent kunstige arrangementer.¹⁷³ EUD foretager en vurdering af hvornår et arrangement kan siges at være kunstigt. I denne vurdering inddrages formålet bag etableringsfriheden.¹⁷⁴ EUD

¹⁶⁷ EU:C:2000:695 pr. 37

¹⁶⁸ Ibid. pr. 42

¹⁶⁹ Ibid. pr. 42

¹⁷⁰ Ibid. pr. 47

¹⁷¹ Ibid. pr. 48

¹⁷² Ibid. pr. 50

¹⁷³ Ibid. pr. 51

¹⁷⁴ Som tidligere gennemgået

præciserer formålet, som værende en mulighed for, at en statsborger kan foretage sekundær etablering i en anden medlemsstat ved, at han på en stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf.¹⁷⁵ Formålet siges at udgøre et såkaldt integrationsformål.¹⁷⁶ Begrebet etablering præciseres yderligere ved, at der stilles krav til, at der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed ved hjælp af fast indretning i en ikke angivet periode.¹⁷⁷ Der er således opstillet et krav om, at selskabet faktisk udøver erhvervsmæssig virksomhed og befinder sig i værtsmedlemsstaten.¹⁷⁸

Hertil stiller EUD et krav til hvornår restriktioner kan retfærdiggøres i en misbrugssammenhæng. Der tilsigtes her på, at sådanne restriktioner af etableringsfriheden kan retfærdiggøres, såfremt de henvender sig til, ”*at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område*”. Dette kan alt andet lige opfattes som en formodning for, at EUD mener, at når der oprettes et selskab uden nogen økonomisk aktivitet, og dette har til formål at undgå specifikke skyldige skatter, så vil der være tale om et kunstige arrangement, som kan udgøre misbrug.

Det blev i Cadbury Schweppes-dommen konkluderet, at i de tilfælde hvor et selskab har truffet beslutning om at etablere et selskab med henblik på at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning ikke i sig selv er tilstrækkelig til at kunne konstatere misbrug.¹⁷⁹ Konklusionen heraf må opfattes som, at en skatteyder har mulighed for at drage fordel af andre medlemsstaters skattelovgivning. Dette anses som en effekt af det forhold, at skatteretten ikke er et harmoniseret område indenfor EU-retten.

I præmis 64 fremgår, at misbrugsbedømmelsen kræver en vurdering af såvel de subjektive forhold som de objektive forhold. Det væsentlige i bedømmelsen af de subjektive forhold er skatteydernes hensigt. De objektive forhold vurderes ud fra, om skatteyderens arrangement er i strid med lovgivningens formål.¹⁸⁰ EUD inddrager således de samme elementer i vurderingen af misbrug som i Emsland-Stärke.

Endvidere bemærkes, at EUD fastlægger et krav om, at de objektive forhold i sagen skal efterprøves af en tredjemand.¹⁸¹ Denne vurdering kan indeholde eftersyn af blandt andet selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr.¹⁸² I de tilfælde hvor sådanne omstændigheder kan påvise en fiktiv etablering, hvor der ikke udøves en faktisk økonomisk virksomhed, så vil selskabet anses for at udgøre et rent kunstigt

¹⁷⁵ EU:C:2000:695 pr. 52, jf. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, pr. 25

¹⁷⁶ EU:C:2000:695 pr. 54

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid. pr. 37.

¹⁸⁰ Ibid pr. 54-55 og 64

¹⁸¹ Ibid. pr. 67

¹⁸² Ibid.

arrangement.¹⁸³ I denne forbindelse sigtes der ikke direkte på betegnelsen ”postkasse”-selskab, men derimod om en given etablering kan anses for værende reel. Vurderingen bør tage højde for omstændighederne i den konkrete disposition, men i generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen oplystes en række forhold, som kan indikere et kunstigt arrangement, herunder medlemsstatens beskatningsniveau, og ligeledes hvorvidt det gældende selskab leverer varer eller tjenesteydelser. Levering af tjenesteydelser kan i højere grad skabe en formodning for et kunstigt arrangement, da det kan være uden fysisk indhold og personale.¹⁸⁴ Generaladvokaten kommenterer yderligere, at det ikke synes urimeligt at antage, at såfremt et selskab ikke kan bestå disse objektive prøver, så dannes en formodning for skatteunddragelse.¹⁸⁵

2. 6 Betragtninger til det EU-retlige misbrugsbegreb i en skatteretlig kontekst

Med udgangspunkt i ovenstående analyse samles hermed en række betragtninger og elementer som EUD synes at vægte højt i misbrugsvurderingen. Først er vurderingen et udtryk for, at EUD foretager en helhedsvurdering på baggrund af et arrangements økonomiske substans og realitet. Vurderingen skal indeholde dels de subjektive forhold, herunder skatteyderens hensigt, og dels objektive forhold om hvorvidt et arrangement er i strid med formålet bag en bestemmelse. Konklusionen heraf udleder således hvorvidt et arrangement kan kvalificeres som værende kunstigt eller ikke reelt og dermed tilsidesættes.

2.7 Skatterådets administrative praksis om misbrug

Skatterådet har i nyere praksis i noget omfang taget stilling til konkrete sager vedrørende LL § 3. Det bemærkes dog i flere afgørelser, at der ikke udføres en påkrævet og slavisk vurdering af de kumulative fem betingelser i bestemmelsens ordlyd.¹⁸⁶ Skattemyndighedernes fremgangsmåde er dog også i litteraturen¹⁸⁷ blevet kritiseret herfor, og på trods af, ligesom det tidligere er konkluderet¹⁸⁸, så findes en del af disse betingelser vanskelige at vurdere.¹⁸⁹ Skatteministeren har flere gange besvaret fortolkningsmæssige tvivlsspørgsmål med, at der skal foretages en konkret vurdering af en pågældende disposition.¹⁹⁰ Dette svar findes dog svært at sympatisere med, da det ikke bidrager med meget fortolkningshjælp til skatteydere grundet den begrænsede praksis. Det vil i nedenstående analyse alligevel søges at udlede de elementer, som vægtes højest i den administrative praksis.

¹⁸³ Ibid. pr. 68

¹⁸⁴ EU:C:2006:278 forslag til afgørelse pkt. 138

¹⁸⁵ Ibid. pkt. 140

¹⁸⁶ SU 2018, 172, s.4 (s.947)

¹⁸⁷ SU 2018, 172

¹⁸⁸ Afsnit 2.3-2.5

¹⁸⁹ SU 2018, 172

¹⁹⁰ Spm 17, L 28 (2018/19), s. 3.

Sag SKM 2017.333.SR vedrører en potentiel beskatning af en koncernflytning af det skattemæssige hjemsted for et dansk holdingselskab. Umiddelbart inden flytningen af hjemstedet havde koncernen flyttet moderselskabet fra Bahamas til Luxemburg. I det tilfælde, hvor både moder-og datterselskabet flytter hjemsted til Luxemburg, skulle likvidationsprovenuet behandles som en skattefri avance efter MDD, hvorimod hvis alene flytningen af det danske selskab fandt sted, så skulle likvidationsprovenuet behandles som et skattepligtigt udbytte.

Skatterådets konklusion lød på, at der var tale om et arrangement hvis hovedformål var at opnå en skattefordel, hvilket virker mod formålet og hensigten med skatteretten. Konklusionen beroede på en komparativ vurdering af den skattemæssige situationen, som udspiller sig såfremt arrangementet effektueres eller ej.¹⁹¹ Herefter skulle spørgeren foretage bevisførelsen for, at arrangementet ikke var foretaget på baggrund af velbegrundede kommercielle årsager.

Spørgeren argumenterede for, at arrangementet var velbegrundet, da den nye koncernstruktur ville medføre udgiftsbesparelse i medfør af, at der alene skulle udarbejdes dokumenter og rapporteres til ét land under ét lands regler. SKAT bemærker hertil, at spørgeren ikke har fremlagt beviser for besparelserne og vurderede samtidig, at selskabernes aktiviteter ville være de samme før flytningerne. Der bliver endvidere henvist til, at der ikke kunne støttes ret på retten til fri etablering grundet det generelle forbud mod misbrug.¹⁹² Det blev på denne baggrund konkluderet, at der ikke forelå kommercielle grunde, som var afspejlet i den økonomiske virkelighed.

På baggrund af ovenstående bemærkes, at de resterende kumulative betingelser ikke behandles. Dernæst findes det svært at tilslutte en holdning om, at de danske skattemyndigheder har løftet bevisførelsen, da det kræver en konstatering af, at arrangementet opfylder alle fem betingelser¹⁹³ og i det tilfælde findes retsfølgen tvivlsom, idet den korrekte juridiske fremgangsmåde ikke følges. Imidlertid illustrerer sagen, at der tilsyneladende støttes størst ret på betingelsen *opnå en skattefordel*.

Der forekommer en række udfordringer ved afgørelsen. Dette bør ses i lyset af, at det bliver vanskeligt for rene holdingselskaber at foretage en hjemstedsflytning, og de risikerer således at blive tvunget til at bevare deres koncernstruktur i Danmark. Dette ses særligt ud fra betragtningen om, at det er svært at bevise eller argumentere for velbegrundede kommercielle årsager ved hjemtingsflytninger. Vanskeligheden i at fremvise disse beviser bunder dels i, at et arrangement (hjemstedsflytning) som oftest vil medvirke skattemæssige

¹⁹¹ Se afsnit 2.3.3

¹⁹² Se afsnit 2.4 og 2.5

¹⁹³ Se afsnit 2.3.5

konsekvenser, og det vil være svært for skatteyderen at argumentere for, at den egentlige årsag bundet i kommercielle årsager. Ud fra denne betragtning og SKAT's argumentation i SKM2017.333.SR er det svært at forestille sig, at SKAT ikke vil tilskynde de skattemæssige bevæggrunde størst værdi i vurderingen. Det vurderes, at SKAT dermed altid vil have en formodning for misbrug, når ovenstående udspiller sig særligt i tilfælde med skattelylande.¹⁹⁴

Det samme krav til skatteyderens bevisførelse af velbegrundede kommercielle årsager udspillede sig i SKM.2018.466SR. I sagen anerkendte Skatterådet ligeledes ikke argumentationen for de bevæggrunde, som lå bag ved arrangementet. Skatterådet har i begge vurderinger fokuseret på koncernens tilknytningsforhold til det land, hvorigennem der opnås en dansk skattefordel.¹⁹⁵ I SKM.2018.466SR vurderes tilknytningsforholdet til Singapore ikke tilstrækkeligt på trods af, at en egentlige etablering var sket forinden udlodningen. Det blev dog vurderet, da den tidsmæssige horisont gjorde, at det nærmere havde grad af et ønske om at opnå en fordel.

Det kan udledes fra ovenstående, at der i den subjektive test i dansk administrativ praksis synes at tillægges en høj værdi til krav om geografisk tilknytning, for at der kan være tale om egentlige kommercielle årsager.¹⁹⁶ Dette krav synes imidlertid hverken at stamme fra lovbestemmelsens ordlyd eller lovforarbejderne hertil,¹⁹⁷ hvorfor det kan tyde på, at de danske myndigheder tilføjer en ny dimission til den subjektive test. Derudover bliver der påført strenge krav til skatteyderen om, at der fremlægges beviser eller dokumentation for forretningsmæssige fordele ved det givne arrangement, som ikke er skattedrevet af eksempelvis konkrete driftsbesparelser.¹⁹⁸

Derudover pålægges der en hård bevisbyrde, som SKAT imidlertid ikke selv overholder ved bl.a. ikke at gennemgå alle fem kumulative betingelser i SKM2017.333.SR. Overordnet set bliver grænsen for hvornår noget er udokumenteret og dermed *ikke reelt*, lavt. I praksis kan dette medføre, at skattemyndigheder indirekte dikterer hvordan selskaber kan og skal strukturere sig.

2.8 Juridisk delkonklusion

Det blev konstateret, at formålet med implementering af GAAR er forhindre, at selskaber udnytter lovgivningen i en forstand, hvor de egentligt overholder ordlyden af loven, men det går ud over hvad den bagvedliggende hensigt med loven er.

¹⁹⁴ Bundgaard, SU 2017/09

¹⁹⁵ Bundgaard, *SU 2018*s. 949

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid.

Det blev hernæst udledt, at bestemmelsens anvendelsesområde er blevet væsentligt udvidet ved implementeringen af den nye GAAR. Dette illustreres dels gennem det subjektive anvendelsesområde og dels det geografiske anvendelsesområde. Det udvidet anvendelsesområde rummer nu ligeledes rent nationale dispositioner samt fordele fra hele skatteretten og ikke udelukkende fordele som udspringer fra direktiverne.¹⁹⁹

Det kan konkluderes, at bestemmelsen kumulative betingelser skal være til stede før et arrangement kan tilsidesætte som følge af LL § 3, stk. 1 og 2. Bestemmelsens første betingelser udgøres af, at der skal være tale om et arrangement eller serie af arrangementer. Begrebet skal fortolkes bredt, og det blev udledt, at det stort set er umuligt at konstruere noget, som ikke kan opfattes som et arrangement i bestemmelsens forstand.

Endvidere skal der være tale om, at et af arrangementet hovedformål skal være at opnå en skattefordel. Her beror vurderingen på hvorvidt der er tale om et hovedformål. Der er intet som tyder på, at man skal sondre mellem biformål og hovedformålet, hvorfor kravet skal fortolkes restriktivt. Det konkluderes ligeledes, at det ikke er et krav at det er det eneste hovedformål, men det blot skal være et af hovedformålene med arrangementet.

Næst behandles kravet om at arrangementet skal medføre en skattefordel. Det blev udledt i analysen, at ved en komparativ analyse af de skattemæssige konsekvenser, som udspringer sig såfremt et arrangement gennemføres eller ej. Vurderingen skal indeholde en aktiv stillingtagen til det egentlige skattebeløb.

Dernæst blev bestemmelsens fjerde betingelse om, at arrangement ikke må virke mod formålet og hensigten med skatteretten. Denne vurdering skal både indeholde de overordnede formål og den bagvedliggende hensigt af skatteretten samt den enkelte bestemmelsers formål og hensigt, som den påtænkte disposition omhandler. Det blev i SKM2020.521.SR konkluderet, at formålet og hensigten ved den enkelte bestemmelse vægtes højst.

Den sidste betingelse i LL 3, stk. 1 er, at arrangementer ikke må være ikke reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Det blev i denne sammenhæng konkluderet, at skattemyndighederne skal løfte bevisførelse for manglende realitet, hvorefter den enkelte skatteyder skal løfte bevisførelsen om velbegrundende kommercielle årsager. Det blev endvidere udledt, at realitetsvurderingen har en tæt tilknytning til EUD praksis vedrørende den EU-retlige misbrugsdoktrin. Hernæst kan det konkluderes, at begreberne *kunstig* og *ikke reelt* skal fortolkes synonymt, hvorfor fortolkningsbidrag kan anvendes på begge. Det blev sidst konkluderet, at LL § 3 er et udtryk for den EU-retlige princip om forbud mod misbrug.

¹⁹⁹ MDD, RRD og FSD

Hernæst behandles EUD praksis for en nærmere vurdering af LL § 3, stk. 1 og 2. Det blev med afsæt i Coenen og Van Binsbergen udledt den primære misbrugsvurdering indeholder et krav om hensigt med en disposition, forenelighed med proportionalitetsprincippet og et realitetskrav.

Herefter kan det konkluderes, at det EU-retlig misbrugsvurdering i en skatteretlig kontekst skal ske ved en helhedsvurdering af arrangementet økonomiske substans og realitet. Vurderingen skal indeholde et krav om sammenfald mellem subjektive og objektive elementer, og det konkluderes i denne sammenhæng at der stadig kan foreligge misbrug på trods af, at de formelle betingelser er overholdt.

Det blev sidste konkluderet, at den danske administrative praksis synes at lægge vægt på et geografisk tilknytningsforhold i vurderingen af om der er tale om velbegrundede kommercielle årsager, hvilket kan tyde på at skattemyndighederne tilføjer en ny dimission til bestemmelsen.

Det kan overordnet konkluderes, at GAAR'en er bredt og uklart formuleret og fraværet af øvrige konkrete retningslinjer og vejledninger efterlader skatteyderne i en vanskelig situation, da det meget vanskeligt at forudsige retsfølger for en given disposition. Derudover bliver det vanskeligt at udlede grænsen mellem aggressiv skatteplanlægning og ellers legitime bestræbelser for at reducere skatteomkostninger. Skatteydere kan dermed ende i en situation, hvor arrangementer tilsidesættes som følge af LL §3, stk.1 og 2 på trods af det ikke var deres intention at udføre aggressiv skatteplanlægning.

