

## Den generelle omgåelsesklausul efter implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet

♦ Den 20. december 2018 vedtog Folketinget lovforslag L 28 A, jf. lov nr. 1726 af 27. december 2018, der bl.a. har til formål at implementere dele af det såkaldte *Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)* i dansk ret. Direktivet, der på dansk benævnes *skatteundgåelsesdirektivet*, har som konsekvens, at Danmark har været nødsaget til at justere en række af de allerede eksisterende værnsregler samt introducere en generel omgåelsesklausul. I denne artikel analyseres den generelle omgåelsesklausul i LL § 3.

*Jakob Bundgaard, Ph.D., Managing director, CORIT Advisory, professor, Aalborg Universitet, adjungeret professor, Aarhus Universitet.*

### Indledning

Skatteundgåelsesdirektivet udgør et forsøg på en koordineret EU-tilgang til anbefalingerne i OECD's BEPS-projekt, og hovedformålet med reglerne i direktivet er at imødegå visse typer af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse, der negativt påvirker det indre marked, med henblik på at sikre, at selskaber kommer til at betale skat dér, hvor indkomsten genereres.(1) Direktivet er udtryk for minimumsregulering, idet direktivet ikke skal forhindre anvendelsen af nationale eller aftalebaserede regler, der har til hensigt at sikre en højere grad af beskyttelse af de nationale skattebaser.(2)

Skatteundgåelsesdirektivet er en udløber af den fempunktsplan, som Kommissionen offentliggjorde i juni 2015 og udgør en del af Kommissionens såkaldte *Anti-Tax Avoidance Package*.(3) Kernen i direktivet består af specifikke værnsregler (*specific anti-avoidance rules – SAARs*) om rentefradragsbegrænsning, exit-beskatning, CFC-beskatning og hybride mismatch samt en generel regel om bekæmpelse af misbrug (*general anti-abuse rule – GAAR*). I dansk ret findes der allerede sådanne værnsregler, og i lovforslaget foreslås de gældende regler justeret og i visse tilfælde suppleret med direktivets regler.(4)

Foreliggende artikel behandler udelukkende den generelle omgåelsesklausul i LL § 3(5).

### Baggrund for omgåelsesklausulen

Med henblik på at etablere så finmasket et net som muligt til hindring af skatteundgåelse indeholder ATA-direktivet tillige en generel værnsregel, dvs. en såkaldt GAAR (General Anti Abuse Rule), jf. art. 6. Bestemmelsen skal supplere de øvrige specifikke bestemmelser og skal finde anvendelse, hvor de specifikke regler ikke finder anvendelse(6). Denne generelle omgåelsesklausul har et potentielt bredt anvendelsesområde, som går videre, end de grænser EU-domstolen hidtil har opstillet, og indeholder derfor betydelige usikkerheder(7).

Hidtil har der ikke eksisteret nogen lovfæstet omgåelses- eller misbrugsklausul (og omgåelse og misbrug er ikke helt klare begreber, der kan afgrænses over for hinanden).(8) Hertil kommer, at det hidtil har været den almindelige antagelse i dansk skatteretlig litteratur, at der ej heller findes en domstolsskabt egentlig omgåelsesklausul. Særligt i lyset af TfS 1998, 99 H og TfS 1998, 199 H er spørgsmålet dog blevet rejst, om Højesteret accepterer en generel omgåelsesklausul.(9) I bemærkningerne til L 28 fremhæver Skatteministeriet, at SKM 2016.16 H TAKS formentlig som en ny tendens inden for bekæmpelse af misbrug. Dette er nu tredje gang, at Skatteministeriet fremdrager denne dom som udtryk for en

ændring af hidtidig praksis, for så vidt angår misbrug. En sådan læsning af dommen synes at være alt for vidtgående, idet det blandt andet skal inddrages, at dommen materielt vedrørte færøsk ret.

Derimod har det ikke skortet på retspraksis, som anvender realitetsbetragtninger. I pkt. 4. til bemærkningerne til LL § 3 (L 28) er det herom anført, at beskatningen efter dansk (rets)praksis sker efter, der er foretaget en bedømmelse af, hvad der faktisk er sket. Det betyder, at tomme og kunstige skattebetingede dispositioner kan tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i forhold til den modstående realitet. Dette udlægges således, at dansk skatteret grundlæggende er helt på linje med internationalt gældende principper om "substance over form". Hertil kommer, at en række konstruktioner kan imødegås med betragtninger om rette indkomstmodtager. Uanset tvivl om den præcise rækkevidde af ovenstående synes det i dansk retspraksis at være noget, der er forbeholdt de få og mere vidtgående tilfælde, og det er usikkert, om de arrangementer, der omfattes af de internationale omgåelses- og misbrugsklausuler, ville være tilsidesat efter hidtil gældende praksis.

Uanset, at vi nu har fået en lovfæstet generel omgåelsesklausul, synes hidtidig retspraksis fortsat at være relevant med i de situationer, som falder uden for GAAR'en(10). Det er dog yderst uklart, hvilke situationer (om nogen) der ikke vil være omfattet af GAAR'en, men som kan blive tilsidesat af den domstolsskabte misbrugsdoktrin. Det er særligt relevant at overveje, hvorledes samspillet bliver i de situationer, hvor der findes specifik værnslovgivning. Her har Højesteret hidtil statueret, at skatteyder kan indrette sig i tillid til, at en given disposition næppe bliver underkendt, hvis det vedrører et forhold, som der er lovgivet specifikt om, men hvor den særlige værnslovgivning ikke omfatter den konkrete situation. I lyset af den nye LL § 3, er det forventningen, at dette udgangspunkt kan blive udfordret.