3. Kapitel 3 – Økonomisk analyse

3.1 Introduktion til den økonomiske problemstilling

Det overordnede formål med EU er at sikre økonomisk velstand, stabilitet samt større sikkerhed igennem et Europæisk samarbejde. Dette følger af EU's primære ret TEU § art. 3. Et virkemiddel til at sikre formålet var at implementere det indre fælles marked. Det centrale ved implementeringen var at fjerne handelshindringer mellem medlemsstaterne for at sikre en øget velstand og bidrage til en større europæisk sammenslutning. Det indre marked blev implementeret i den primære EU-ret (nu art. 26 TEUF), og skulle indebære et område uden grænser for fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital.²⁰⁰ EU blev herefter et attraktivt område for etablering for selskaber og koncerner, idet det blev forbundet med muligheder for at udnytte de

²⁰⁰ Art 26 EUF.

fordele og gevinster, der opstod i forbindelse med det indre marked set i lyset af, at selskaberne fik mulighed for at etablere sig i den medlemsstat, som de finder mest fordelagtig til at profitmaksimere.

I takt med udviklingen af EU, har det været pålagt medlemsstaterne at foretage suverænitetssafgivelse som sikring af europæisk samhørighed. EU har dermed beføjelse til at regulere en lang række områder. Et område som dog kun i meget snæver forstand er reguleret af EU er skatteområdet. En manglende harmonisering og store forskelle i den materielle del af reglerne har resulteret i selskaber og koncerners mulighed for at opnå fordele af andre skattesystemer.

Det danske skattesystem tager udgangspunkt i globalindkomstprincippet, hvilket medfører at Danmark som udgangspunkt har ret til at beskatte hele et selskabs globale indkomst, herunder beskatning af datterselskabers skattepligtige indkomst, såfremt moderselskabet er beliggende i Danmark.²⁰¹ Dette tilfælde udspiller sig dog sjældent i praksis, da der som et resultat af international skatteret i form af DBO'er og nationale lovgivninger, i praksis primært vil anvendes kildebeskatning. Dette indebærer, at beskatningen sker i den stat, hvor selskabsindkomsten er oppebåret. Et eksempel herpå kunne være, at hvis et udenlandsk datterselskab er hjemmehørende i en anden stat, som Danmark har indgået en DBO med, så vil beskatningen ikke ske ved det danske moderselskab. Det illustrerer, at et selskabs investeringer ofte vil være skattepligtige og opkræves i den stat, hvori selskabet har investeret. Denne betragtning viser vigtigheden i staters valg af selskabsskattesats, da den kan have en afgørende betydning i forhold til, hvor et selskab placerer sine udenlandske investeringer. Det er dermed afgørende for en medlemsstat at besidde en fordelagtig skattelovgivning, for at tiltrække selskabsinvesteringer for dermed at inkassere et stort skatteprovenu til den samlede velfærd.

Det vil i nedenstående analyse belyses, hvordan en stat tilrettelægger den mest fordelagtige skattelovgivning, for at tiltrække størst mulige investeringer og skatteprovenu. I denne analyse er det først væsentligt at klarlægge, hvordan selskaber agerer og etablerer sig på det indre marked, samt drivkraften og motivationen for selskaber.

3.2 Selskabers ageren i det indre marked

Nærværende afsnit vil tage afsæt i et marked karakteriseret ved fuldkommen konkurrence, for at identificere selskabers ageren og motivation. Det er væsentligt først at påpege, at der er visse forudsætninger og antagelser der lægges til grund for, at fuldkommen konkurrence finder sted. Først og fremmest skal markedet bestå af adskillige udbydere, hvor ingen af disse har en markant markedsandel.²⁰² De varer som udbydere producerer betegnes som homogene og differentierer sig ikke fra andre varer. Udbyderne er pristagere og kan således ikke

²⁰¹ Michelsen, 2017 s. 156

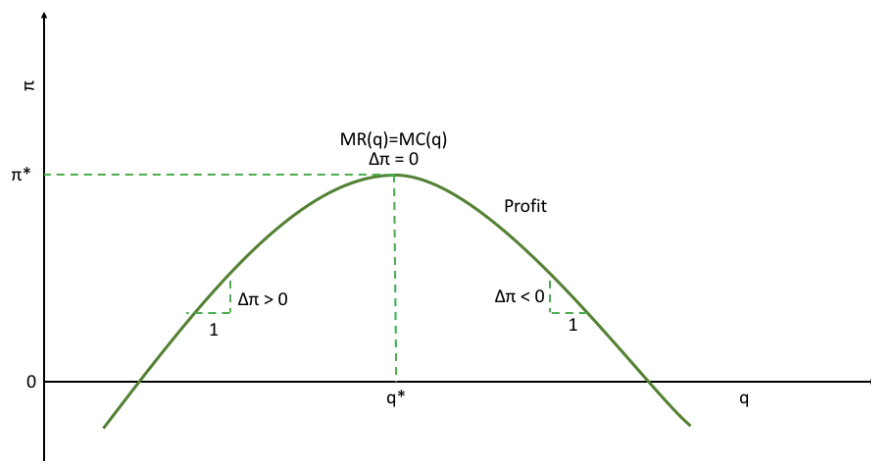
²⁰² Christensen, 2016 s. 182

påvirke markedsprisen. Forbrugerne har alle komplet information, og sidst er markedet ikke kendetegnet ved nogle ind- eller udtrædningsbarrierer.²⁰³

Der findes således to forskellige aktører på markedet, henholdsvis udbydere og forbrugere. I dette henseende vil det være internationale koncerner som udgør udbydere, og de vil til hver en tid vælge den mest profitable strategi efter tesen om profitmaksimering.²⁰⁴ Det skal ligeledes understreges, at de økonomiske aktører på markedet ligeledes vil søge at profitmaksimere i de tilfælde, hvor der er tale om et oligopol eller monopol²⁰⁵, men nærværende afsnit vil udelukkende søge at belyse selskabers adfærd ud fra fuldkommen konkurrence, da omfanget af afhandlingen ikke kan rumme en analyse af alle former for markedsformer.

Forbrugere karakteriseres som værende rationelle ved at træffe valg, som resulterer i den største nytte.²⁰⁶ I dette opstillede scenarie er der tale om et marked med homogene varer, hvorfor prisen vil være afgørende for nytten af varen.

Et selskabs profit er givet ved $\pi = R - C$,²⁰⁷ Det vil sige, at en udbyder enten kan maksimere sin profit ved at reducere sine omkostninger eller øge sin omsætning. Idet, at udbydere alene er pristagere og ikke kan påvirke markedsprisen af varen, så er den eneste mulighed for at regulere sin profit ved at kontrollere sin producerede mængde (q).²⁰⁸



Figur 1: Egen tilvirkning med inspiration fra *Microeconomics second edition* s. 189

²⁰³ Christensen, 2016 s. 182.

²⁰⁴ Ibid. s. 186

²⁰⁵ Ibid. s. 260 + 299 og denne afhandlings afsnit 1.5.2

²⁰⁶ Christensen, 2016 s. 182

²⁰⁷ Ibid. s. 186

²⁰⁸ Ibid. s. 188

Som illustreret ovenfor, så bruger udbydere deres marginale profit til at udlede den mængde af q , som generer den største profit. Udbydere skal dermed finde det punkt, hvor $\Delta\pi = 0$, som betyder at den marginale profit er 0 ved den næste producerede enhed. Udbydere kan dermed ikke maksimere deres profit yderligere ved det punkt.²⁰⁹ Dette betyder, at hvis den marginale omsætning er større end de marginale omkostninger, $MR(q) > MC(q)$, så kan selskabet forsat profitmaksimere ved at producere en vare mere. Dette kan udbyderen indtil $MR(q) = MC(q)$, hvor der genereres den største profit. Som illustreret, så vil en udbyder der forsat vælger at producere varer efter dette punkt, genere en mindre profit.²¹⁰

Det er i ovenstående udledt, at selskaber er kendetegnet ved altid at søge at profitmaksimere. Nedenstående analyse vil tage udgangspunkt i en gennemgang af markeder med forskellige selskabsskatter.

3.3 Selskabers adfærd og profitmaksimering

3.3.1 Scenarie 1 – en stat med lav skattesats

I en analyse af kort sigt findes en række forudsætninger, som påvirker selskabers ageren. Først, gælder det, at selskabers faste omkostninger ikke er justerbare. Det skyldes, at et selskab ikke kan omlægge deres produktion ved at konstruere nye produktionsanlæg eller erhverve nye grunde.²¹¹ Næst, kan nye selskaber ikke indtræde eller udtræde fra markedet, hvorfor der ikke forekommer ændringer i antal af konkurrenter på markedet.²¹² Det vil sige, at et selskab har to strategier; enten at producere eller stoppe produktionen.²¹³

Det blev tidligere udledt, at selskaber profitmaksimerer når $MC = MR$. Den marginale omsætning vil altid udgøres af markedsprisen (p), hvis der sælges et produkt mere.²¹⁴ Det betyder, at et selskabs totale indtjening (TR) vil stige med p , såfremt der sælges et produkt mere. Dette medfører, at profitmaksimeringsbetingelsen kan udledes til, at $p = MC$, hvor de marginale omkostninger er lig med prisen, hvilket ligeledes vil være markedsligevægten.²¹⁵

På kort sigt skal et selskab yderligere tage stilling til hvorvidt de vil fortsætte produktionen eller ej. Dette afhænger af om TR er en positiv profit eller om der genereres et tab som konsekvens af produktionen. Selskabet stopper produktionen såfremt $R(q) < VC(q) = pq < VC(q)$ gør sig gældende.²¹⁶ Det kan på baggrund af dette

²⁰⁹ Christensen, 2016 s. 182s. 189

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid. s. 190

²¹² Ibid. s. 190

²¹³ Ibid. s. 190

²¹⁴ Christensen, 2016 s. 182s. 191

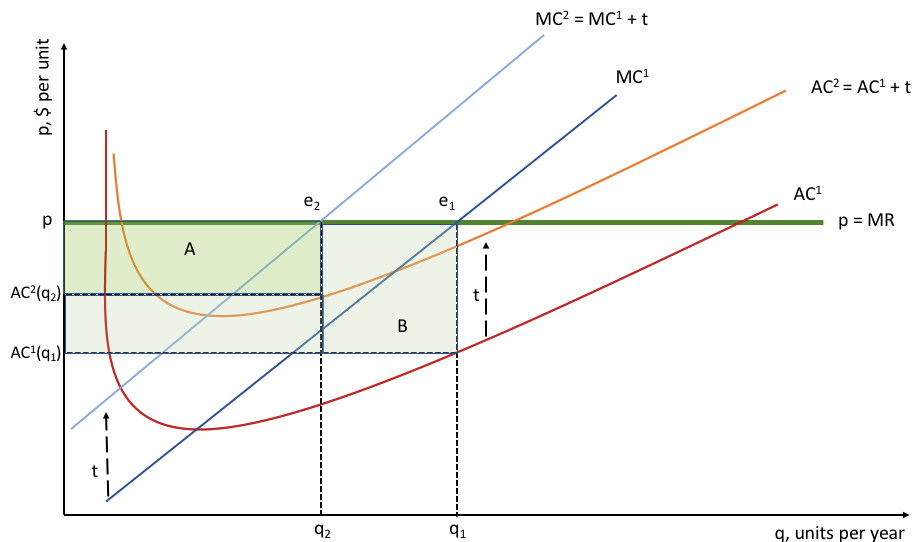
²¹⁵ Cabrel, 2000 s. 68

²¹⁶ Christensen, 2016 s. 195-196

konstateres, at et selskab stopper deres produktion såfremt de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) er større end prisen (p), idet selskabet vil øge deres tab for hver producerede vare.²¹⁷

3.3.2 Scenarie 2 – en stat med en højere selskabsskat.

I et scenarie hvor der bliver påført en øget skat påvirker det selskabets mulighed for at genere profit til forskel fra ovenstående scenarie.



Figur 2: Egen tilvirkning med inspiration for Microeconomics second edition s. 193

Ovenstående graf illustrerer den forskel som en skat vil medføre for et selskabs samlede profit. Den røde AC -kurve og mørkeblå MC -kurve illustrerer et selskabs marginale omkostninger og gennemsnitlige omkostninger fra første eksempel. Den orange og lyseblå illustrerer samme efter en pålagt skat. Den pålagte skat symboliseres af t , hvilket betyder at graferne efter skat kan udledes til $MC^2 + t$ og $AC^2 + t$. Der sker et skift af begge kurve op som følge af de øgede omkostninger. En konsekvens heraf er, at markedsligevægten rykkes til venstre, hvor den producerede mængde af reduceret fra q^1 til q^2 . Markedsprisen er konstant og som konsekvens af, at AC -kurven er rykket op, så vil selskabets profit mindske for hvert niveau af q . Dette medfører en reduktion af den samlede profit, da profitten nu udgøres af område $A[p - AC^2(q_2)]q_2$. Profitten før var område A og B , så der er dermed sket en reduktion af den samlede profit som udgøres af område B .

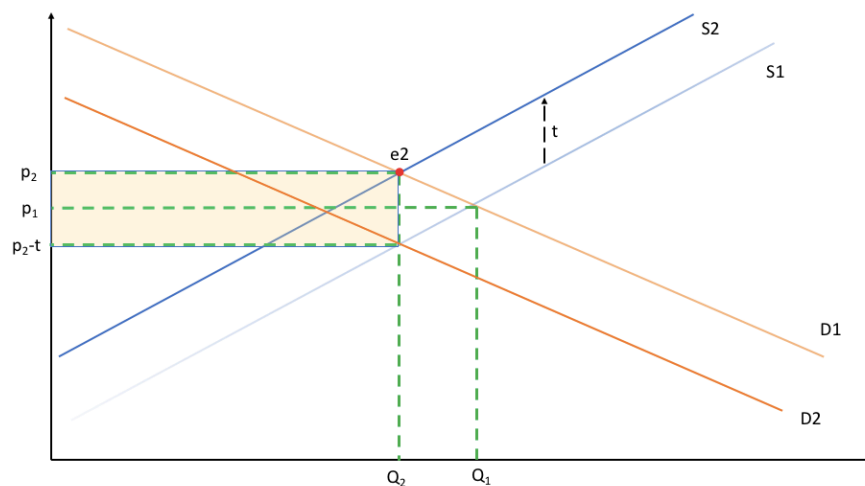
Det betragtes, at både selskabet lider et tab som følge af øget omkostninger, samt at den producerede mængde reduceres, hvorfor forbrugerne vil have en mindre mængde til gavn for velfærdet. Selskaber vil dermed have et incitament for at reducere sine omkostninger.

²¹⁷ Christensen, 2016 s. 195-196

3.3.3 Skats indflydelse på markedsligevægten

Det blev konstateret i ovenstående analyse, at selskaberne vil producere en lavere mængde (q), som konsekvens af højere omkostninger (TC) og dette resulterer i en mindre samlet profit (π). En naturlig følge heraf vil være, at selskaber udbyder en vare til en højere pris (p). Ovenstående antagelse om en fast markedspris fjernes, for at undersøge et mere virkelighedstro marked, hvor en naturlig følge af øgede omkostninger vil være at øge prisen på varerne.

Der sondres mellem en *ad valorem tax* (salgsskat) og *unit tax* (stykskat).²¹⁸ En salgsskat er den mest hyppige skatteinddragelsesmetode i praksis, hvor der tages en fast procentsats af salgsprisen som udgør skattebetalingen $P(1 - t)$.²¹⁹ En stykskat er inddragelsesmetode, hvor der inddrages et fastsat, konstant beløb $P + t$ og afhænger dermed ikke af varens pris.²²⁰



Figur 3: Egen tilvirkning

Det observeres, at markedsligevægten ikke afhænger af om hvorvidt det er forbrugerne eller selskaberne som bærer skattebyrden. I ovenstående graf ses en efterspørgselskurve og udbudskurve, som illustrerer effekten på markedsligevægten alt efter om den pålagte skat pålægges forbrugerne (efterspørgsel) eller selskaberne (udbud). Det klarlægges, at hvis en forbruger er villig til at betale p for en bestemt mængde af en vare, og at selskaberne inddrager en skat for hver vare, så vil prisen herefter være $p + t$. Forbrugerne vil kun være villige til at fortsætte med at købe samme mængde, såfremt at prisen efter skat ændres til $p - t$. Dette vil betyde, at

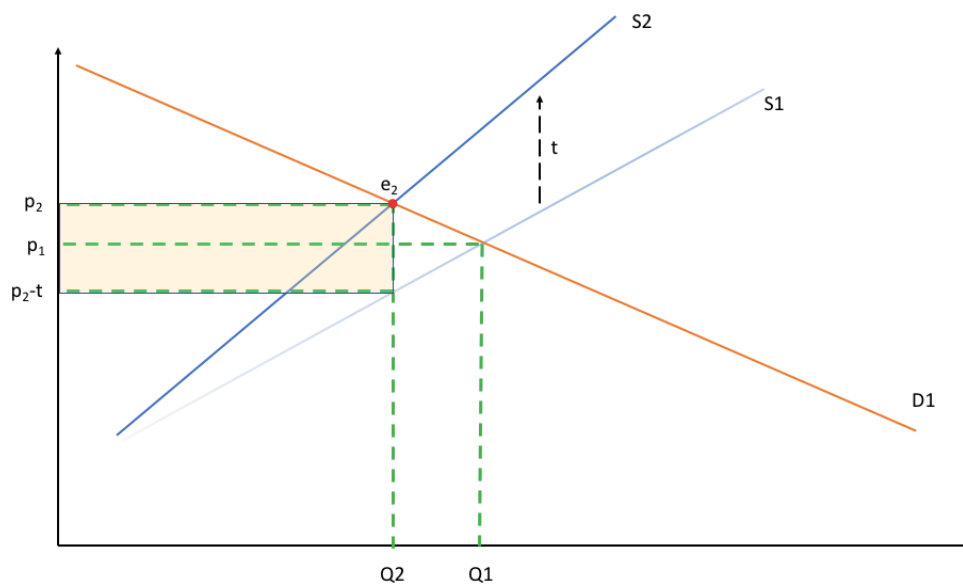
²¹⁸ Christensen, 2016 s. 58

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid.

ligevægtsprisen efter skat vil være $p - t + t = p^*$. Skat har dermed en direkte effekt på forbrugernes betalingsvillighed. Opsamlingsvis betyder dette, at forbrugerne betaler en pris på p_2 og selskaberne modtager $p_2 - t$. Det samme udfald vil være tilfældet, hvis det er selskaberne, som pålægges skattebyrden, idet dette vil medføre, at udbudskurven rykkes opad som følge af, at selskaberne vil være nødsaget til at øge deres priser for at dække de nye skatteomkostninger. I dette vil forbrugerne stadig betale en pris på p_2 , selskaberne modtage en pris $p_2 - t$ og skatten er uændret og udgøres i begge scenarier det markeret område i grafen. I ligevægten (e_2) fordeles skattebyrden ligeligt mellem markedsagerterne.

En beskatning i form af salgsskats påvirkning af markedsligevægten er illustreret herunder. Der vil i denne gennemgang hovedsageligt blive lagt vægt på selskabsskat, som pålægges selskaberne grundet denne afhandlings problemfelt og ydermere da det i ovenstående blev udledt, at markedsligevægten påvirkes ens uanset om skattebyrden påhviler forbrugerne eller selskaberne.



Figur 4: Egen tilvirkning med inspiration fra Microeconomics second edition s. 59.

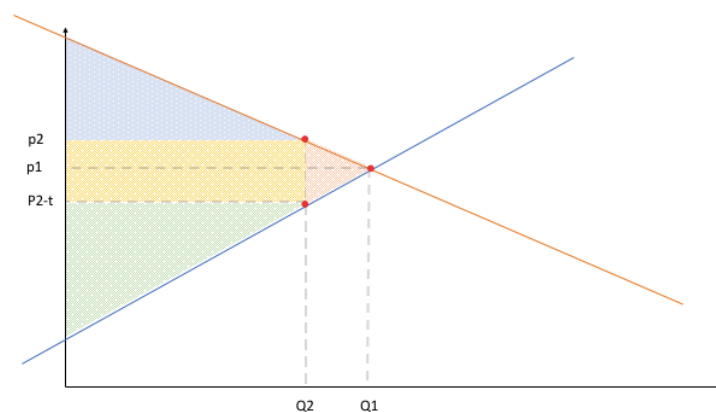
I ovenstående graf illustreres det, at en salgsskat ligeledes vil medføre at udbudskurve forskydes opad. Dette er en konsekvens af, at selskaberne nu øger deres priser for at dække nye skatteomkostninger. Det gule område beskriver illustrativt det skatteprovenu, som staten kan inddrive fra selskabet. Forbrugerne vil betale en pris på p_2 , hvoraf $p_2 - t$ vil være den pris som selskabet direkte inkasserer og kan medregne i egne profit.

Det kan på ovenstående baggrund konkluderes, at det er uagtet om der indføres en stykskat eller salgsskat, da disse begge har en negativ indvirkning på markedet. Begge scenarier medfører, at der udbydes færre varer til højere priser, hvorfor dette har en negativ påvirkning af den samlede velfærd. I det tilfælde hvor markedet er

blevet udledt til værende ikke efficient, så kommer det til udtryk ved at markedet ikke naturligt regulere sig tilbage til den oprindelige situation, hvor markedet var i en efficient ligevægt. Den pålagte skat forhindrer markedsagenterne i at konstruere situationer, hvor både forbrugerne såvel som producenterne ville være bedre stillet. Markedet med skatter er dermed ikke Pareto-optimalt.²²¹ Dette udledes, ud fra forbrugernes betalingsvillighed, idet de er villige til at købe en større mængde såfremt, at prisen er lavere end p_2 . Det samme gælder ligeledes for selskaberne, som ønsker at sælge flere varer såfremt de modtager en pris højere end p_1 . Et marked med skatter forhindrer dermed markedsmekanismen *den usynlige hånd* i naturligt at regulere markedet tilbage i ligevægt og udfaldet heraf er, at der skabes et dødvægtstab. Dette dødvægtstab vil behandles yderligere i nedenstående analyse.

3.4 Velfærdsteori

Det blev i ovenstående konkluderet, at en skat har en forvridende effekt på markedet og vil resultere i, at markedet ikke har en efficient ressourcefordeling. Dødvægtstabet er illustreret herunder:



Figur 5: Egen tilvirkning

Forbrugeroverskuddet udgøres af grafens blå areal, som udgøres af arealet mellem forbrugernes betalingsvillighed, som illustreres af efterspørgselskurven, og den faktiske pris på varen.²²² Forbrugeroverskuddet er dermed et udtryk for den del af den samlede velfærd som hidrører forbrugeren. Den del af den samlede velfærd, som hidrører selskabet er betegnet som producentoverskuddet. Dette er illustreret i grafens grønne areal, som er et udtryk for forskellen i hvad selskabet er villig til at sælge en vare til og den faktiske pris på varen som selskabet inkasserer.²²³ Grafens gule areal er et udtryk for den del af den samlede

²²¹ En situation hvor ingen af markedsagenterne kan stilles bedre uden at en anden stilles dårligere.

²²² Cabral, 2000 s. 16

²²³ Ibid. s. 26

velfærd, som hidrører staten og udgøres af det samlede skatteprovenu. Disse tre arealer udgør den samlede velfærd.

Det bemærkes imidlertid, at grafens røde areal udgør det samlede dødvægtstab, som en pålagt skat vil medføre. Dødvægtstab er et udtryk for en situation, hvor samfundets ressourcer ikke allokeres optimalt og kan siges at udgøre et egentligt tab i den samlede velfærd.

Det kan udledes, at markedet ikke er efficient så længe at ressourcefordelingen kan optimeres. Dette scenarie vil gælde i alle tilfælde, hvor forbrugerens villighed til at betale findes højere end selskabernes villighed til at sælge.²²⁴ I disse tilfælde vil en mulig optimering ske på baggrund af en stigning i den solgte mængde.²²⁵ En optimal fordeling af samfundets ressourcer vil netop findes i et scenarie, hvor ovenstående skatteprovenu ikke eksisterer. Det vil medføre, at markedsmekanismerne naturligt vil søge hen til den oprindelige ligevægt, hvor fordelingen af samfundets ressourcer vil være efficient og udelukkende bestå af forbrugeroverskuddet og producentoverskuddet.

3.5 Modstridende hensyn

Selskaber er kendetegnet ved at ville etablere sig i de medlemslande, hvor der findes de laveste skatter grundet muligheden for at reducere egne omkostninger. En yderligere eller øget skat vil medføre et skifte til venstre i markedsligevægten hvor der vil udbydes en mindre mængde til gavn for forbrugerne.

Det blev yderligere konkluderet, at markedet vil lide et velfærdstab som følge af en skattepolitik som øger skatteniveauet i markedet. Indførelsen af højere skatter vil medføre et ryk af markedets ligevægt som sidst vil resultere i at samfundet lider et velfærdstab, hvor størrelsen af tabet vil afhænge af størrelsen af skatten. En efficient fordeling af samfundets ressourcer vil findes i et marked uden skat, hvor den samlede velfærd som udgangspunkt vil udgøres af producentoverskuddet og forbrugeroverskuddet.

I sin helhed kan ovenstående opfattes som en udfordring. Medlemslandene står overfor den konflikt, at det på den ene side findes økonomisk efficient, hvis der betragtes et marked med lave skatter. Dette skyldes, at det både genererer den største samlede velfærd samt, at det tiltrækker selskaber til at investere i landet, ved eksempelvis etablering af et datterselskab. På den anden side, er det dog væsentligt for landet at inkassere en vis form for skatteprovenu, for at kunne reinvestere i samfundet. Det kan på en forsimplet måde siges at udgøre et kompromis med modstridende hensyn.

²²⁴ Cabral, 2000 s. 27

²²⁵ Ibid.

3.6 – Optimal beskatning

Der findes en lang række bud på, hvordan et optimalt skattesystem kan konstrueres i et samfund. En væsentlig faktor er, at der skal tages hensyn til de samfundsøkonomiske omkostninger, der er forbundet med beskatning og disse skal opvejes med de formål som skattepolitikken søger at nå.²²⁶ Et bud på hvilke kriterier, der skal tages hensyn til ved konstruktionen af en optimal skattepolitik er, at det ud fra en økonomisk teoretisk forstand skal søges at minimere det dødvægtstab, som opstår som følge af højere skatter.²²⁷ Derudover, kan der inddrages et fairness princip som søger at skabe en retfærdigt fordeling af skattebyrden i samfundet.²²⁸ Dertil søges det at minimere de transaktionsomkostninger, der er forbundet med inddragelse og betaling af skatter i samfundet.²²⁹ Sidst ønskes det at imødegå de omkostninger, som er forbundet med skatteunddragelse og skatteplanlægning.²³⁰

3.6.1 *Lump-sum* beskatning

I vurderingen af hvorvidt et skattesystem er optimalt kan man inddrage pareto-optimalitet, som målingsparameter for efficiens. I de tilfælde, hvor man opnår pareto-optimalitet vil det betyde, at ingen part kan stilles bedre uden at andre stilles værre.²³¹

I en skatteretlig kontekst vil Pareto-optimalitet tilstand findes ved *lump-sum* beskatning. Denne form for beskatning af virksomheder vil føre til, at virksomheder beskattes ens med et fast beløb uagtet virksomhedens størrelse. Dette vil medføre, at virksomheder vil have incitament til at øge deres produktion, da der ikke er øget skatteomkostninger hermed. *Lump-sum* beskatning vil ligeledes, til en vis grad, eliminere skatteplanlægning og skattekonkurrencen, da alle bliver beskattet på samme vis med undtagelse af lovgivningens materielle del. På trods af ovenstående, vil denne beskatningsform næppe være et realistisk bud på et optimalt skattesystem, da der er socialøkonomiske konsekvenser forbundet hermed. *Lump-sum* beskatning vil medføre en konkurrenceforvridning, da det vil være sværere for små virksomheder at besidde en betalingsevne som vil kunne afholde skatteomkostningen.²³² Det kan på lang sigt medføre, at markedet vil være præget af en mere monopol- eller oligopol-lignende tilstand, hvor få selskaber vil besidde hele markedets andelen, og de mindre aktører er udkonkurreret fra markedet. Med afsæt i dette kan det konkluderes,

²²⁶ Eide, 2018s. 454

²²⁷ Wilson, 2016 s. 38-39

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Eide, 2018 s. 454

²³¹ Ibid. s. 34-35

²³² Wilson, 2016 s. 38-39

at fuld harmonisering af selskabsskatten, enten ved at fjerne skatten eller *lump sum*, vil bidrage til en optimal og øget velfærd.

3.7 Sammenfatning

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at drivkraften og motivationen bag selskabers adfærd er profitmaksimering. De søger dermed at minimere deres skatteprovenu, da mindre omkostninger er lig en øget profit. Det illustreres yderligere, at skatter har en negativ effekt på markedet, da det skaber et dødvægtstab uagtet om det er selskaberne eller forbrugerne som bærer skattebyrden.

Det kan yderligere udledes, at markedets efficiens ikke findes så længe at ressourcefordelingen kan optimeres, hvilket medfører, at efficiente skattesystemer opstår i tilfælde af fuld harmonisering. Dette skyldes, at der ikke længere findes afvigelser i medlemslandene skattesystemer, hvorfor selskaber ikke kan udnytte de førhen eksisterende fordele. I denne sammenhæng vil der ligeledes heller ikke genereres et dødvægtstab som følge af skatten.

3.8 Økonomisk analyse 2. del - Introduktion til skattekonkurrence

Den globale og teknologiske udvikling har gjort det langt nemmere at føre virksomhed på tværs af landegrænser. De tidligere geografiske udfordringer mindskes og det er blevet tilgængeligt at føre virksomhed på trods af manglende fysisk tilstedeværelse i landet, hvilket betyder at afstand ikke længere har den samme indflydelse på selskabers valg af placering for investeringer. Kort sagt, så er selskaber blevet langt mere mobile. Det blev tidligere konkluderet, at selskaber søger at profitmaksimere. Selskaber vil derfor i så vidt muligt omfang, søge at placere kapital, hvor muligheden for omkostningsminimering og høje afkast vurderes højt.

Det er dermed blevet mere tilgængeligt at flytte kapital til lavskattelande, og dette må betragtes som den mest attraktive selskabsstrategi, såfremt det antages, at selskaber har værdiskabelse for aktionærkredsen som deres primære mål, og dermed kan det ikke overraske, at de forsøger at minimere deres skatteomkostninger.²³³

Dette medfører, at den danske stat ikke kan være sikker på at inkassere samme skatteprovenu fra danske selskaber som hidtil, hvis udsigten til en højere indtjening i et andet land vurderes højere. Dette udgør fundamentet for skattekonkurrence, da stater ønsker at mindske skatten for at tiltrække selskabernes

²³³ Schmidt m. fl. , 2020. s. 292

investeringer.²³⁴ Dette nedadgående pres mellem landene er i litteraturen betragtet som *Race to the bottom*.²³⁵ Dette illustreres ligeledes i den seneste udvikling i selskabsskatteniveauet i EU28, hvor gennemsnitsskattesatsen var på 35% i 1995 og samme var 22,5% i 2016.²³⁶ Der observeres dog store differencer i de enkelte landes selskabsskattesats hvilket blandt andet kommer til udtryk ved et sammenligne Danmark og Cypern, hvor de i 2016 opererer med en skattesats på henholdsvis 22 % og 12,5 %.²³⁷

3.9 Selskabers motivation for skatteplanlægning

Med antagelsen om, at selskabers primære mål er at skabe værdi for aktionærkredsen, så er de nødsaget til at minimere deres skatteomkostninger.²³⁸ Dette ses i lyset af, at skat har en markant indflydelse på selskabers mulighed for at profitmaksimere.²³⁹ I denne forbindelse opererer selskaber med nøgletallet *EPS*²⁴⁰ som illustrerer selskabets indtjening i forhold til dens samlede antal af aktier og måler den indtjening, som selskabet generer for hver aktie.²⁴¹

$$\text{Indtjening per aktie} = \frac{\text{indtjening}}{\text{gennemsnitlig antal udestående aktier}}^{242}$$

Ovenstående ligning benytter selskabets netto indtjening, hvilket betyder at det er indtjeningen efter skatteomkostninger. Dette betyder, at højere skatteomkostninger medfører en mindre nettoindtjening.

$$\text{Nettoindtjening} = \text{bruttoindtjening} - \text{skat}$$

Dette medvirker til, at selskabets EPS påvirkes negativt som følge af øget skatteomkostninger, og omvendt vil indtjeningen øges som følge af lave skatteomkostninger.²⁴³

I de tilfælde, hvor selskaber skal tage stilling til etablering, har de ofte fokus på den effektive skattesats.²⁴⁴ Den effektive skattesats er et udtryk for den samlede eller gennemsnitlige skattesats som anvendes på selskabets bruttoindtjening, når alle skattesatser er beregnet.²⁴⁵

²³⁴ Sachdeva, 2010. s. 137

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Skattestyrelsens hjemmeside, tabel 1a og tabel 1b.