ATA-direktivets art. 6 er ganske kort. Den danske implementering er sket i form af en nyaffattelse af LL § 3. Den tidligere PSD GAAR ophæves, og ATAD GAAR indsættes i stedet. Dog bibeholdes den danske PPT i LL § 3. I det væsentlige er bestemmelsen identisk med den tidligere PSD GAAR, dog med de justeringer der følger af det bredere anvendelsesområde for ATAD GAAR. Den danske implementering svarer til ordlyden af artikel 6 i ATAD. Ordlyden af den nye bestemmelse er herefter følgende:

#### LL § 3

*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 reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

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

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

Stk. 5. Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

Stk. 6. Stk. 1-4 har forrang i forhold til stk. 5 ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU.

Stk. 7. Told- og skatteforvaltningen skal forelægge sager om anvendelse af stk. 1-5 for Skatterådet til afgørelse. Fristerne i skatteforvaltningslovens § 26, stk. 1, 2. pkt. og § 27, stk. 2, 2. pkt., for foretagelse eller ændring af ansættelser, der er en direkte følge af anvendelsen af stk. 1-5, forlænges med 1 måned og anses for brudt ved told- og skatteforvaltningens fremsendelse til Skatterådet og den skattepligtige af indstilling til afgørelse.

Det følgende fokuserer alene på de nye dele af LL § 3 i form af ATAD GAAR(11).

## Retsfølge

Konsekvensen, hvis bestemmelsen finder anvendelse, er, at skattepligtige selskaber og foreninger m.v. ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, hvis betingelserne herfor er opfyldt(12). Det følger endvidere, at GAAR'en kan medføre en bortseelse fra specifikke trin eller dele af et arrangement, uden at øvrige trin eller dele af et arrangement berøres(13).

Når et arrangement er tilsidesat, opstår følgelig spørgsmålet, hvad der skal træde i stedet. Direktivet henviser til national ret. I LL § 3, stk. 3, er dette implementeret således, at indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal foretages på baggrund af det reelle arrangement eller serie af arrangementer, hvis der ses bort fra arrangementer eller serier af arrangementer. Det er højest uklart, hvad det reelle arrangement udgør og dermed, hvad det af skatteyderen valgte arrangement skal erstattes med(14).

I forarbejderne angives ganske få retningslinjer.

I forarbejderne anføres dog, at en beskatning sker på baggrund af det reelle arrangement eller serie af arrangementer, som eksempelvis kan være, at anvendelsen påvirker, hvem der i realiteten modtager en betaling, hvad der modtages eller på hvilket tidspunkt betalingen modtages(15).

Høringsskemaet p. 9 indeholder den undtagelse, at er der tale om et uretmæssigt opnået rentefradrag eller en kunstig konvertering af et skattepligtigt udbytte til en skattefri gevinst, vil konsekvensen

være, at der skal ses bort fra netop den konkrete, uretmæssigt opnåede fordel, i.e. nægtelse af fradrag eller beskatning af det udbytte, der reelt er udloddet(16).

Ordlyden nævner, at der skal ses bort fra arrangementet ved "indkomstopgørelsen og skatteberegningen". I forhold til begrænset skattepligtige kan det spørges, om beskatningen af sådanne kan siges at være omfattet af ordlyden, på trods af, at det klart er angivet, at bestemmelsen finder anvendelse for begrænset skattepligtige. Baggrunden herfor er, at i hvert tilfælde for så vidt angår selskaber, som er begrænset skattepligtige af renteindtægter, har Højesteret fastslået, at der ikke foretages en ansættelse af indkomstskat(17). Skatteministeren ser dog ikke denne praksis som en hindring for anvendelse af LL § 3(18).

## Retsfaktum

I det store hele er retsfaktum i den nye GAAR identisk med den hidtidige internationale GAAR i LL § 3.

Det geografiske anvendelsesområde er dog ændret, ved at bestemmelsen fremover gælder for nationale danske forhold.

Hertil kommer, at bestemmelsens subjektive anvendelsesområde er ændret, således at denne fremover omfatter selskaber omfattet af SEL §§ 1 og 2 og fonde og foreninger omfattet af FBL § 1. Dette omfatter fuldt og begrænset skattepligtige selskaber, foreninger og fonde m.v. Således gælder bestemmelsen også for udenlandske selskaber mv., som har fast driftssted i Danmark eller som er begrænset skattepligtige af udbytte-, rente- eller royaltymbetalinger. Endvidere er det eksplicit fremhævet, at bestemmelsen gælder for udenlandske selskaber, der deltager i en international sambeskatning eller som er omfattet af CFC-reglerne(19). Hertil kommer, at GAAR'en finder anvendelse for kulbrintebeskattede selskaber, herunder såvel ved selskabsbeskatningen som efter særreglerne i kulbrintebeskatningsloven(20).

Som en yderligere klar udvidelse er indsat ovennævnte stk. 4, hvoraf det fremgår, at bestemmelsen også finder anvendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serierne af arrangementer, når deltagerne er skattepligtige omfattet af KSL §§ 1 eller 2 (dvs. fysiske personer) eller dødsboskatteloven. Det er således en forudsætning, at der i et givent arrangement deltager såvel juridiske personer som fysiske personer, førend LL § 3 finder anvendelse(21). Danmark har på dette punkt således valgt en udvidelse i forhold ATAD. Baggrunden herfor angives således: "Omgåelsesklausulen bør finde tilsvarende anvendelse på fysiske personer for at sikre symmetri i misbrugssituationer. Hvis et arrangement, hvor der deltager både juridiske og fysiske personer, vurderes at være ikke reelt og dermed misbrug af gældende skatteret, vil det være uhensigtsmæssigt at underkende den skattemæssige virkning over for arrangementets juridiske personer, samtidig med at man opretholder fordelene over for arrangementets fysiske personer."(22).

Der er ikke tiltænkt nogen materiel ændring i misbrugsvurderingen i forhold til den hidtidige bestemmelse(23).

Af såvel artikel 6 som af ligningslovens § 3, stk. 1, kan der udledes følgende fem kumulative betingelser, som belyses nærmere nedenfor:(24)

Der skal være tale om:

- (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.

Arrangementer eller serier af arrangementer betragtes som værende ikke reelle i det omfang, de ikke er tilrettelagt af velbegravede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

#### Ad. 1. Arrangementer eller serier af arrangementer

Der er næppe nogen tvivl om, at vendingen 'ethvert arrangement eller enhver transaktion' skal fortolkes bredt og således omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om de er retsgyldige eller ej.(25) Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstkabelsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation. Et arrangement kan endvidere omfatte flere trin eller dele.

#### Ad. 2. Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene

Denne betingelse kan anskues som det subjektive element i omgængelsesklausulen. En umiddelbar læsning fører til, at det ikke kræves, at det eneste formål er at opnå en skattefordel. Endda kræves det ikke engang, at der er tale om, at skattefordelen udgør et "dominant", "principal", "essential" eller "main purpose". I stedet synes det tilstrækkeligt, at blot et af hovedformålene er at opnå en skattefordel.(26) Der findes desværre ikke på nuværende tidspunkt nogen retningslinjer til brug for afgrænsningen mellem hovedformål og biformal.(27) Denne betingelse synes således at være let at opfylde for skatteforvaltningen(28).

#### Ad. 3. At opnå en skattefordel

I praksis er dette kriterium centralt, idet det lader til, at det er heri, skatteforvaltningen tager sit udgangspunkt for at konstatere, om der foreligger et misbrug. Her skal der særligt sikres en balance i, at en skattebesparelse ikke automatisk udtrykker noget ikke-reelt.

Kriteriet omfatter også formentlig tillige minoritetsaktionærer, som ikke selv har været vidende om en involvering i et omfattet skattemisbrug.

Der findes ikke vejledning til kriteriet. Som bekendt findes der ikke egentlige bemærkninger til EU-direktiver. Selvom der næppe kan hentes direkte fortolkningsbidrag i Kommissionens Henstilling om Aggressiv Skatteplanlægning, kan der dog hentes et vist bidrag i dette arbejde, idet Henstillingen ligger til grund for PSD GAAR'en, og idet PSD GAAR'en er identisk med ATAD GAAR'en.(29) Heri angives følgende:

*"4.7. In determining whether an arrangement or series of arrangements has led to a tax benefit as referred to in point 4.2, national authorities are invited to compare the amount of tax due by a taxpayer, having regard to those arrangement(s), with the amount that the same taxpayer would owe under the same circumstances in the absence of the arrangement(s). In that context, it is useful to consider whether one or more of the following situations occur:*

- (g) An amount is not included in the tax base;*
- (h) The taxpayer benefits from a deduction;*
- (i) A loss for tax purposes is incurred;*
- (j) No withholding tax is due;*
- (k) Foreign tax is offset."*

Inden for området for EU-direktiverne må denne betingelse sigte til de fordele, der følger af direktiverne. I øvrigt må der kunne sluttes parallelt med EU-domstolens dom i Sag C-352/08 Zwijnenberg, hvorefter skattebesparelsen skal vedrøre de skatter, der er omfattet af de omhandlede direktiver. Skatteministeren har

udtalt, at i en specifik dansk kontekst kan den hidtidige omgængelsesklausul alene finde anvendelse, i det omfang en fordel opnås i Danmark. Situationer, hvor et direktiv anvendes til at opnå fordele i et andet land, er således ikke omfattet.(30) Tilsvarende må gøre sig gældende med den nyaffattede GAAR:

#### Ad 4. Som virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten

Denne betingelse kan anskues som den objektive test i omgængelsesklausulen, hvilket synes at være inspireret af den traditionelle vurdering fra EU-domstolen vedrørende misbrugstilfælde.(31) Ved denne vurdering skal det således undersøges, om et givet resultat virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten.

Skatteforvaltningen skal fortsat foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurderingen af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug i strid med formålet og hensigten med skatteretten. I lyset af det bredere anvendelsesområde til at gælde hele indkomstsatteretten henvises der nu til formålet med skatteretten som helhed. Dette er selvsagt noget diffust. I bemærkningerne angives det om denne vurdering, at der herved vil skulle inddrages både *formål med den enkelte bestemmelse og de overordnede principper, som skattereglerne er baseret på*(32). Det kunne tillige hævdes, at formålet skal forstås i lyset af de overordnede formål med ATAD, herunder at lade beskatningen ske, hvor værdien skabes(33).

De som følger skatteretten tæt, vil vide, at dansk skatteret kun i begrænset omfang er så teoretisk og principforankret, som i visse andre lande. Man kunne ligefrem fristes til at sige, at dele af dansk indkomstsatteret er indrettet ud fra en vis principløshed baseret på politisk opportunisme. Dette gælder vel navnlig inden for udlandsskatteretten. Dermed kan det blive vanskeligt at fremvise konkrete principper til brug for fortolkningen af LL § 3, og det er således en risiko, at det absolut væsentligste hensyn i skatteretten, nemlig provenuindbringelsen, kan påberåbes. Dermed vil ethvert arrangement, som reducerer skatteprovenu i forhold til andre mulige fremgangsmåder potentielt være i farezonen i forhold til LL § 3. Der findes dog visse områder, hvor et vist adfærdsregulerende formål kan fremvises, men det er ikke altid, at det meget konkret kan dokumenteres, hvilket konkret formål en given regel skal tilsikre.