²³⁷ Skattestyrelsens hjemmeside, tabel 1a

²³⁸ Schmidt m. fl., 2020. s. 292

²³⁹ Se afsnit 3.3

²⁴⁰ Earnings per share

²⁴¹ Schmidt m. fl., 2020. s. 292

²⁴² Ibid. s. 293

²⁴³ Ibid. s. 293

²⁴⁴ Ibid. s. 293

²⁴⁵ Ibid. s. 293

$$\text{Effektiv skattesats} = \frac{\text{skatteomkostning}}{\text{bruttoløn}}^{246}$$

Den effektive skattesats udgør et væsentligt forhold i vurderingen om i hvilket land et selskabs etablering skal forefalde. Det begrundes også i, at det styrker et selskabs konkurrenceevne i forhold til konkurrenten såfremt de opererer med en lavere effektiv skattesats.²⁴⁷

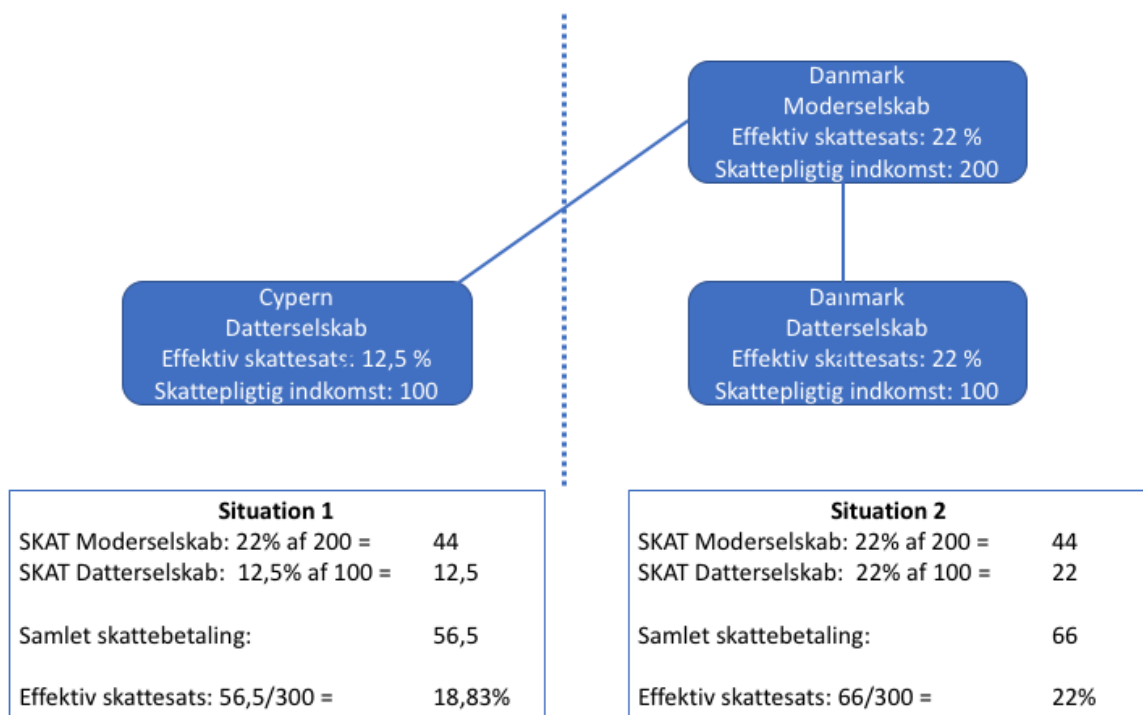
På denne baggrund kan følgende udtryk opstilles:

$$\text{Effektiv skattesats} \downarrow = \text{nettoindtjening} \uparrow = \text{EPS} \uparrow$$

Det er dermed essentielt for selskaber at konstruere de forhold, hvoraf en lavere effektive skattesats findes. Dette vil medføre en øget nettoindtjening som sidst resulterer i en højere EPS, hvorved selskaberne opnår at skabe værdi for aktionærkredsen.

3.9.1 – Eksempel på selskabsskat indvirkning på selskabers motivation

Der vil i nærværende afsnit opstilles et faktisk eksempel på ovenstående. Eksemplet vil tage udgangspunkt i Danmark og Cypern og illustreres herunder:



²⁴⁶ Ibid. s. 293

²⁴⁷ Schmidt m. fl., 2020 s. 293

Model 1: Egen tilvirkning

Det kan med afsæt i ovenstående udledes, at det vil resultere i en skattebesparelse på 9,5 ved at etablere et datterselskab i Cypern. Det kan på denne baggrund udledes, at det vil resultere i en højere EPS ved etablering i et lavskattelands. Det skal dog nævnes, at ovenstående eksempel ikke tager forhold for eventuelle flere administrative omkostninger ved en udenlandsk etablering, hvorfor det ikke nødvendigvis kan skabe samme besparelse på kort sigt. Det kan afslutningsvis konkluderes, at der findes et klar incitament for selskaber til at skatteplanlægge.²⁴⁸

3.10 Regulatory competition

Regulatory competition eller *konkurrence mellem retssystemer* er et udtryk for den konkurrence, som findes mellem stater, hvor de igennem retten til at konstruere og udforme egen lovgivning, søger at tiltrække selskaber ved at skabe det bedste regulatoriske produkt.²⁴⁹ *Regulatory competition* medfører, at *selskabslovgivningen bliver et produkt, der bliver udbudt og efterspurgt, og hvor "produktets" udformning til dels bestemmes af efterspørgslen*.²⁵⁰ Denne tilgang om at anse lovgivning som et produkt, kommer til udtryk ved, at medlemsstaterne eksperimenterer og søger at konstruere en lovgivning, som afspejler selskabernes efterspørgsel og dermed deres præferencer.²⁵¹ Dette medfører, at selskaberne vil etablere sig i en anden stat, såfremt at en pågældende lovgivning ikke kan imødekomme dens præferencer. Dette er i litteraturen betragtet som et fænomen *treaty shopping*,²⁵² hvor skatteyderne "shopper" mellem regler ved at placere sig i et land med de mest lempelige regler.²⁵³ Staterne konkurrerer dermed ved at lempe deres respektive skattelovgivning, for at imødekomme efterspørgslen fra selskaberne.

Regulatory competition stammer fra USA og er i litteraturen ofte omtalt som *Delaware-effekten*²⁵⁴, og henviser primært til konkurrencen mellem staternes selskabslovgivning.²⁵⁵ Staten Delaware har formodet at udbyde en selskabslovgivning, som har tiltrukket et stort antal selskaber, hvorfor 50 % af samtlige selskaber som er noteret på børsen i New York er indregistreret i Delaware.²⁵⁶ Der findes en række forudsætninger, som skal være til stede i markedet for en egentligt *Regulatory competition* kan finde sted. Disse forudsætninger vil behandles i nedenstående, for at klarlægge om hvorvidt de karakteriserer det indre marked.

²⁴⁸ Det bemærkes, at skatteplanlægning ikke pr. definition er ulovligt.

²⁴⁹ Sachdeva, 2010. s. 138

²⁵⁰ Birkmose, 2004. s. 17

²⁵¹ Sachdeva, 2010. s. 139

²⁵² Michelsen, Nørgård & Dalgas, 2017 s. 465 (Også kaldt forum shopping)

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ Birkmose, 2004. 17-18

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid. S. 18

3.10.1 Forudsætninger for det pågældende marked.

Den første forudsætning kræver, at der er tale om et fælles marked uden hindringer hvor konkurrencen kan finde sted. Et af EU's formål er at skabe et fælles indre marked uden hindringer, hvilket er sket ved iværksættelsen af fri bevægelighedsreglerne.²⁵⁷ Markedet skal besidde mere end én udbyder, før der kan være tale om en egentlig konkurrence, og må dermed ikke udgøres af et monopol. Det indre marked indeholder ikke disse hindringer, da en stat ikke kan nægte selskaber adgang til andre stater og heller ej nægte andre stater i at have adgang til statens egne selskaber som følge af fri bevægelighedsreglerne.²⁵⁸ Adgangen til markedet må dermed ikke være begrænset, og skal være af aktuel og potentiel karakter for både medlemsstaterne og selskaberne. Medlemsstaternes adgang kommer til udtryk ved, at de har juridisk frihed til at konstruere egen lovgivning som følge af, at skatteområde ikke er et fuldt harmoniseret område i EU. Dette giver medlemsstaterne mulighed for at udbyde og konstruere en lovgivning som adskiller sig fra de resterende. Selskabernes adgang til markedet kommer til udtryk ved graden af mobilitet på markedet. Denne forudsætning må imidlertid kunne anerkendes, da de har juridisk frihed til selv at vælge hvilken selskabslovgivning, de vil være underlagt begrundet i retten til fri etablering, jf. TEUF art 49 og om kapitalbevægelser, jf. TEUF art. 63.

På ovenstående baggrund kan der udledes et marked med både potentiel og aktuel adgang, set i lyset af selskabernes mobilitet.²⁵⁹ Samtidig har medlemsstaterne juridisk frihed til selv at vælge den selskabslovgivning, de vil udbyde, hvorfor de ligeledes har potentiel og aktuel adgang til markedet.

3.10.1.1 Efterspørgselssiden: Selskabers motivation

Det bemærkes, at hvorvidt en lovgivning anses som værende fordelagtigt afhænger af, hvem der er beslutningstager i selskabet. Det vil, som tidligere belyst, være attraktivt for en aktionærkreds at minimere skatteomkostninger for at øge selskabet EPS.²⁶⁰ Hvorimod i de tilfælde, hvor der er blevet ansat en ledelse, kan opstå interessekonflikter som følge heraf. Dette ses i lyset af, at når de, der leder og kontrollerer selskabet, ikke er de samme som ejerne af selskabet, er der en risiko for, at der opstår interessekonflikter.²⁶¹ Hermed opstår et eksempel på et principal-agent forhold, hvor principalen (aktionærkredsen) ansætter agenten (ledelsen) til at varetage principalens interesser.

²⁵⁷ Jf. TEU art. 3

²⁵⁸ Jf. TEUF art 43 og 48

²⁵⁹ Birkmose, 2004. S. 38 & Sachdeva, 2010. s. 157-158

²⁶⁰ Se afsnit 3.8 og 3.8.1

²⁶¹ Birkmose, 2004. S. 38 & Sachdeva, 2010. s. 162

Det følger af den økonomiske teori, at alle agenter på markedet søger at maksimere egen nytteværdi, hvorfor principalen ikke nødvendigvis kan regne med at denne varetagelse af interesser bliver overholdt, men må i stedet antage at agenten vil handle opportunistisk.²⁶² På denne baggrund er det nødvendigt for aktionærkredsen enten at minimere agentomkostningerne²⁶³ ved at oppebære omkostninger til at overvågning eller ved give agenten incitamentet til at varetage samme interesser.²⁶⁴ Der kan på denne baggrund opstå såkaldte interessekonflikter som følge af, at de forskellige lovgivninger vurderes forskelligt af aktionærkredsen og ledelsen. Det bemærkes endvidere, at det for medlemsstaternes synspunkt er uagtet, hvem som udgør den beslutningstagende rolle i selskaberne, så længe de ved hvem. Der vil i det følgende tages afsæt i, at selskabets formål er at skabe værdi for aktionærerne, hvorfor det er deres nytte som varetages. Det understøttes også i, at det er aktionærerne som råder over beslutningen om hvor et nyetableret selskab skal foreligge, hvorfor ovenstående primært udgør en konflikt ved flytning af et selskab. Det antages, at selskabernes(aktionærernes) efterspørgsel og dermed præferencer, udelukkende afhænger af medlemsstatens selskabsskattesats, hvorfor andre forhold ikke tillægges værdi.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at selskaberne vil have incitament til at indgå i *Regulatory competition*, hvorfor de vil udføre *treaty shopping*.

3.10.1.2 Udbudssiden: Medlemsstater motivation

Det er nu lagt til grund, at markedet vil indeholde en efterspørgsel efter en lovgivning med bestemt karakteristika, og det vil nu søges udledt, hvorvidt medlemsstaterne vil udbyde en sådan lovgivning.

Medlemsstaterne skal ligeledes have incitament til at indgå i *Regulatory competition* for, at denne konkurrenceform vil udspille sig. Medlemsstaterne søger, ligesom selskaberne at varetage egne interesser, hvorfor de ligeledes vil nyttemaksimere.

Der vil ligeledes udspille sig en interessekonflikt, for at fastlægge incitamentet for medlemsstaterne. Denne konflikt udspiller sig, da det ikke er medlemsstaten, som udformer lovgivningen, men derimod medlemsstatens lovgivende instans.²⁶⁵ Den lovgivende magt er folkevalgte, hvorfor de "ansat" til at varetage vælgernes og samfundets interesser interesser, men de søger samtidig at maksimere deres egen nytte. Denne kan afvige fra medlemsstaten interesse, hvorfor de ikke altid vil handle til medlemsstatens bedste.²⁶⁶ I tilfælde hvor interesserne ikke er sammenfaldende åbner det op for, at den lovgivende instans kan blive lydhøre over for

²⁶² Birkmose, 2004. S. 162

²⁶³ De omkostninger som benyttes til at kontrollere agenten.

²⁶⁴ Knudsen, 1997. s 88

²⁶⁵ I Danmark består den lovgivende magt af Folketinget, jf. magtens tredeling i GRL § 3

²⁶⁶ Birkmose, 2004. s. 195

bestemte interessegrupper i samfundet, såfremt det maksimerer lovgivernes egen nytte herunder muligheden for at blive genvalgt.²⁶⁷

Der vil dog ofte være overensstemmelse mellem lovgiverne og medlemsstatens interesse, hvorfor det lægges til grund, at den lovgivende instans varetager egne såvel som medlemsstatens interesse, hvorfor det vil indebære at antallet af selskaber skal maksimeres.²⁶⁸ Det er dermed væsentligt at udforme en lovgivning, som dels tiltrækker nye selskaber og dels fastholder de allerede eksisterende selskaber. I det tilfælde, hvor aktionærerne varetager beslutningskompetencen i selskabet, vil medlemsstaterne udforme en lovgivning som netop er attraktivt for disse, ved at minimere omkostninger, herunder ved at reducere ”prisen”, som selskaber betaler for at være i medlemsstaten herunder selskabsskatten.

I en situation hvor man skal udlede, hvorvidt medlemsstaterne har incitament til at indgå i konkurrencen, skal dette opgøres efter et nettoprincip. Det er dermed afgørende, at mulige omkostninger ikke overstiger de indtægter, der er forbundet med selskabers flytning til medlemsstaten. Det vil sige, at hvis det skatteprovenu som medlemsstaten inkasserer findes større end omkostningerne forbundet hermed, så vil medlemsstaten have incitament til at indgå i *Regulatory competition*.

Det skal dog understreges, at medlemsstaten ikke altid får retten til at beskatte selskabets indkomst, og at skatten dermed ikke pr. definition kan anvendes som incitament for medlemsstaterne. Dette skyldes, at retten til at beskatte selskabets indkomst oftest tilfalder den medlemsstat hvori selskabet er hjemmehørende. Der kan i nogle tilfælde opstå en dobbeltbeskatningskonflikt, som følge af, at selskaber både kan betragtes som hjemmehørende i forhold til placering af ledelsens sæde eller hvor selskabet er registreret.²⁶⁹ Selskabet vil dog som udgangspunkt være hjemmehørende i den stat, hvor ledelsens sæde er placeret.²⁷⁰ Det betyder, at medlemsstaten kun opnår beskatningsretten såfremt ledelsens sæde ligeledes befinder sig i den pågældende medlemsstat.²⁷¹ Det betyder imidlertid ikke, at medlemsstaten ikke har incitament til at tiltrække selskaber. Dette ses i lyset af, at en stigning i tilflytninger til landet vil medføre indirekte gevinster i form af flere arbejdspladser og vækst til landet. Det kan på denne baggrund udledes, at medlemsstaterne ligeledes vil have incitament til at indgå i *Regulatory competition*.

3.10.2 Sammenfatning

²⁶⁷ Ibid. s. 189

²⁶⁸ Birkmose, 2004. s. 189

²⁶⁹ Jf. SEL § 1, stk. 1

²⁷⁰ Jf. OECD-Modeloverenskomst.

²⁷¹ Birkmose, 2004. s. 193

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at *Regulatory competition* potentielt kan finde sted, da der både findes incitament for selskaberne og medlemsstaterne. Dette vil medvirke til, at selskaberne vil udføre *treaty shopping* såfremt en medlemsstat udbyder en lovgivning, som selskaberne finder mere gunstig.