Skatteministeren har oplyst, at ved "formål" vil naturligt forstås det udtrykkelige formål, som en bestemt skatteregel har, jf. bestemmelsens forarbejder. Endvidere udtaler Skatteministeren, at der vil kunne være tilfælde, hvor indrømmelse af en skattefordel kan hævdes ikke at ville "virke mod" det udtrykkelige formål bag reglen, men hvor det er mere naturligt at udtrykke det således, at skattefordelen vil virke mod reglens hensigt(34). Sådanne brede udtalelser er vel det, man kalder præventiv retsuskikkerhed, og det kan bestemte overvejes, om dette er acceptabelt i en EU-retlig kontekst.

Skatteministeren er blevet anmodet om at bekræfte, at "formålet og hensigten med skatteretten" skal fortolkes som formålet og hensigten med den danske regel, som konkret anvendes.(35)

Det er uafklaret, om GAAR'en tillige omfatter arrangementer, der er i strid med formålet og hensigten med selve ATA-direktivet. Idet direktivet skal implementeres i national ret, er dette formentlig tilfældet.

## Ad 5. Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder

Det sidste krav er, at arrangementet under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder skal anses som værende ikke reelt. I medfør af LL § 3, stk. 2, afgøres realiteten i et arrangement ved en vurdering af, om de enkelte trin eller dele af et arrangement er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed.

Et sådant realitetskrav er ukendt i den EU-retlige begrebsverden. I stedet har begrebet "kunstig" ("artificial") hidtil spillet en betydelig rolle.(36)

Ved vurderingen af, om et arrangement er reelt, skal tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede concerns forhold. Det tilkendegives klart, at skatteminimering ikke anses som en velbegrundet kommerciel årsag(37). På den anden side er opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier heller ikke i sig selv et udtryk for misbrug af reglerne.(38) Der er tale om en vanskelig balance mellem det overordnede hensyn til at modvirke misbrug, men således, at virksomhedernes mulighed for at indrette deres forhold og strukturer som dette er formuleret i præambelens præmis 11: "*Generelle regler om bekæmpelse af misbrug har således til formål at dække huller og bør ikke påvirke anvendelsen af specifikke regler om bekæmpelse af misbrug. Inden for Unionen bør generelle regler om bekæmpelse af misbrug anvendes ved arrangementer, der ikke er reelle; derudover bør skattesubjektet have ret til at vælge den skattemæssigt mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet.*"(39).

Til realitetskravet kan der måske også hentes inspiration i Kommissionens Henstilling om Aggressiv Skatteplanlægning med følgende(40):

*"4.4. For the purposes of point 4.2 an arrangement or a series of arrangements is artificial where it lacks commercial substance. In determining whether the arrangement or series of arrangements is artificial, national authorities are invited to consider, whether they involve one or more of the following situations:*

*(a) the legal characterisation of the individual steps, which an arrangement consists of, is inconsistent with the legal substance of the arrangement as a whole;*

*(b) the arrangement or series of arrangements is carried out in a manner which would not ordinarily be employed in what is expected to be a reasonable business conduct;*

*(c) the arrangement or series of arrangements includes elements which have the effect of offsetting or cancelling each other;*

*(d) transactions concluded are circular in nature;*

*(e) the arrangement or series of arrangements results in a significant tax benefit but this is not reflected in the business risks undertaken by the taxpayer or its cash flows;*

*(f) the expected pre-tax profit is insignificant in comparison to the amount of the expected tax benefit.*

Skatteministeren har udtalt, at vendingerne i LL § 3 i nogen grad er inspireret af EU-domstolspraksis.

Ud over dette findes der ikke egentlige fortolkningsbidrag til forståelsen af bestemmelsens realitetskrav. Ordlyden kunne indebære substance-over form-lignende betragtninger, som kendes fra mange medlemsstaters interne retssystemer. Det er således en mulighed, at skattemyndighederne vil fortolke betingelsen i overensstemmelse med den retspraksis, der måtte findes internt i deres respektive medlemsstater.

Den konkrete betydning af kriteriet er selvsagt vanskelig at vurdere. I lyset af ovenstående synes kriteriet dog ikke at være effektivt, hvis det anvendes i en snæver forståelse i overensstemmelse med den hidtidige realitetsgrundsætning.(41)

Det er også nødvendigt at minde om den overordnede målsætning bag GAAR'en, hvor det også gælder, at skatteyderen skal kunne indrette sig mest muligt efficient (jf. præambelens præmis 11).

## Kobling til den EU-retlige misbrugsdoktrin?

Som nævnt, har Skatteministeren udtalt, at GAAR'en i et vist omfang er inspireret af EU-domstolens praksis vedrørende den såkaldte EU-retlige misbrugsdoktrin.(42)

I det oprindelige forslag til ATAD blev følgende udtalt i fremsættelsesteksten, jf. COM(2016) 26 final, p. 9:

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

Baseret på dette må det være tiltænkt, at hidtidig praksis fra EU-domstolen i et vist omfang skal kunne indfortolkes i GAAR-klausulen. Dette går således videre end udsagnet fra Skatteministeren, hvorefter bestemmelsen alene i et vist omfang er inspireret af EU-domstolens praksis. Dette rejser imidlertid tillige flere spørgsmål, herunder

- Hvorvidt EU MS er bundet af EU-domstolens misbrugsdoktrin ved fortolkningen af GAAR'en?
- Kan Danmark vælge helt at bortse fra EU-domstolens praksis (det er vist velkendt, at Danmark anser denne for at være for skatteydervenlig)?
- Hvor bogstaveligt denne kobling til EU-domstolens misbrugsdoktrin skal forstås? Det er således givet, at man har valgt en anden terminologi (ikke-reel frem for kunstig).
- Hvorvidt EU MS skal (og EUD vil) anvende en dynamisk eller statisk fortolkning af GAAR'en i lyset af udviklingen i EUD's misbrugsdoktrin?