Dette vil skabe en situation, hvor medlemsstaterne enten kan vælge aktivt at indtræde i konkurrence eller udvise passivitet. En aktiv indtræden i konkurrencen vil medføre, at medlemsstaten tilpasser egen lovgivning ved at konstruere lempeligere forhold, hvilket vil hindre en yderligere harmonisering på selskabsskatteområde i EU, og de forskelle som findes i dag vil bevares. En passiv indtræden vil i højere grad betyde, at medlemsstaten tilrettelægger egen lovgivning ud fra de allerede beliggende selskaber i landet. Det vil i den videre analyse søges at belyse medlemsstaternes strategi.

Uagtet dette valg, så er det belyst, at forudsætningerne for at *regulatory competition* er tilstrækkeligt til stede, hvorfor denne konkurrence kan opstå i EU.

3.11 *Regulatory competition* som spilteori

Det blev i ovenstående afsnit udledt, at *Regulatory competition* potentielt kan finde sted. Det vil nu undersøges ved hjælp af en spilteoretisk analyse, hvorvidt medlemsstaterne rent faktisk vil indgå i konkurrence eller ej. For at foretage en undersøgelse af medlemsstaternes strategivalg, er det nødvendigt at opstille spillets forudsætninger indledningsvist.

3.11.1 Spillets opsætning

Spillet vil tage udgangspunkt i en situation hvor to medlemsstater, MS X og MS Y, skal vælge deres respektive strategi, om de henholdsvis vil: (1) indgå i *Regulatory competition* eller (2) om de vil forholde sig passivt og dermed ikke indgå i konkurrencen.

I spilteorien sonderer man mellem en række bagvedliggende forhold som udgør det egentlige spil. Disse søges klarlagt herunder.

Først sonderer man mellem non-kooperative og kooperative spil.²⁷² I kooperative spil har agenterne mulighed for at samarbejde for at opnå et højere payoff end i de situationer, hvor de have valgt strategi individuelt.²⁷³ I non-kooperative spil vælger spillerne deres respektive strategi individuelt og har ikke mulighed for at opretholde et samarbejde.²⁷⁴ I denne situation opstilles et non-kooperativt spil, da det er medlemsstaternes

²⁷² Christensen, 2016 s. 343

²⁷³ Denne type af situationer ses eksempelvis ved karteldannelse.

²⁷⁴ Christensen, 2016 s. 343

individuelle strategi som søges belyst. Endvidere sonderer man mellem spil i normal form og i ekstensiv form.²⁷⁵ Ved ekstensive spil skiftes spillere til at vælge strategi, hvorfor det klassificeres som et sekventielt spil.²⁷⁶ I dette scenarie vil der tages udgangspunkt i et spil af simultant og normal form. Dette betyder, at spillerne vælger strategi samtidig og dermed ikke kender den anden spillers strategi. Der er dermed tale om imperfekt information i spillet, men da begge agenter kender hver strategis mulige payoff, så er der tale om komplet information. Spillet kan dermed siges at have komplet men imperfekt information.²⁷⁷

3.11.2 Spillets elementer

I dette scenarie er der tale om et normal spil, hvorfor det indeholder følgende tre elementer²⁷⁸:

- (1) Spillets agenter
- (2) De tilgængelige strategier for spillerne
- (3) De payoffs som tilfalder spillerne for hver mulig kombination af strategier.

3.11.2.1 Spillets agenter

Medlemsstaterne i udgør spillets agenter. Spillet vil dog tage udgangspunkt i to medlemsstater, henholdsvis MS X og MS Y. Dette er en simplificering af virkeligheden, da der findes flere medlemsstater i EU, men det er muligt at udlede medlemsstaternes strategivalg på trods af, at der ikke opstilles et spil hvor alle lande er repræsenteret.

Spilteorien opererer med en antagelse om, at agenterne vil handle under strategisk rationalitet. Dette medfører, at agenterne vælger deres strategi ud fra hvad deres forventninger er til modagentens valg af strategi.²⁷⁹ Agenterne vil ligeledes handle profitmaksimerende,²⁸⁰ hvorfor de vil vælge den strategi som de forudsiger og tillægger det højeste payoff. Det blev tidligere udledt, at medlemsstaterne opnår en gevinst ved at få flere selskaber til landet, uagtet om det er direkte gevinster, eksempelvis beskatningsretten til selskabets indkomst, eller indirekte gevinster, eksempelvis flere arbejdspladser og øget vækst. På denne baggrund må det udledes, at agenterne søger at vælge den strategi som resulterer i højst payoff som i dette henseende må udgøres af flest mulige tilflytninger.

²⁷⁵ Ibid. og Baird, 1994 s. 7-8

²⁷⁶ Christensen, 2016 s. 343

²⁷⁷ Baird, 1994 s. 10

²⁷⁸ Baird, 1994 s. 7-8

²⁷⁹ Knudsen, 1997. s. 94

²⁸⁰ Se afsnit 1.5.2

3.11.2.2 De tilgængelige strategier for spillerne

De mulige strategier for MS X og MS Y er henholdsvis, (1) at indtræde i konkurrencen eller (2) udvise passivitet, jf. matrixen i nedenstående. Såfremt at en agent vælger at indtræde i konkurrencen, vil det betyde at agenten vil udforme en attraktiv lovgivning med en lav selskabsskattesats. I det tilfælde hvor selskaber vurderer denne lovgivning til kunne optimeres deres egen nytte, så vil agenten ”tage” hele efterspørgslen. Dette betyder, at såfremt MS X eller MS Y vælger strategi (1) vil de opnå hele markedet og på den måde opnå at selskaber tilflytter landet. I et scenarie, hvor en agent vælger strategi (2) og dermed forholder sig passivt, vil det modsætningsvis betyde, at agenten ikke ”tager” en del af efterspørgslen og altså vurderer payoff højere ved at udvise passivitet. Spillet indeholder dermed udelukkende rene strategier, hvor valget af strategi ikke er forbundet med sandsynlighed.²⁸¹

Det bemærkes, at det de givne payoff afhænger af, er modagentens valg af strategi. Det vil sige, at der er tale om en vis afhængighed. Dette ses i lyset af, at der ikke er ubegrænset antal af selskaber og agenterne dermed skal dele efterspørgslen såfremt begge vælger at konkurrere.

3.11.2.3 Mulige payoffs

Det blev konstateret, at agenterne altid søger at profitmaksimere, hvorfor de vil vælge den strategi, som giver dem størst muligt payoff. Såfremt en agent vurderer strategi (1) højst, så betyder det, at de omkostninger som er forbundet med at udforme en attraktiv lovgivning, er mindre end de gevinster som følger af den attraktive lovgivning. Talværdierne for de potentielle udfald er en indikator for den værdi, som agenterne forbinder med den enkelte strategi. Disse holdes konstante igennem hele spillet, hvorfor den information agenterne har til de mulige payoff er holdbar.

3.11.2.3.1 Spillets mulige payoffs

Værdi 0: Agenten imødekommer ikke efterspørgslen. Selskaberne vurderer dermed denne lovgivning som værende den mindst attraktive, hvorfor agenten ikke får en del af markedet.

Værdi 4: Agenterne deler efterspørgslen. Selskaberne vurderer, at de to respektive lovgivninger er lige attraktive og er dermed indifferente. Agenterne deler dermed markedet.

Værdi 8: Agenten modtager hele efterspørgslen og har formodet at udforme en lovgivning, som selskaberne vurderer som den mest attraktive. Agenten vil dermed tiltrække alle mulige tilflytninger til medlemsstaten.

²⁸¹ Baird, 1994 s. 37

Alle ovenstående værdier er en simplificering af virkeligheden, da en medlemsstat næppe vil formode at ”tage” hele markedet udelukkende med afsæt i lovgivningen. Modsætningsvis, kan det heller ikke udelukkes, at en medlemsstat vil formode at få enkelte tilflytning, blot fordi dens lovgivning anses for værende mindst attraktiv. Det er på baggrund af ovenstående forudsætninger muligt at opstille spillet i matrix-form:

		MS Y	
		S(1) Passivitet	S(2) Konkurrence
MS X	S(1) Passivitet	4,4	0,8
	S(2) Konkurrence	8,0	4,4

Model 1: Egen tilvirkning

3.11.3 Spillets løsning

Matrixen indeholder fire mulige udfald af spillet og de mulige payoff for agenterne er som følgende:

$$(MS X, MS Y)$$

På baggrund af ovenstående matrix kan agenternes præferencer opstilles som følgende:

$$MS X: ((S(2), S(1)) > (S(1), S(1)) = (S(2), S(2)) < (S(1), S(2)))$$

$$MS Y: ((S(1), S(2)) > (S(1), S(1)) = (S(2), S(2)) < (S(2), S(1)))$$

Spillets søges løst ved at udføre en *best response test*.²⁸² Denne test benyttes til at udlede spillets ligevægt. I det tilfælde hvor spillets løses ved hjælp af denne metode, så undersøger man MS X's bedste strategi ud fra en betragtning af hvilken strategi MS Y vælger og omvendt.

²⁸² Baird, 1994 s. 22-23 og Christensen, 2016 s. 345

Hvis MS Y vælger strategi (1) og dermed udviser passivitet, så vil MS X vælge at konkurrere, da $8 > 4$, såfremt MS Y vælger strategi (2) og dermed konkurrerer, så vil MS X stadig vælge at konkurrere, da $4 > 0$. Dette vil sige, at strategi (2) udgør en dominerende strategi²⁸³ for MS X og dermed vil MS X altid få det størst mulige payoff ved at konkurrere uagtet MS Y strategivalg.²⁸⁴

Det er nu påvist, at MS X altid vil vælge strategi (2) uagtet MS Y's valg af strategi. Det betyder, at det udelukkende er dette scenarie, der behøves undersøgt. MS X vælger dermed strategi (2), og da $0 < 4$ så vil MS Y ligeledes vælge at konkurrere. Spillet er dog symmetrisk, hvilket imidlertid betyder, at hvis MS X har dominerende strategi i at konkurrere, så vil MS Y ligeledes have samme dominerende strategi.

På baggrund af ovenstående, kan det udledes at Nash-ligevægten findes i punktet (S(2),S(2)). En Nash-ligevægt betegner et sæt af strategier, hvor ingen af spillerne har incitament til at afvige eller vælge en anden strategi givet den anden spillers strategi.²⁸⁵

3.11.4 Betragtninger til spillet

Det virker, ved en hurtig indskydelse, som om at udfaldet S(1), S(1) ligeledes kunne udgøre en ligevægt, da det indeholder de samme payoffs som S(2),S(2), hvorfor spillerne ville vurdere deres nytte ens uagtet hvilket af disse udfald spillet måtte have. Det er imidlertid ikke tilfældet. Begrundelsen herfor er, at ingen af spillerne har incitament til at udvise passivitet ved at vælge S(2), da begge spillere har dominerende strategi i at konkurrere. Man kunne godt forestille sig et andet udfald, såfremt man introducerede mulighed for kommunikation mellem spillerne, hvor de kunne aftale at udarbejde en mindre attraktiv lovgivning og dele markedet ligeligt. Kommunikation er imidlertid ikke muligt, hvorfor dette scenarie ikke kan anses som realistisk. Denne forudsætning kan dog ændres i tilfælde med fuld harmonisering. I det tilfælde ville både MS X og MS Y være tvunget til at udvise passivitet og bevare lovgivningen. Dette ville ligeledes reducere de omkostninger som er forbundet med at udforme en ny attraktiv lovgivning.

Såfremt spillets forudsætninger bevarer, vil spillerne ikke udvise passivitet, da frygten for at modspilleren vil konkurrere, og spilleren på den måde vil få et payoff på 0, resulterer i at begge spillere konkurrere.

I ovenstående udfald tages der ikke højde for de omkostninger, der findes ved udarbejdelsen af en ny lovgivning. Denne simplificering af virkeligheden fjernes for at introducere et spil hvor der tages højde for administrative omkostninger til udformning af ny lovgivning.

²⁸³ Christensen, 2016 s. 345

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Baird, 1994 s. 22

3.11.5 Spillet nye forudsætninger og løsning

I nedenstående matrix introduceres administrative omkostninger, mens de resterende forudsætninger bevarer. Det søges nu at udlede, hvorvidt omkostningerne medfører en ny fortrukken strategi for MS X og MS Y.

De administrative omkostningerne findes i de tilfælde, hvor en medlemsstat skal konstruere og udforme en ny lovgivning. Dette vil medføre en reduktion af de mulige payoffs som findes ved strategi (1). Ved passivitet findes ingen yderligere omkostninger, da medlemsstaterne ikke skal ændre deres nuværende lovgivning. Dette illustreres i nedenstående matrix.

		MS Y	
		S(1) Passivitet	S(2) Konkurrence
M S X	S(1) Passivitet	4,4	0,(8-1)
	S(2) Konkurrence	(8-1),0	(4-1),(4-1)

Model 2: Egen tilvirkning

Spillet søges igen løst ved en *best response test*.²⁸⁶

Hvis MS Y vælger strategi (1) og forholder sig passivt, så vil MS X vælge at konkurrere, da $(8 - 1) > 4$, såfremt MS Y vælger strategi (2) og dermed konkurrerer, så vil MS X stadig vælge at konkurrere, da $(4 - 1) > 0$. Dette vil sige, at strategi (2) igen udgør en dominerende strategi²⁸⁷ for MS X og dermed vil MS X altid få det størst mulige payoff ved at konkurrere uagtet MS Y strategivalg.²⁸⁸

²⁸⁶ Baird, 1994 s. 22-23 og Christensen, 2016 s. 345

²⁸⁷ Christensen, 2016 s. 345

²⁸⁸ Ibid.

Det er igen påvist, at MS X har dominerende strategi i at konkurrere. Det vil nu udledes, om samme er gældende for MS Y. Det er bevist, at MS X vælger at konkurrere, hvorfor det udelukkende er denne der undersøges. MS X vælger dermed strategi (2), og da $0 < (4 - 1)$ så vil MS Y ligeledes vælge at konkurrere. Udfaldet af spillet er dermed ens med ovenstående, hvorfor Nash-ligevægten er uændret. Medlemsstaterne vil dermed ligeledes vælge at interagere i konkurrencen på trods af øgede omkostninger forbundet hermed.

3.11.5.1 Betragtninger til spillet

Det bemærkes imidlertid, at ovenstående spil har karakter af et *Prisoners Dilemma*.²⁸⁹ Et sådant spil er bestående af to spillere, der besidder to strategier henholdsvis (1) at tie og samarbejde eller (2) at forråde.²⁹⁰ Der er tale om strategisk rationalitet, hvorfor spillernes strategivalg afhænger af forventninger til den anden spillers strategivalg.²⁹¹ Der er fuld information og dermed kender begge spillere både modspillerens og egen payoff ved hvert muligt udfald. I et *Prisoners Dilemma* vil begge spillere have dominerende strategi i at forråde den modspilleren. Dette skyldes, at frygten for at modspilleren og dermed er Nash-ligevægten i det udfald hvor begge spillere forråder.²⁹²

Konsekvensen heraf er, at der er tale om en situation, hvor de individuelle spillere altid har incitament til at vælge en strategi, der skaber et mindre optimalt udfald end hvad der ellers var muligt.²⁹³ Dette ses i lyset af, at både MS X og MS Y ville få et højere payoff såfremt begge spillere have valgt at udvise passivitet. Dette kan imidlertid ikke udgøre en ligevægt, da begge spillere har dominerende strategi i at konkurrere.

Det kan med afsæt i ovenstående udledes, at medlemsstaterne umiddelbart vil vælge at indgå i konkurrencen, på trods af et bedre udfald potentielt var muligt. Der er på denne baggrund belæg for at antage, at *Regulatory competition* kan opstå i EU, hvor en *Race to the bottom* tilstand vil kunne opstå, såfremt at medlemsstaterne udelukkende konkurrerede ud fra en lavest mulig selskabssats.

3.11.6 Betragtninger til økonomisk analyse

Når selskaber konkurrerer mod hinanden, er det essentielt at kunne differentiere sig fra konkurrenten for at omfavne størst mulig del af efterspørgslen. I denne henseende er lovgivningen anskuet som et produkt, som bliver udbudt af medlemsstaterne og efterspurgt af selskaberne. Det er dermed i medlemsstaternes interesse at udforme et produkt, som imødekommer selskabernes præferencer, for netop at maksimere egen nytte. Som

²⁸⁹ Baird, 1994 s. 33-35

²⁹⁰ Dutta, 1999: 11

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Baird, 1994 s. 33-35

følge af, at medlemsstaterne differentierer sig fra hinanden, kan det, alt andet end lige, medføre flere huller i lovgivningen, som potentielt kan give selskaber større mulighed for at spekulere og planlægge skatteforhold.