Det er indtil videre uafklaret, hvorvidt EU-domstolens praksis vedrørende den generelle EU-retlige misbrugsdoktrin kan anvendes i relation til den direktivfæstede omgængelsesklausul.(43) herunder henset til det forskellige ordvalg – realitet vs. kunstig. I lyset af, at ATAD udgør et minimumsdirektiv, kan EU MS formentlig implementere en hårdere version af GAAR'en. Dog må det forventes, at hvis der anvendes en identisk ordlyd i national implementering, vil dette kunne medføre et krav om EU-konform fortolkning af begreberne i tråd med EU-domstolens praksis(44). Det ledende præjudikat synes fortsat at være Cadbury Schweppesdommen. EU-domstolen fandt heri (C-196/04 Cadbury Schweppes), at en restriktion kan være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, hvis det specifikke formål med en sådan restriktion er at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat.(45) Dette gælder, hvis den nationale foranstaltning ikke anvendes, når oprettelsen af [CFC-]selskabe[r] svarer til en økonomisk realitet, uanset at der foreligger skattemæssige bevæggrunde, samt at denne oprettelse skal svare til en reel etablering, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten.(46) EU-domstolen har senest bekræftet dette i C-504/16 Deister Holding og C-613/16 Juhler Holding.(47) EU-domstolens praksis synes således både at indeholde et subjektivt (hvad er hensigten?) og objektivt element (er der realitet?).(48) EU-domstolen uddyber det objektive krav i C-504/16 Deister Holding og C-613/16 Juhler Holding, da det i præmis 73 fremgår, at: "*Den omstændighed, at det ikke-*

*hjemmehørende moderselskabs økonomiske virksomhed består i forvaltningen af dets datterselskabers aktiver, eller at dette moderselskabs indtægter alene hidrører fra denne forvaltning, kan ikke i sig selv medføre, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet. I denne sammenhæng er den omstændighed, at forvaltning af aktiver ikke anses for at udgøre økonomisk virksomhed i forbindelse med merværdiafgift, uden betydning, for så vidt som den i hovedsagerne omhandlede skat og den nævnte afgift henhører under forskellige retlige rammer, der hver især tilsigter forskellige mål.”*

Skatteministerens syn er i en dansk kontekst i forhold til den hidtidige PSD GAAR at sætte barren højere end EU-Domstolen i blandt andet C-504/16 Deister Holding og C-613/16 Juhler Holding, hvor skattemæssige bevæggrunde anerkendes, når oprettelsen svarer til en reel etablering, der faktisk har til formål at udøve økonomisk (formueforvaltende) virksomhed.(49) Spørgsmålet er, hvorvidt en sådan national strammere praksis kan forventes at blive opretholdt?

### Konkrete nye eksempler på anvendelsesområdet

I forbindelse med lovbehandlingen er skatteministeren blevet forelagt nogle konkrete spørgsmål vedrørende anvendelsesområdet for LL § 3. Således har Advokatrådet i deres høringssvar bedt ministeren om at forholde sig til et konkret eksempel, hvor en skatteyder (hovedaktionær) ønsker at indskyde egenkapital i sit selskab, og dette gennemføres ved en formel selskabsretlig kapitalforhøjelse alene med henblik på at undgå en mulig tilskudsbeskatning ved en direkte kontooverførsel. Til dette svarede skatteministeren, at lovgivningen giver mulighed for at benytte forskellige måder til at indskyde kapital i et selskab, og at disse måder vil have forskellige skattemæssige virkninger. Baseret på Advokatrådets kortfattede beskrivelse er der ikke tale om, at hovedaktionæren misbruger reglerne blot ved at vælge den mest fordelagtige struktur til forretningsaktiviteten, og den skattemæssige virkning heraf er i overensstemmelse med skattereglernes formål og indhold.(50)

Under lovbehandlingen blev der yderligere fremhævet konkrete eksempler, som Skatteministeriet blev bedt om at forholde sig til:

1. Kan det lægges til grund, at dispositioner, som hidtil har været anerkendt af Skatterådet eller domstolene, ikke omfattes af LL § 3?(51)
2. Vil eksisterende holdingselskaber, der er etableret af fysiske personer som hovedaktionærer med det formål at oppebære skattefri udbytter på datterselskabsaktier og at foretage en passiv genplacering heraf, være omfattet af GAAR'en?(52)
3. Vil eksisterende holdingselskaber, der er etableret af fysiske personer som hovedaktionærer, med det formål at opnå nedsættelse af udbyttebeskatningen og at opnå skattefritagelse for avancer på noterede porteføljeaktier, være omfattet af GAAR'en? (53)
4. Vil en typisk *debt-push-down* struktur, hvor der etableres et dansk holdingselskab, der optager rentebærende gæld til overliggende aktionærer, som herefter via dansk sambeskatning udligner renteudgifterne med driftsindkomst fra den danske koncern, være omfattet?(54)
5. Vil en struktur, som hidtil har været fritaget fra mellemholdingsreglerne grundet en “god” majoritetsaktionær, være omfattet af bestemmelsen?(55)
6. Vil LL § 3 ændre den praksis, der er etableret med SKM2003.482.HR Overhold, om muligheden for at udnytte fremførte underskud, så længe man overholder særreglerne om udnyttelse af fremførte underskud i SEL § 12 D?(56)