3.12 Delkonklusion

Det kan med afsæt i det økonomiske kapitels første del udledes, at økonomiske agenter altid søger at profitmaksimere. Skat betragtes som en markant omkostning for selskaber, hvorfor det er en oplagt mulighed at søge at reducere disse.

Det blev endvidere konkluderet, at Skat har en negativ indvirkning på markedet, uagtet om der indføres en stykskat eller salgsskat ligesom, at dødvægtstabet ej heller afhænger af, hvem der bærer skattebyrden. Det konstateres, at markedet ikke er efficient, så længe at ressourcefordelingen kan optimeres. Dette scenarie vil gælde i alle tilfælde, hvor forbrugerens villighed til at betale findes højere end selskabernes villighed til at sælge. Det konkluderes endvidere, at dødsvægtstabet ikke ville genereres såfremt at markedet ikke indeholdte skat.

Det kan med afsæt i den første økonomiske del konkluderes, at efficiente skattesystemer opstår som følge af fuld harmonisering. Dette kan dels optræde som skattefrie markeder eller ved *Lump-sum* beskatning, hvor alle selskaber pålægges samme skat uagtet selskabets størrelse mv.

Det konkluderes yderligere, at et fuldt harmoniseret skatteområde ligeledes vil forhindre selskabernes mulighed for at udnytte de differentierede skattesystemer til egen fordel.

Selskaber har incitament til at skatteplanlægge såfremt gevinsterne heraf vurderes større. Det blev udledt, at selskaber søger at minimere deres effektive skattesats, for dermed at generere en højere netto indtjening som i sidste ende vil resultere i en højere EPS, som givetvis er den måde hvor selskaber maksimere egen nytte. Der er ikke tale om et fuldt harmoniseret område, hvorfor selskaberne har mulighed for at konstruere forhold som minimerer deres effektive skattesats, som det blev illustreret i afhandlingens afsnit XX.

Det konkluderes endvidere, at forudsætningerne for *regulatory competition* eller lovgivningsmæssig konkurrence er til stede i markedet, hvorfor denne konkurrenceform potentielt kan opstå. Dette bunder i, at både selskaberne og medlemsstaterne har incitament til at indgå i konkurrencen. Dette kan medvirke fænomenet *treaty shopping*, hvor selskaberne vil tilflytte den medlemsstat de vurderer mest attraktiv.

I den økonomiske analyses andet afsnit blev det igennem en spilteoretisk analyse konkluderet, at medlemsstaterne rent faktisk vil konkurrere med hinanden om mulige tilflytninger. Årsagen hertil er, at

medlemsstaterne havde en dominerende strategi i at konkurrere, hvorfor Nash-ligevægte fandtes i punkt, hvor begge medlemsstater konkurrerede.

Det kan overordnet konkluderes, at som følge af, at skatteområdet ikke er fuld harmoniseret, så vil medlemsstater indgå i en konkurrence, for at vinde markedet, ligesom selskaberne vil forsøge at skabe gunstige forhold med afsæt i forskellene i medlemsstaternes lovgivninger.

Kapitel 4 – integreret analyse

4.1 Introduktion

Den integrerede analyse vil først undersøge om de retspolitiske målsætninger i skatteretten afspejles i den nuværende lovgivning, da dette muliggør udledning af hvor optimering kan dannes. Det vil herefter søges belyst, hvorvidt en yderligere integrering af CSR kan medføre til at den samlede velfærd optimeres og givetvis om selskaberne har incitament til dette. Indledningsvist vil de retspolitiske målsætninger og hensyn i skatteretten introduceres for at udlede om den nuværende retstilstand lever op til disse.

4.2 Skatterettens retspolitiske målsætninger

4.2.1 Begrebet retfærdighed

Begrundelsen for at staten kan opkræve skatter bunder i, at de indtægter det offentligt oppebærer ikke er tilstrækkelige til at dække de offentlige udgifter.²⁹⁴ Det er dog i alle tider blevet betragtet som værende rimeligt, at staten opkræver tvangsbidrag i form af skat til at dække fællesopgaverne i samfundet.²⁹⁵ Derudover, er skat en effektiv måde til at adfærdsregulere og fordele midler fra en befolkningsgruppe til en anden.²⁹⁶ I litteraturen er der enighed om, at et af de bagvedliggende grundprincipper i skatteretten er, at fordelingen af skattebyrden skal ske retfærdigvis.²⁹⁷ Der findes imidlertid ikke en endegyldig og alment accepteret definition af retfærdighedsbegrebet. I denne forbindelse kan man inddrage en analyse af Adam Smith, *The Wealth of Nations*²⁹⁸, hvor han bidrog med hvad han forstod ved retfærdig beskatning. Siden dette bidrag er der udviklet to grundlæggende teorier, herunder ækvivalensteorien og skatteevnesteorien. Disse bliver i litteraturen ligeledes refereret til som *Benefit taxation* og *ability-to-pay approach*.²⁹⁹ Omdrejningspunktet for den første, er, at der skal være en sammenhæng mellem de fordele en skatteyder nyder af staten og skatteyderens eget bidrag,

²⁹⁴ Michelsen m. fl., 2015. s. 49

²⁹⁵ ibid. s. 49

²⁹⁶ Dyppel, 2012. s. 292

²⁹⁷ Michelsen m. fl., 2015. s. 53

²⁹⁸ Smith, 2012, kapitel 1-2

²⁹⁹ Schmidt, Tfs 2015. s. 1656

hvilket betyder, at en borger skal betale den skat svarende de til goder, som han modtager fra samfundet.³⁰⁰ I skatteevneteorien eller *ability-to-pay approach* er det centrale, at fordelingen af skattebyrden skal ske med afsæt i en sammenhæng mellem de egentlige skattebetaling og skatteyderens betalingsevne.³⁰¹ Ud fra et socialpolitisk synspunkt, kan der tvivles på retfærdigheden i ækvivalensteorien eller *Benefit taxation*, da den forudsætter, at de svageste i samfundet, der som regel modtager de største goder fra samfundet, ville ende med at skulle bære den største del af skattebyrden.³⁰² Ud fra dette synspunkt synes skatteevneteorien mere retfærdig grundet den progressive fordeling.

4.2.2 Skatterettens grundprincipper: Neutralitet og universalitet

De retspolitiske målsætninger vedrører indholdet i de materielle skatter og den sammenhæng reglerne fungerer i.³⁰³ I en beskatningsrelation er der konsensus i litteraturen, om at der stræbes efter at opnå et universelt skattesystem, hvor substituerende forhold omfattes en neutral beskatning.³⁰⁴ På denne baggrund findes det essentielt at anse neutralitet og universalitet som de retspolitiske målsætninger og hensyn som lovgivningen skal leve op til. Med afsæt i dette, vil vurderingen af LL § § 3, stk.1 og 2 inddrage disse samt hensyn til skatteyderes retssikkerhed.

Det bemærkes, at hverken neutralitet eller universalitet har en fastlagt juridisk eller økonomisk definition,³⁰⁵ hvorfor det findes væsentligt først at afdække begrebernes indhold. Begrebet universalitet udgøres af en tilvejebringelse mellem retssikkerhed og forudsigelighed, hvilket medfører at et universelt skattesystem ikke må indeholde usikkerheder om kvalifikationen af behandlingen af hverken retssubjektet eller objekter.³⁰⁶ I en vurdering af hvorvidt skattesystemet kan kvalificeres som værende universelt skal det overvejes om de opfylder de væsentlige retsprincipper om forudsigelighed, og at skatteyderen dermed har mulighed for at forudsige udfaldet gennem en analyse af retskilderne.³⁰⁷ Begrebet neutralitet i en skattemæssig kontekst indebærer, at ensartede dispositioner skal underlægges en neutral skatteretlig behandling.³⁰⁸ Der skal dermed findes dels konsistens og dels symmetri i den juridiske behandling af substituerende dispositioner.

³⁰⁰ Michelsen m. fl., 2015. s. 53 & Schmidt, TfS 2015. s. 1656

³⁰¹ Michelsen m. fl., 2015. s. 54 & Schmidt, TfS 2015. s. 1656

³⁰² Michelsen m. fl., 2015. s. 54

³⁰³ Dyppel, 2012. s. 292

³⁰⁴ Ibid s. 293

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ ibid

³⁰⁸ ibid. s. 294

I denne afhandling vil begrebet neutralitet henvises til, at skattesubjekter med homogene forhold bliver omfattet af en symmetrisk beskatning.³⁰⁹ Det vil sige, at symmetrien skal kunne udledes, såfremt at der er tale om ensartet skatteretlige dispositioner. I afhandlingens tidligere eksempel med en hjemtingsflytning, vil det medføre at selskaber med samme kvalifikation skal underlægges den samme beskatning, såfremt dispositionen er ens og dermed muliggør udledningen af en given retsfølge.

På baggrund af ovenstående, kan det udledes, at universalitet er et udtryk for skattesubjektets forudsigelighed, hvor neutralitet omfatter den skatteretlige behandling.

4.2.3 Retssikkerhed

I en vurdering af de bagvedliggende retspolitiske målsætning og hensyn kan man næppe komme udenom retssikkerheden.

Retssikkerhedsbegrebet kan anskues ud fra en materiel og formel vinkel.³¹⁰ Den materielle del omfatter et krav om at forvaltningens afgørelser er undergivet et krav om lovmæssighed således at alle afgørelser skal have hjemmel, og omfatter ligeledes et krav om, at alle afgørelser ikke må stride mod legalitetsprincippet.³¹¹ I en dansk skatteretlig kontekst er det relevant at inddrage GRL § 43, som yderligere påskriver, at *ingen skat kan pålægges, forandre eller ophæves uden ved lov; ej heller kan noget mandskab udskrives eller noget statslån optages uden ifølge lov*. En skatteretlig afgørelse skal dermed have hjemmel før den er legitim og opfylder kravet om retssikkerhed. Derudover må afgørelser ej heller stride mod almindelige retsprincipper og grundsætninger såsom lighedsgrundsætningen og proportionalitetsprincippet.³¹²

Retssikkerhed kan ligeledes anskues ud fra en formel vinkel, hvor retssubjektet får stillet garanti for den processuelle del af den administrative sagsbehandling, herunder habilitetsreglerne, kompetence, høringer m.v.³¹³

I en skatteretlig kontekst findes retssikkerheden særdeles vigtigt, da beskatning anskues som et udtryk for statsmagts indgriben i borgernes forhold og vil tilmed være det, næst efter straf, som udgør det stærkeste indgreb i borgernes ejendomsret og økonomiske frihed.³¹⁴

³⁰⁹ *ibid* s. 294

³¹⁰ Bundgaard m.f., 2015. s. 26

³¹¹ *Ibid* s. 27

³¹² *Ibid* s. 27

³¹³ *Ibid* s. 27

³¹⁴ Bundgaard m.f., 2015. s. 28

4.3 komparativ vurdering af de retspolitiske målsætninger og retstilstanden

Det vil med afsæt i ovenstående vurdering af retspolitiske målsætninger og hensyn forsøges udledt hvorvidt retstilstanden er i overensstemmelse hermed. LL § 3, stk. 1 og 2 medfører flere fortolkningsvanskeligheder, særlig med afsæt i manglende vejledning fra skattemyndighederne. Nedenstående vil behandle de problemstillinger som er vurderet indeholder den største mangel af de retspolitiske målsætninger.³¹⁵

4.3.1 Retfærdighedsbegrebet i overensstemmelse med LL § 3, stk. 1 og 2

Der findes flere elementer i LL § 3, stk. 1 og 2 som kun i overvejende grad lever op til de retspolitiske målsætninger og hensyn, og hvor universalitet, neutralitet og retssikkerhed dermed kun i nogen grad opnås.

Den første problemstilling vedrører behandlingen af bevisførelsen i dansk administrativt praksis. Det konkluderes, at de danske skattemyndigheder kun i ringe grad har løftet denne korrekt og ansvarligt. Dette ses i lyset af, at LL § 3, stk. 1 og 2 indeholder fem kumulative betingelser som skal være overholdt såfremt bestemmelsen kan finde anvendelse og et arrangement kan tilsidesættes som følge heraf. Dette var blandt andet tilfældet i Sag SKM 2017.333.SR, hvor det udelukkende var bestemmelsens subjektive test i form af konstateringen af en skattefordel som blev behandlet. Skattemyndighederne har modtaget utallige fortolkningsmæssige spørgsmål vedrørende bestemmelsen, imidlertid har Skatteministeren besvaret disse med, at der skal foretages konkrete vurderinger.

De ovenfor beskrevne forhold leder op til flere problematikker i forhold til de retspolitiske hensyn. Først medfører en manglende korrekt processuel behandling en vis usikkerhed for skattesubjektet. Dette kommer dels til udtryk ved at skatteyderen ikke kommer i besiddelse af de bagvedliggende argumenter som fører til en given retsfølge, hvilket reducerer graden af neutralitet og universalitet. Reduceringen skyldes, at skattesubjektet ikke får en tilstrækkelig grad af forudsigelighed, da sammenligningsgrundlaget fjernes, hvis skattemyndighederne ikke bidrager med nok materiale til fortolkning. Skattemyndighederne har dermed en ugenomsigtighed i deres behandling. Det fører ikke direkte til en reducere af neutralitet, da det ikke er givet at to dispositioner ikke behandles symmetrisk, men mangel af argumentation og materiale gør det vanskeligt for skattesubjektet at udlede hvorvidt afgørelser besidder neutralitet.

Det mærkes endvidere, at graden af den formelle retsusikkerhed øges som følge af, at de skatteretlige myndigheder ikke udfører en korrekt brug af juridisk metode, såfremt ikke alle kumulative betingelser

³¹⁵ Det anerkendes, at der findes flere problematikker ved GAAR'en end de nedenstående behandlede

behandles. Såfremt at skattemyndigheder mener, at det er tilstrækkeligt at udlede en skattefordel, så burde dette lede op til en diskussion om hvorvidt betingelserne egentligt bør være kumulative.³¹⁶

Endvidere lægger GAAR'ens fortolkningsvanskeligheder op til diskussion hvorvidt de retspolitiske målsætninger overholdes. Det er her væsentligt at inddrage ordlyden af bestemmelsen samt konstatere at en mangel på vejledning medfører en markant reducere af skattesubjekternes forudberegnelighed. Bestemmelsen efterlever dermed skattesubjektet med en *"Hellere fejle, end ikke at have prøvet"* tilgang, hvilket dels kan resultere i en større administrativ byrde for de skatteretlige myndigheder, men ligeledes en høj grad af beføjelse til samme myndigheder, hvor det bliver svært for skattesubjekter at argumentere mod en afgørelse. Dette var imidlertid også tilfældet i ovenstående behandling af dansk administrativ praksis, hvor det fandtes svært at argumentere for velbegrundede kommercielle årsager.³¹⁷

Det kan med afsæt i ovenstående samt den juridiske analyse udledes, at GAAR'en er så omfangsrig, kompleks og uklar, at skatteydernes mulighed for at forudberegne en skatteretlig dispositions retsfølge er blevet kraftigt reduceret. Overordnet set indikerer ovenstående en klart større hensynstagen til forhindringen af misbrug end hensyntagen til skatteydernes retssikkerhed, hvilket nok har taget en drejning som findes svært at sympatisere med.

4.4 Skattekonkurrence og retfærdighed

Lovgivningen skal sikre, at staten indkasserer en vis største af skatteprovenu. Det blev tidligere udledt, at medlemsstaterne vil indgå i en skattekonkurrence, hvilket vil åbne op for selskabers mulighed, for dels aggressiv og dels legitim skatteplanlægning for at minimere deres respektive effektive skattesats. Skattekonkurrence vil medføre, at lovgivningens udformning i højere grad vil afspejle selskabernes præferencer for dermed at øges deres investeringsincitament.³¹⁸ I forlængelse heraf må det konstateres, at lovgivning primært tilgodeser selskaberne, da muligheden for at reducere den effektive skattesats øges. Dette vil alt andet end lige medføre en mere skæv fordeling af bidraget til skatteprovenuet i form af høj indkomstskat og lav selskabsskat. Dette illustreres blandt andet i fordelingen af skatteprovenuet i Danmark, hvor kun 6,5 % af det samlede skatteprovenu udgøres af selskabsskat.³¹⁹

Den ovenstående urimelige fordeling har imidlertid fanget offentlighedens søgelys. Det kommer blandt andet til udtryk i medierne, da flere større multinationale koncerner har formodet at skatteplanlægge i en sådan grad

³¹⁶ Denne diskussion behandles ikke yderligere i afhandlingen.