7. Vil LL § 3 ændre den praksis, der er kommet til udtryk i SKM2006.749.HR Finwill i det såkaldte elevatorkompleks?(57)
8. Kan en skattefri fusion, der opfylder betingelser i fusionsskatteoven, blive omfattet af bestemmelsen med den konsekvens, at fusionen bliver skattepligtig, og hvorledes kan en selskabsretligt gyldig fusion kunne blive anset for at være ikke-reel?(58)
9. Kan skattefri omstruktureringer uden tilladelse i medfør af det objektive system blive omfattet af LL § 3 med den konsekvens, at omstruktureringen bliver skattepligtig, og hvorledes kan en selskabsretligt gyldig spaltning, aktieombytning eller tilførsel af aktiver blive anset for at være ikke-reel?(59)
10. Kan et selskab, der vælger at tilbagebetale overskudslikviditet til sine aktionærer gennem tilbagekøb af egne aktier, blive omfattet af LL § 3, hvis denne transaktion er skattefri i modsætning til en udbytteudlodning, og hvorledes kan en sådan disposition anses for at være ikke-reel?
11. Vil en ombytning af aktier, som medfører, at alle selskabsdeltagere kan modtage skattefri udbytter i modsætning til situationen før ombytningen, være omfattet af GAAR'en?(60)

Beklageligvis har skatteministeren ikke anerkendt det store behov for klare retningslinjer, som opstår i kølvandet på en GAAR, der er så fremmed for dansk ret, og som medfører stor usikkerhed. Ovenstående punkt 2-3 blev alene besvaret med, at der efter GAAR'en vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition, som også kan omfatte nationale forhold.(61) Konkret i forhold til anvendelsen af holdingselskaber blev det udtalt, at etablering af en given holdingstruktur ikke i sig selv kan medføre, at GAAR'en finder anvendelse. Dansk skatteret indeholder således ikke en forpligtelse til at udlodde udbytter fra et selskab til privatsfæren og dermed til at lade udbyttet beskattes hos den fysiske person.(62) Det er således anerkendt, at aktionærerne kan vælge at lade kapitalen forblive i deres selskaber, herunder i et eventuelt holdingselskab.(63) Dog tages afslutningsvis det forbehold, at LL § 3 kan finde anvendelse, hvis det konkret måtte vise sig, at der er tale om et arrangement, som er tilrettelagt med det formål at opnå en uberettiget skattefordel.(64)

I forhold til spørgsmål 4 udtalte skatteministeren, at det ikke kan bekræftes, at GAAR'en ikke finder anvendelse, blot fordi der allerede eksisterer et værn til at imødegå udtynding af beskatningsgrundlaget med finansieringsomkostninger. (65) Tilsvarende bemærkede skatteministeren i forhold til spørgsmål 5, at det ikke udelukker en anvendelse af LL § 3, at mellemholdingsreglerne konkret ikke finder anvendelse.(66)

De fleste øvrige af ovenstående spørgsmål blev besvaret med, at der vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition, og at det således beror på en konkret bedømmelse, om dispositionen i det konkrete tilfælde må anses for at være tilrettelagt af velbegrundede årsager. Det udtales, at da tidligere afgørelser er foretaget på et andet grundlag, kan der derfor ikke siges noget generelt om, hvordan de konkrete situationer vil blive bedømt efter den nye GAAR.(67)

### Bevisbyrde

Det er op til den enkelte medlemsstats skattemyndighed at vurdere, om et arrangement udgør misbrug.(68) Ved denne vurdering skal skattemyndigheden foretage en objektiv analyse og inddrage alle relevante faktiske forhold og omstændigheder samt overholde proportionalitetsprincippet. Endvidere skal skattemyndigheden

påvise, at indrømmelse af en given fordel vil være i strid med skatterettens formål. Endvidere skal medlemsstaternes skatteadministration både vurdere, om et arrangement i dets helhed er reelt, og vurdere, om de enkelte dele af arrangementet på stand-alone basis er reelle.(69) Først i det tilfælde, hvor skattemyndigheden løfter denne bevisbyrde, påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Spørgsmålet om bevisbyrde blev tillige berørt i den danske høringsproces vedrørende den hidtidige GAAR.(70) Heraf fremgår det, at LL § 3, stk. 1, ligeledes medfører, at de danske skattemyndigheder skal påvise, at der er tale om et arrangement, der opfylder alle fem kumulative betingelser som gennemgået ovenfor, før arrangementet kan tilsidesættes. Herefter har den skattepligtige mulighed for konkret at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager. I lyset heraf må bevisbyrden i praksis forventes i realiteten ofte at blive overvæltet på skatteyder(71).

Som en del af ændringerne i forhandlingsperioden af ATAD blev der sikret parallelitet til moder-/datterselskabsdirektivets GAAR og OECD's PPT. Dette er i sig selv prisværdigt og må antages at føre til, at der kan søges inspiration i de hertil hørende fortolkningsbidrag (herunder hidtidig national praksis). Det er dog væsentligt at holde sig for øje, at ATA-direktivets art. 6 er tiltænkt et generelt anvendelsesområde, som gælder for alle arrangementer (som ikke kun relaterer sig til udbytter og dobbeltbeskatningsoverenskomster), og til at gælde såvel nationalt som internationalt.

### **Forelæggelse for Skatterådet**

Skatterådet får fornyede arbejdsopgaver som følge af LL § 3, stk. 7. Det fremgår heraf, at told- og skatteforvaltningen altid skal forelægge GAAR sager for Skatterådet. Baggrunden er, at i hvert

tilfælde, indtil der har udviklet sig en mere fyldig praksis, må sager vedrørende LL § 3 anses for at være principielle. Hertil kommer, at der med anvendelsen af LL § 3 vil være tale om forhold med indgribende virkning. Således skal den tvungne forelæggelse for Skatterådet sikre, at der følges en korrekt og ensartet fortolkning(72). Afgørende for forelæggelsen er, om skatteforvaltningen mener, at LL § 3 skal indgå i begrundelsen for en afgørelse.