³¹⁷ Se afhandlingens afsnit 2.7

³¹⁸ Schmidt, Tfs 2015. s. 1658

³¹⁹ Danmarks statistik, 2020. S. 31

at de opnår en meget lav effektiv skattesats, hvilket var tilfældet i Google, som formodede at udnytte lovgivningen i et omfang som resulterede i en effektiv skattesats på 2,2 % på trods for USA's skattesats er 35%.³²⁰ Et nyere eksempel er vaccineproducenten Moderna som formodes at gøre brug af *Delaware effekten*³²¹, ved blandt andet at rykke immaterielle aktiver, herunder patenter, til Delaware, hvor disse ifølge statens lovgivning, betragtes som skattefrie.³²² I tillæg hertil, har offentligheden lagt et pres på selskabernes ageren og skattestrategi.³²³ Dette ses i lyset af, at flere selskaber er blevet stemplet i den offentlige debat som værende uetiske og amoralske, selvom de i princippet overholder ordlyden i lovgivningen. Dette synes tilsyneladende ikke tilstrækkeligt og det kræves at selskaberne skal bidrage med en retfærdig skat til staten.

Det konstateres, at ovenstående fordelingen af skatteprovenuet ikke er i overensstemmelse retfærdighedsbegrebet, da selskaberne alt andet end lige må kunne bære en større del af skattebyrden, hvorfor den nuværende fordeling ikke lever på til kravet i skatteevneteorien eller *ability-to-pay approach*.³²⁴ På denne baggrund findes det ikke besynderligt, at mediebevågenheden har sat fokus på selskabers skattebetaling, da det antageligvis ikke anses som at opfylde lighedsprincippet når selskaber slipper afsted med så lave effektive skattesatser, som eksempelvis var tilfældet ved Google, da de alt andet end lige må være i stand til at oppebære en større del af puljen.

4.4 CSR som mulig løsning

4.4.1 Introduktion

Det kan udledes, at GAAR'en medfører stor usikkerhed og fortolkningsmæssige udfordringer for både selskaberne og for medlemsstaterne. I forlængelse heraf konstateres en mangel af vejledning til at udlede hvorvidt givne dispositioner ville kunne opfattes af den særdeles brede og uklare bestemmelse, og dermed karakteriseret som værende aggressiv skatteplanlægning eller legitim skatteplanlægning. Uagtet skatteplanlægnings karakter, så skaber et ikke-harmoniseret skatteområde i EU en grobund for udnyttelse for lovgivningen. Hvilket skaber fundamentet for skatteplanlægning, da selskaber som følge heraf vil spekulere og udnytte lovgivningens fordele for at omkostningsminimere.

Det leder op til en diskussion om selskaber bør inddrage CSR overvejelser ved udformningen af deres respektive skattestrategier, og om hvorvidt integreringen af CSR kan medføre forretningsmæssige fordele som vil kunne overstige den potentielle gevinst ved skatteplanlægning. I givetvis opstår spørgsmålet om, man ved

³²⁰ Schmidt, 2020. s. 294

³²¹ Se afsnit 3.9

³²² SOMO undersøgelse – se litteraturliste

³²³ Schmidt, 2020. s. 305

³²⁴ Se afsnit 4.2.1

hjælp af managementdisciplinen CSR, kan skabe et incitament for selskaberne, således at de ikke udnytter lovgivningens huller.

4.4.2 Sammenkoblingen mellem CSR og skat

CSR beskriver overordnet selskabers sociale ansvar. Et selskabs sociale ansvar er deres bidrag til en bæredygtig udvikling. Selskabernes adfærd skal således ikke udelukkende sikre en høj EPS, løn til medarbejdere og tjenesteydelser og produkter, men de skal ligeledes afhjælpe samfundsmæssige bekymringer og udfordringer.³²⁵ I litteraturen forbindes CSR ofte med et frivillighedsbegreb, som medfører, at CSR ligeledes henviser til selskabets forpligtelser, der rækker ud over den rent økonomiske og juridiske forpligtelser.³²⁶

I en skatteretlig kontekst, er det i litteraturen anført, at CSR henviser til de forventninger samfundet har til selskaberne.³²⁷ Det sociale ansvar begrundes ud fra en moralsk betragtning, hvor selskaberne har fået en såkaldt *licence to operate* af samfundet, og at dermed skal tilbagebetale i form af CSR herunder skat.³²⁸ Udviklingen af CSR-disciplinen har bevæget sig mere generelt fra at beskæftige sig med sociale og moralske forpligtelser til nu også at indeholde adfærdsmæssig og strategimæssige elementer.³²⁹ I en sammenkobling af retfærdighedsbegrebet og CSR, kan der udledes en samfundsmæssig forventning om, at selskaber skal bidrage med en retfærdig skat til fællesskabet. I de tilfælde, hvor samfundet vurderer, at et selskab har bidraget ansvarligt og retfærdigt vil det medføre en optimering af selskabets omdømme. Et sådant bidrag vil medføre en optimering i selskabets omdømme som potentielt kan medføre en gevinst som findes større end den gevinst som findes ved skatteplanlægning.

4.4.4 Incitament til at integrere CSR i skattestrategi

Det findes med afsæt i ovenstående essentielt at udlede hvorvidt selskaber har incitament til at integrere CSR i deres respektive skattestrategi. I neoklassisk teori betragtes selskaber som værende nyttemaksimerende, hvilket betyder, at de skal vægte fordelene ved CSR højere end en potentielt gevinst ved aggressiv skatteplanlægning for, at de har incitament til at integrere CSR.

I de situationer hvor et selskab vælger at integrere CSR i deres skattepolitik kan det både skyldes moralske og etiske årsager, men der forekommer ligeledes rent forretningsmæssige og profitable bevæggrunde. Disse

³²⁵ OECD definition – se litteraturliste

³²⁶ Schmidt, Tfs 2015. s. 1659

³²⁷ Ibid

³²⁸ Ibid

³²⁹ Ibid

kommer særligt til udtryk ved at observere selskabets omdømme og risici forbundet hermed.³³⁰ Et negativ omdømme kan medføre store økonomiske konsekvenser for et selskab og i værste fald resultere i et forbrugerboykot.³³¹ Et sådant tilfælde vil reducere selskabets omsætning og i sidste ende EPS, hvilket betyder selskabet ikke kan overholde sit formål med at skabe værdi for aktionærkredsen. I de tilfælde hvor mediesøgelyset omtaler et selskabs aggressive skatteplanlægning og eventuelle konflikter med skattemyndigheder, vil det ligeledes skabe en situation hvor selskabets omdømme påvirkes kritisabelt.³³² Et negativt omdømme kan dermed dels resultere i *reputational risk* og dels i *cash flow risk*.³³³

Det må dog vurderes, at nogle former for selskaber i højere grad kan overleve i markedet på trods af negativ omdømme. Selskaber som udbyder produkter eller en tjenesteydelse som har mange substitutter kan i mindre grad overleve negativ omtale og omdømme, hvilket skyldes at forbrugerne vil skifte produktet ud til fordel for et andet. Hvorimod et selskab som udbyder produkter med få substitutter i højere grad kan overleve dårlige omtale, da forbrugeren ikke kan undvære produktet. Dette ses eksempelvis ved medicinproducenter, hvilket dog lægger op til diskussionen hvorvidt disse selskaber har et større etisk ansvar.³³⁴ På denne baggrund kan det udledes, at der må være visse former for selskaber som er bedre i stand til at overleve på markedet og dermed har en større risikovillighed.

Det bør endvidere udledes, at en integrering af CSR også handler om at opbygge værdi for virksomheden, hvilket transparens og gennemsigtighed potentielt kan medvirke til.³³⁵ I de tilfælde, hvor forbrugerne anser selskaberne for at være socialt ansvarlige og har en holdning af at selskaberne betaler en retfærdig og rimelig skat, vil det ligeledes tiltrække forbrugerne i et omfang hvor omsætningen givetvis kan øges. Dette gælder ligeledes for interessegrupper, som ligeledes vil have en større tilbøjelighed til at investere i selskaber såfremt de vurderer social ansvarlighed.³³⁶

Det kan på baggrund af ovenstående samlet set, udledes, at der findes valide forretningsmæssige bevægegrunde for at integrere CSR tankegange ved udformning af deres respektive skattestrategier.

³³⁰ Ibid

³³¹ Ibid

³³² Schmidt, Tfs 2015. s. 1659

³³³ Ibid

³³⁴ Denne diskussion behandles ikke yderligere i afhandlingen.

³³⁵ Schmidt, Tfs 2015. s. 1659

³³⁶ Ibid

4.4.4.1 Potentiel effekt af CSR integrering

Med afsæt i ovenstående kan der opstilles et scenarie, hvori selskaber skal træffe en beslutning hvorvidt de vil inkorporere CSR disciplinen i deres skatteretlige overvejelser eller ej. Et potentielt udfald af dette kan udlede i, at flere og flere selskaber vil indføre CSR overvejelser og dermed føre en mere transparens og gennemsigtig skattestrategi, hvilket man særligt kan forestille sig vil gøre sig gældende såfremt selskaberne udbyder produkter eller tjenesteydelser med mange substitutter.

Ovenstående leder op til en forestilling, hvor CSR disciplinen potentielt kunne starte en såkaldt *domino-effekt*. Dette begrundes ud fra, at hvis et selskaber benytter sig af en gennemsigtig skattestrategi, hvoraf der forekommer en gevinst, så vil flere og flere selskaber observere dette og efterligne. De resterende selskaber som på trods af effekten ikke underlægger sig presset og udformer en gennemsigtig skattestrategi, må udgøre en indikator for skatteplanlægning. Det begrundes ud fra en betragtning om, at de må have vurderet gevinsterne højere herved end en gennemsigtig skattepolitik. Denne adfærd må alt andet end lige kunne fange befolkningen og mediernes søgelys, hvorfor det ikke er svært at forestille sig en situation, hvor de skatteretlige myndigheder ligeledes må besidde en formodning for potentielt skatteplanlægning.

Det kan ud fra ovenstående sammenfattes, at CSR potentielt kan hindre skatteplanlægning i en overvejende grad, såfremt selskaberne vurderer potentielle gevinster højere ved udformning af en transparent lovgivning. Dette må formodes, at udspille sig da potentielle omkostninger ved en retssag og et negativ omdømme kan have markante konsekvenserne for selskaberne og deres værdiskabelse.

I et scenarie hvor flere selskaber udformer deres skattestrategi med udgangspunkt i et retfærdighedsprincip og social ansvarlighed, må det medvirke til at selskaber i mindre grad vil skatteplanlægge og spekulere i lovgivningen på en urimelig måde som eksempelvis var tilfælde ved Moderna og Google. Dette må i sidste ende bevirke en mere rimelig fordeling af skattebyrde, hvor der i højere grad leves op til skatteevneteorien. Det kan med afsæt i dette udledes, at den samlede velfærd vil optimeres, og at CSR kan benyttes som et adfærdsregulerende middel til dette.

4.5 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at GAAR'en kun i ringe grad lever op til de retspolitiske målsætninger: neutralitet, universalitet og retssikkerhed. Dette bunder i, at skattemyndighederne kun i mindre grad fører den korrekte, juridiske bevisførelse og dels grundet bestemmelsen brede og uklare ordlyd. Skatteyderen får ej heller meget

hjælp af fortolkningsbidrag eller vejledning hertil, hvilket ligeledes udgør en forudsætning som næppe lever op til de retspolitiske hensyn.

Samlet set, så tyder det på en klart større hensyntagen til bekæmpelse af misbrug i skatteretten end hensyntagen til skatteydernes forudberegnelighed og retssikkerhed.

Det blev vurderet, at CSR kan benyttes som et adfærdsregulerende middel for at opnå selskabskultur, hvor der i højere grad vægtes en transparent og gennemsigtig skattestrategi. Det kan med afsæt heri konkluderes, at særligt nogle selskaber vil opnå højere gevinster, i form af færre risici og et bedre omdømme, ved at føre en sådant skattestrategi. Herefter kan det konkluderes, at der potentielt vil udspilles en såkaldt *dominoeffekt*, hvor flere selskaber vil udvise samme adfærd. Det kan på denne baggrund endeligt konkluderes, at CSR tiltag kan medvirke til at den samlede velfærd optimeres.

Kapitel 5 – Konklusion

Afhandlingens formål har været at udlede gældende ret i henhold til LL § 3, stk. 1 og 2 samt de fortolkningsvanskeligheder som bestemmelsen giver anledning til. I forlængelse heraf, har formålet ligeledes været at undersøge hvordan medlemsstater vil sammensætte selskabslovgivning i et ikke-harmoniseret skatteområde samt de forbundne velfærdsmæssige implikationer. Med udgangspunkt i dette, har det synes relevant at udlede hvorvidt de skatteretlige retspolitiske målsætninger og hensyn afspejler sig i den nuværende retstilstand samt muligheden for at bruge andre discipliner til at optimere velfærden herunder managementdisciplinen CSR.

Med afsæt i afhandlingens juridiske kapitel kan gældende ret for GAAR'en i LL § 3, stk. 1 og 2 udledes samt i hvilke omfang skatteydere vil kunne forvente at blive nægte skattefordele. Det blev indledningsvist konkluderet, at anvendelsesområdet er blevet væsentligt udvidet i takt med implementering af Lovforslag L 28 A. Det udvidet anvendelsesområde afspejler sig i både det subjektive og objektive anvendelsesområde, hvor bestemmelsen nu er gældende i rent nationale dispositioner og nu omfatter hele skatteretten til forskel fra tidligere, hvor det udelukkende var fordele efter direktiverne MDD, RRD og FSD. Det blev ligeledes konkluderet, at bestemmelsen materielle del ikke er ændret hvorfor ældre retspraksis kan benyttes som fortolkningsbidrag.

Næst i analysen af gældende ret, blev bestemmelsen fem kumulative betingelser behandlet. Den første betingelse rummer et krav om, at der skal være tale om et arrangement. Det blev konkluderet, at begrebet skal fortolkes bredt og det stort set er umuligt at konstruere noget som ikke anses som værende et arrangement. Et arrangement kan således udgøres af *en transaktion, en plan, en handling, en operation, en aftale, en forståelse,*

et løfte eller et tilsagn. Det kan ligeledes konkluderes, at der heller ej findes et krav om, at arrangementet skal være retsgyldigt.

Den anden betingelser rummer et krav om arrangementets hovedmål. Det kan konkluderes, at det er tilstrækkeligt hvis det blot er ét af hovedformålene er at opnå en skattefordel. Bestemmelsen lægger dermed ikke op til en sodring mellem bi- og hovedformål.

Den tredje betingelser udgør et krav om, at arrangementet skal medføre en skattefordel. Det kan konkluderes, at der skal foretages en komparativ vurdering af det skatteretlige udfald såfremt arrangementet gennemføres eller ej. Hvis denne vurdering medfører en konstaterbar fordel som kan opgøres i kroner vil der være tale om en skattefordel. Det kan yderligere konkluderes ved inddragelse af *Zwijnenburg C-352/08*, at det ikke nødvendigvis er et udtryk for misbrug, hvis et selskab vælger det mest skattemæssige gunstige middel til at opnå et givent mål.

Den fjerde betingelse udgør et krav om, at arrangement ikke må virke mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret. Det konkluderes, at betingelsen tilsigter både formålet bag hele den indkomstbaseret skatteret og dels den enkelte danske regel som anvendes. Betingelsen ligger yderligere op til en sondring mellem hensigt og formål, og det udledes, at det arrangement kan være i overensstemmelse med det tilsigtede formål, men stride mod reglens hensigt. Det konkluderes sidst, at der i dansk administrativt praksis vægtes formålet og indholdet af den konkrete danske regel som anvendes.

Den sidste betingelse i LL 3, stk. 1 er, at arrangementer skal være reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Det konkluderes, at denne betingelse rummer det såkaldte realitetskrav som afspejler den EU-retlige misbrugsdoktrin. Det konkluderes endvidere ved en komparativ vurdering, at begreberne kunstig og realitet skal fortolkes synonymt, og dermed udgør realitetskravet et krav om økonomisk realitet og substans.