Den almindelige frist for at træffe en afgørelse er forlænget med 1 måned og anses for brudt på det tidspunkt, hvor skatteforvaltningens indstilling til afgørelse fremsendes til Skatterådet.

Ordnningen må bifaldes, idet hidtidig praksis har vist, at skatteforvaltningen har sat barren meget lavt i forhold til at bringe den hidtidige LL § 3 i anvendelse og ikke har foretaget den nødvendige prøvelse af samtlige dele af retsfaktum. Skatterådet har dog i sin nyeste praksis vist sig, at være indstillet på at foretage den fornødne prøvelse. Det erkendes i L 28, at ordningen kan føre til en længere ventetid for skatteyder. Det må dog følges tæt, at der ikke bliver tale om markant forlænget ventetid, som oplevelsen til tider er med principielle sager for Skatterådet.

### **Afslutning**

Det skal blive interessant at se, hvordan skatteydere, myndigheder og domstole vil håndtere den generelle omgængelsesklausul i LL § 3, da bestemmelsens geografiske og subjektive anvendelsesområde er blevet væsentligt udvidet, og da bestemmelsens ordlyd efterlader en betydelig fortolkningsusikkerhed(73). Der vil utvivlsomt gå adskillige år, før der vil eksistere tilstrækkelig retspraksis til, at retstilstanden er afklaret. Samtidig vil skattemyndighederne utvivlsomt teste rækkevidden heraf, med betydelig usikkerhed til følge.