Den juridiske analyse søger herefter at inddrage EUD praksis i analysen af gældende ret. Det konkluderes, at EUD's misbrugsvurdering indeholder en overvejelse af en given dispositions hensigt, inddragelse af proportionalitetsprincippet samt en realitetsvurdering. Endvidere udledes det, at et fiktivt forretningssted typisk vil være en formodning for misbrug. Endvidere inddrages misbrugsvurderingen i en skatteretlig kontekst, hvor det kan konkluderes med afsæt i *Emsland-Stärke*, at en skatteyder kan miste sine rettigheder som følger af EU-retten, såfremt at skatteyderen konstruerer en disposition, som udgør misbrug ud fra en undersøgelse af subjektive, objektive og procesretlige elementer. De objektive elementer omhandler hvorvidt omstændighederne er kunstigt konstrueret, de subjektive omhandler hvorvidt en given fordel er opnået og den procesretlige omhandler bevisførelsen. Inddragelsen af *Cadbury Schweppes* bekræfter vurderingen af de subjektive og objektive elementer. Yderligere tilføjer dommen et væsentligt bidrag til en begrebsfastsættelse

af realitetsbegrebet, da den stadfæster at dispositioner uden økonomisk aktivitet og har formål i at undgå specifikke skyldige skatter vil udgøre et kunstigt arrangement og dermed misbrug. Sidst tilføjer dommen et krav om, at de objektive elementer skal efterprøves af en tredjemand, hvor der skal tages stilling til den fysiske eksistens af lokaler, personale og udstyr.

Analysen inddrager herefter dansk administrativ praksis, hvor det kan udledes at denne praksis i høj grad afspejler den EU-retlige misbrugsvurdering. Endvidere konkluderes det, at de danske skattemyndigheder ikke udfører en korrekt juridisk bevisførelse i form af behandling af alle fem kumulative betingelser. De vægter, betingelsen hvorvidt en skattefordel er opnået, højest. Efter konstateringen af en skattefordel, pålægges skatteyderne at løfte bevis for, at der er tale om velbegrundende kommercielle årsager. Det kan konkluderes, at denne findes svært at løfte, da der i dansk praksis ses særdeles høje krav til dokumentation samt en ny dimission i form af et geografisk tilknytningsforhold i den subjektive test.

I medhør af ovenstående kan det endeligt konkluderes, at en så bred og uklar bestemmelse medfører flere fortolkningsvanskeligheder, som går ud over skatteydernes retssikkerhed særligt med afsæt i mangel af vejledning til fortolkning.

På baggrund af den økonomiske analyse og med afsæt i den neoklassiske teori, kan det konkluderes, at økonomiske agenter altid søger at optimere egen nytte og profitmaksimere. Et selskabs profit er givet ved $\pi = R - C$, hvilket betyder at jo færre omkostninger desto højere profit, hvorfor minimering af skatteomkostninger må udgøre en væsentligt fremgangsmetode til at profitmaksimere.

Endvidere, kan det konkluderes, at det er uagtet om der indføres en stykskat eller salgsskat, da disse begge har en negativ indvirkning på markedet. Ligesom det er uagtet om det er forbrugere eller selskaber som bærer skattebyrden, da alle scenarier medfører, at der udbydes færre varer til højere priser, hvorfor dette har en negativ påvirkning af den samlede velfærd. Det kan yderligere konkluderes, at skat medfører et dødvægtstab, hvilket reducerer både forbruger- og producentoverskuddet, hvor der ikke sker en optimal ressourceallokering, hvorfor der opstår et egentligt tab i den samlede velfærd.

Endvidere konkluderes det, at efficiente skattesystemer opstår som følge af fuld harmonisering. Dette kan ske med afsæt i enten *lump sum beskating*, hvor alle selskaber pålægges ens skat uagtet selskabets størrelse endvidere kan det opstå i et markedet som slet ikke indeholder skat. Det udledes yderligere, at et fuld harmonisering af skattesystemer vil hindre selskaber i at udnytte de differentierede skattesystemer til egen fordel. Selskabers motivation for skatteplanlægning bunder i, at de vurderer gevinsten eller profitten højere end alternativet. Selskabers motivation ses i lyset af et ønske om at minimere deres respektive effektive skattesats for at øge deres nettoformue. Dette vil i sidste ende medføre at selskaberne lever op til deres formål om at skabe værdi for aktionærkredsen ved at øge deres EPS.

Herefter introduceres *regulatory competition* som er et udtryk for lovgivningsmæssig konkurrence. Konkurrencen bunder i, at medlemsstaterne søger at udforme og udbyde den mest attraktive lovgivning for at tiltrække potentielle investeringer i landet, hvilket vil resultere i fænomenet *treaty shopping*. Det konkluderes, at forudsætninger for *regulatory competition* findes i det indre markedet, da markedet ikke indeholder hindringer samt medlemsstaterne og selskaber har potentiel og aktuel adgang til markedet. Dette kommer til udtryk ved at medlemsstaterne har juridisk frihed til at udforme egen lovgivning og selskaberne har mobilitet i form af retten til fri etablering, jf. TEUF art. 49. Det kan konkluderes, med afsæt i en vurdering af både udbudssiden og efterspørgselssiden, at både selskaberne og medlemsstaterne vil have incitament til at indgå i konkurrencen.

I den økonomiske analyse blev der præsenteret et spil i form af en matrix med afsæt heri, kan det konkluderes, at begge medlemslande har incitament til at indgå i konkurrence. Dette er begrundet i, at begge medlemsstaterne har dominerende strategi i at konkurrere, hvorfor spillets Nash-ligevægt fandtes i punktet, hvor begge spillere konkurrerer. I dette udfald har ingen af spillerne incitament til at afvige og vælge en anden strategi givet strategivalget af modspilleren. Herefter bliver administrative omkostninger introduceret i spillet, hvilket medfører en reducere af de mulige payoff som findes ved strategien, hvor medlemsstaten konkurrerer. På trods af en ændring i spillets forudsætninger vil medlemsstaterne ligeledes vælge at interagere i konkurrencen. Sidst konkluderes det, at et bedre udfald potentielt var muligt, men grundet dominerende strategi vil dette ikke være en realistisk ligevægt. Det konkluderes, at der findes belæg for *Regulatory competition*, hvor en *Race to the bottom* konkurrence vil opstå.

Det kan med afsæt i ovenstående konkluderes, at et ikke harmoniseret skatteområde påvirker medlemsstaterne til at indgå i en skattekonkurrence som mere synes at tilgode selskabernes ønske på trods af den samlede velfærd.

I det integrerede kapitel lægger afhandlingen op til en vurdering af hvorvidt LL § 3, stk. 1 og 2 er i overensstemmelse med retspolitiske målsætninger og hensyn. Til brug i denne vurdering fandtes det essentielt at fastlægge omfanget af begrebet retfærdighed. Det kan konkluderes, at der i begrebsudviklingen er opstået to grundlæggende teorier herunder ækvivalensteorien og skatteevneteorien, hvor førstnævnte udleder, at der skal være en vis sammenhæng mellem de fordele en skatteyder modtager fra staten og skatteyderens bidrag. Skatteevneteorien dækker over, at der skal være sammenhæng mellem skatteyderens egentlige skattebetaling og betalingsevne.

Det blev vurderet, at nogle af de væsentlige målsætninger udgøres af henholdsvis neutralitet, universalitet og retssikkerhed. Begrebet universalitet dækker en tilvejebringelse mellem retssikkerhed og forudsigelighed og begrebet neutralitet indebærer, at ensartet dispositioner skal underlægges en neutral skatteretlig behandling. Retssikkerhedsbegrebet kan anskues ud fra en materiel og formel vinkel, hvor den materielle del omfatter lovmæssighedskrav i form af et hjemmelskrav, hvorimod den formelle del indeholder et krav om processuelt garanti for skatteyderen. Det kan med afsæt i disse begreber, konkluderes at LL § 3, stk. 1 og 2 kun i nogen omfang lever op til de retspolitiske målsætninger, hvilket særligt kommer til udtryk i de danske myndigheder bevisførelse. Dette kommer ligeledes til udtryk i LL § 3, stk. 1 og 2 uklare og brede ordlyd, hvor der ikke findes meget vejledning og fortolkningsbidrag. Dette vil medføre en markant reducere af skatteydernes forudberegnelighed. Dette indikerer en klart større fokus på bekæmpelse af misbrug af skatteretten end hensyntagen til skatteydernes retssikkerhed.

Det kan endeligt konkluderes, at CSR kan benyttes til i nogen grad at optimere den samlede velfærd. Dette kommer til udtryk, da CSR kan bruges som et adfærdsregulerende middel for at opnå selskabskultur, hvor en transparent og gennemsigtig skattestrategi foretrækkes. Argumentationen herfor, udgøres at nogle selskaber vil opnå højere gevinster, i form af færre risici og et bedre omdømme, ved at føre en sådan strategi. Dette kan bidrage til, at selskaberne maksimerer egen nytte samtidig med en ønskelig effekt i samfundets velfærd. Herefter kan det konkluderes, at ovenstående potentielt kan resultere i en dominoeffekt, hvor flere selskaber vil udforme en lovgivning som er baseret på gennemsigtighed og transparens. Det kan på denne baggrund endeligt konkluderes, at en øget social ansvarlighed med afsæt i CSR kan medvirke til at den samlede velfærd optimeres.

Litteraturliste

Regulering

National regulering

Lov 1953-06-05, nr. 169 Danmarks Riges Grundlov (Grundloven), med efterfølgende ændringer

Lovbekendtgørelse 2021-04-20, nr. 700 om beskatning af fonde og visse foreninger (fondsbeskatningsloven)

Lovbekendtgørelse 2021-08-17, nr. 1735 om påligningen af indkomstskat til staten (ligningsloven)

Lovbekendtgørelse 2021-04-28, nr. 824, Kildeskatteloven

Lovbekendtgørelse 2021-02-22, nr. 251, Selskabsskatteloven

Lovbekendtgørelse 2020-05-13, nr. 635, Skatteforvaltningsloven

EU-regulering

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

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 (FSD)

Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (MMD)

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

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, TEUF, af 13. december 2007 (TEUF)

Traktaten om Den Europæiske Union, TEU, af 13. december 2007 (TEU)

Lovforarbejder

L 28 A Forslag til lov om ændring af selskabsskatteoven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love – Høringsnotat og høringssvar fra skatteministeren - 2018/19 L 28 A (2018/19 L 28 A)

Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv af 28. Januar 2016, 2016/

Retspraksis

EU-praksis

EU:C:1964:66 / Sag 6-64 – Costa mod ENEL

EU:C:2012:33 / Sag C-282/10 – Dominguez-dommen,

EU:C:2011:718 / Sag C-126/10 – Foggia

EU:C:2010:282 / Sag C-352/08 – Modehuis A. Zwijnenburg BV

EU:C:2010:282 / Sag C-352/08 – Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott den 16. juli 2009.

EU:C:1974:131 / C-33/74 – Van Binsbergen

EU:C:1975:162 / C-39/75 – Coenen

EU:C:2000:695 / C-110/99 – Emsland-Sträke

EU:C:2006:544 / C-196/04 – Cadbury Schweppes

EU:C:2006:278 / C-196/04 – Forslag til afgørelse i Cadbury Schweppes

Dansk praksis

SKM2019.349.SR

SKM2020.521.SR

SKM 2017.333.SR

SKM.2018.466SR

Rapporter og vejledninger

- Danmarks Statistik, 2020: *Skatter og afgifter – oversigt 2020*. (Danmarks statistik, 2020)
- Den juridiske vejledning, 2015 – 2 C.I.I
- Den juridiske vejledning - A.C.2.1.1.1 De forvaltningsretlige grundsætninger indhold
- OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit shifting, 2013, OECD publishing.(OECD,2013)

- Kommissionens Henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU)

Litteratur

Baird, Douglas, G., Gertner, Robert H. & Picker, Randal C., 1994: *Game theory and the Law*, Harvar University Press, 1 udgave. (Baird, 1994)

Birkmose, Hanne Søndergaard, 2004: *Konkurrence mellem retssystemer – Delaware effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, Forlaget Thomsen A/S, 1 udgave (Birkmose, 2014)

Bundgaard, Jakob, Ramsdahl Jensen, Dennis og Winther-Sørensen, Niels m.fl. (red), 2015: juridisk festschrift: *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, København. (Bundgaard m.fl., 2015)

Anvendte kapitler:

Bundgaard, Jakob : *Internationale omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECD's Principal purpose Test som bestanddele af dansk skatteret*

Ravn, Jakob: Erhvervslivets perspektiv på omgåelse, herunder diskussionen om fair beskatning.

Jensen, Dennis Ramsdahl: *Misbrugsprincippet – djævlén i skyggerne*

Cabral, Luís M. B. 2000: *Introduction to Industrial Organisation*. The Mit Press, 1st edition (Cabral, 2000)

Christensen, Leslie & Rasmussen, J Helmer, 2016: *"Microeconomics second edition"*, Pearson, 2 udgave. (Christensen, 2016)

Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games - theory and practice*. The Mit Press, 1st edition (Dutta, 1999)

Dyppel, K. J. 2012: *Beskatning af derivater - en analyse af dansk skatteret*. Copenhagen Business School, Ph.d. Serie Nr.13.2012 (Dyppel, 2012)

Eide, Erling & Stavag, Endre, 2018: *Rettsøkonomi*. Cappelen Damm Akademisk, 2. udgave (Eide, 2018)

Knudsen, Christian, 1994: *Økonomisk metodologi – bind 1*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2 udgave. (Knudsen, 1994)

Knudsen, Christian, 1997: *Økonomisk metodologi – bind 2*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2 udgave. (Knudsen, 1997)

Michelsen, Aage, Askholt, Steen m. fl., 2017: *Lærebog om indkomstskat*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 17 udgave. (Michelsen, 2017)

Michelsen, Aage, Laursen, Anders Nørggard & Dalgas, Anja Svendgaard, 2017: *International Skatteret*, Karnov Group, 4 udgave (Michelsen, Nørggard & Dalgas, 2017)

Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2016: EU RET, Karnov Group, 7 udgave 2016. (Neergaard, 2016)

Ross, Alf, 1953: *Om Ret og Retfærdighed*, Reitzels Forlag (Ross, 1953)

Schmidt, Peter Koerver, Tell, Michael og Weber, Katja Dyppel, 2020: *International skatteret – i et dansk perspektiv*, Corit Academic Book Series, 2 udgave. (Schmidt m.fl., 2020)

Tvarnø, Christina & Nielsen, Ruth, 2017: *Retskilder og Retsteorier*, Jurist og Økonomforbundets forlag, 5. udgave. (Tvarnø, 2017)

Tvarnø, Christina & Denta, Sarah Maria, 2015 : *Få styr på metoden*, Ex Tuto Publishing, 1 udgave. (Tvarnø, 2015)

Artikler

- Debelva, Filip og Luts, Joris, 2015: *The general Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, (Debelva, 2015)
- Bundgaard, Jakob, 2018: *Den generelle omgåelsesklausul efter implementeringen af skatteunddragelsesdirektivet*, SU 2018,173 (Bundgaard, SU 2018,173)
- Bundgaard, Jakob, Kjærsgaard, Louise Fjord og Aarup, Lars Bo, 2017: *Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul - en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen*, SU 2017/09 (Bundgaard, SU 2017/09)
- Bjare, Peter Rose og Sønderholm, Søren *Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3* 2019, SR.2019.110 (Bjare, SR.2019.110)
- Sachdeva, Amit, 2010: *Regulatory competition in European company Law*. Boston: Springer US (Sachdeva,2010)
- Schmidt, Peter Koerver, Bundgaard, Jakob & Tell, Michael, 2019: *Implementering af skatteunddragelsesdirektivet(ATAD) i dansk ret* SR.2019.0053, (Schmidt, SR.2019.0053)
- Schmidt, Peter Koerver, 2015: *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS 2015, 238. (Schmidt, TfS 2015,)
- Bundgaard, Jakob, Kjærsgaard, Louise Fjord & Tell, Michael, 2018: *Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 Ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR*, SU 2018, 172 (Bundgaard, SU 2018,172) f
- Wilson, John Doulgas, 2016: *Theories of Tax competition*, published by National Tax Journal vol. 52. (Wilson, 2016)

Hjemmesider

- Skattestyrelsens hjemmeside, https://www.skm.dk/skattetal/statistik/arkiv/selskabsskattesatser-i-eu-landene/?fbclid=IwAR1JleMzBeGewEAXr5bTOaWQUEOZFXV-HVPUCxTCsQfIDTf3BoQq_d5Vw (besøgt d. 10. september) Tabel 1a og tabel 1b.
(Skattestyrelsens hjemmeside, tabel 1a og tabel 1b.)

SOMO – undersøgelse af Modernas placering af aktiver i skattelylande - <https://www.somo.nl/moderna-vaccine-profits-channelled-to-tax-havens/> - senest besøgt 13. september 2021