- (1) Direktivet består i realiteten af to direktiver, jf. 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, samt Rådets direktiv (EU) 2017/952 af 29. maj 2017 om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande.
- (2) For yderligere om skatteundgåelsesdirektivets tilblivelse og vedtagelse se J. Bundgaard og P. Koerver Schmidt, *Kommissionens forslag til et Anti-Tax Avoidance Directive*, SR-Skat, 2016, p. 151-163 og samme i *Anti-Tax Avoidance Direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU*, SR-Skat, 2016, p. 383-389. Se endvidere A.P. Dourado, *The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?*, Intertax, 2016, p. 440-446, O.R. Hoor et al., *EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective*, European Taxation, 2016, p. 192-197 samt A. Navarro et al., *The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive – Some Preliminary Thoughts*, EC Tax Review, 2016, p. 117-131.
- (3) Jf. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, COM(2015) 302 final. Se endvidere Commission Recommendation on the implementation of measures against tax treaty abuse, C(2016) 271 final, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, COM(2016) 25 final, Communication From the Commission to the European Parliament and the Council on an External Strategy for Effective Taxation, COM 2016 24 final samt Commission Staff Working Document, SWD(2016) 6/2.
- (4) Jf. de almindelige bemærkninger til L 28 (2018/2019), afsnit 1.1.
- (5) Se for en generel oversigt over direktivets implementering i dansk ret, *Koerver Schmidt, Bundgaard og Tell* i SR-Skat 2018/1 (under udgivelse).
- (6) GAAR'en gælder parallelt og uafhængigt af de øvrige værnsregler i dansk skatteret, jf. Skatteministerens svar til Skatteudvalget som svar på spm. 17, 12. december 2018, p. 3.
- (7) Jf. eksempelvis *Floris de Wilde*: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?, i *Pistone & Weber (red.)*: The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study, 2018, p. 301 ff.
- (8) Eneste kendte tidligere lovfæstede omgåelsesklausul i dansk skatteret var den tidligere gældende § 5 c i arve- og gaveafgiftsloven, hvorefter samme afgift som arv ved en persons død svarede af overdragelser, som vedkommende person havde foretaget til omgåelse af afgiftspligten i henhold til loven. Bestemmelsen blev i praksis formentlig ofte påberåbt, men kun sjældent anvendt. Se hertil Ufr 1986, 649 H *Direktør Svend E. Drost*, (TfS 1986, 320 H), TfS 1988, 241 Ø *Thøger Anker Frederik Hansen, Vivi Gynther Christiansen og Jane Gynther Ingholt*, TfS 1992, 90 Ø *Birthe Nielsen, Leo Nielsen, Bente Leo Nielsen og Hans Jørgen Nielsen* samt *Jørgen Berg & Marianne Christiansen*: Lov om afgift af arv og gave med kommentarer, 1991, p. 90 f.
- (9) Se fx *Michelsen* i Bundgaard et al. (red.) Den evige udfordring, 20015, p. 135 ff., *Overgaard* i TfS 1998, 207, *Ramskov* i TfS 1998, 319, *Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner - i skatteretlig belysning, 2000, p. 173 ff, og *Hermann* i TfS 1998, 661 og *Andersen* i ET 1998, p. 177.
- (10) Se fx p. 25 i L 28, hvor det anføres: "Indsættelsen af en generel omgåelsesklausul begrænser ikke de gældende muligheder for at tilsidesætte eller omkvalificere på andet grundlag." Dette skal dog ikke forstås således, at GAAR'en kan anvendes til at udvide de gældende SAARs, men derimod må dette forstås således, at GAAR i visse tilfælde går videre end de eksisterende praksisskabte muligheder for at tilsidesætte et arrangement og i andre tilfælde måske ikke dækker de situationer, der er omfattet af hidtidig retspraksis. Det udtales i høringsskemaet, p. 4, at eksisterende retspraksis vurderes allerede at ville føre til tilsidesættelse af i hvert tilfælde langt hovedparten af den type af arrangementer, som LL § 3 omfatter.
- (11) PPT'en er bl.a. behandlet af *Bundgaard* i Bundgaard et.al.: Den evige udfordring, 2015, p. 262 ff.
- (12) Bortseelsen omfatter formentlig også juridiske personer, jf. *Floris de Wilde*: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?, i *Pistone & Weber (red.)*: The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study, 2018, p. 309.
- (13) Jf. L 28, p. 99.
- (14) Jf. eksempelvis *Floris de Wilde*: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?, i *Pistone & Weber (red.)*: The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study, 2018, p. 308 ff, hvor det p. 310 anføres, at "...The problem here is that there seems to be no readily available compass, other than existing legal fact patterns, by which to navigate for this purpose. There appears to be no consistent and properly thought out backstop approach available on which to base tax liability; in other words there is no "plan B"..."
- (15) Jf. L 28, p. 100.
- (16) Selvom FSR i deres høringssvar efterlyste yderligere konkrete eksempler afviste Skatteministeren dette, jf. høringsskemaet, p. 62.
- (17) Jf. bilag 9 til L 28, p. 3, som henviser til Højesterets dom af 6.11. i BS-7029/2018-HJR.
- (18) Jf. svaret til Skatteudvalget på spm. 16.
- (19) Jf. L 28, p. 99. Hermed fortsætter Skatteministeriet en efterhånden langvarig tradition med at hævde, at et CFC-selskab kan anses for at være omfattet af skattepligt i Danmark, selvom dette strengt taget ikke er korrekt, idet et CFC-selskabs indkomst nok beskattes i Danmark, mens selskabet ikke som sådant ikke er skattepligtigt i Danmark, jf. også henvendelsen fra FSR, dateret 29. juni 2018, p. 36.
- (20) Jf. L 28, p. 99.
- (21) Bestemmelsen finder således ikke anvendelse ved dispositioner som alene involverer fysiske personer, jf. høringsskemaet p. 64.
- (22) Jf. L 28, p. 100.
- (23) Jf. L 28, p. 99.
- (24) Disse betingelser er allerede behandlet ganske grundigt i litteraturen, jf. eksempelvis *Debelva & Luts* i ET 2015, p. 223 ff, og *Bundgaard*, i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Bundgaard et al. (red.), 2015, p. 239 ff. LL § 3, stk. 1, er nu overfladisk behandlet i JV C.1.4.1.1 (2017-2)
- (25) Jf. eksempelvis *Debelva & Luts* i ET 2015, p. 224, der udtaler, at det er sandsynligt, at vendingen skal forstås tilsvarende bredt.
- (26) Jf. eksempelvis *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 224, der henviser til paralleliteten til OECD's PPT-bestemmelse i denne henseende.
- (27) Jf. *Filip Debelva & Joris Luts* i ET 2015, s. 225, fn. 18 og *Jakob Bundgaard* i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Jakob Bundgaard, Dennis Ramsdahl Jensen & Niels Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 250.
- (28) Jf. eksempelvis *Floris de Wilde*: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?, i *Pistone & Weber (red.)*: The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study, 2018, p. 311, som finder denne tærskel lav sammenlignet med hidtidig praksis fra EU-domstolen. Forfatteren finder endvidere, p. 313, at mange almindeligt forekommende strukturer i en international kontekst blandt multinationale selskaber vil kunne blive omfattet af dette kriterium, idet rationel virksomhedsdrift kræver, at man indretter sig effektivt og optimalt og af fx en CFO kan miste sit job, hvis ikke virksomheden er struktureret konkurrencedygtigt. Dermed anser forfatteren kriteriet om at udgøre en af hovedformålene for at kunne være opfyldt i mange tilfælde.
- (29) Jf. COM (2012) 8806 final COMMISSION RECOMMENDATION of 6.12.2012 on aggressive tax planning.
- (30) Jf. L 167 bilag i høringsskemaets svar til FSR.
- (31) Jf. eksempelvis *Debelva & Luts* i ET 2015, p. 224.
- (32) Jf. L 28, p. 99. I svaret til Skatteudvalget på spm. 16, 12. december, p. 6 udtales det, at formålet med en given regel vil skulle fastlægges ud fra almindelig juridisk fortolkning herunder formålsfortolkning, bl.a. baseret på forarbejderne til den enkelte bestemmelse.

- (33) Jf. eksempelvis *Floris de Wilde: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?*, i *Pistone & Weber (red.): The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, 2018, p. 315 ff.
- (34) Jf. høringsskemaet p. 64.
- (35) Jf. bilag 9 til L 28, p. 5, som henviser til den engelske versions omtale af "the applicable tax law".
- (36) Jf. *Debelva & Luts* i ET 2015, p. 227.
- (37) Jf. den generelle udtalelse p. 2 i høringsskemaet til L 28. Se også *Floris de Wilde: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?*, i *Pistone & Weber (red.): The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, 2018, p. 321, som tolker reglen således, at skatteminimering ikke kan anses som "valid".
- (38) Jf. p. 2 i høringsskemaet.
- (39) *Floris de Wilde: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?*, finder i *Pistone & Weber (red.): The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, 2018, p. 308, at en sådan balance er yderst vanskelig og måske i det hele taget ikke mulig.
- (40) Kommissionens henstilling af 6. december 2012 om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU).
- (41) Se *Bundgaard i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, et. al. (red.), 2015, p. 239 ff..
- (42) Se bilag 1 til L 167/2014-15 (1. samling).
- (43) Se også *Bundgaard i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, et. al. (red.), 2015, p. 254 med henvisning til *Debelva & Luts* i ET 2015, p. 223 ff, hvor forfatterne hævder, at realitetskravet stammer fra EU-domstolens brug af termen *kunstig* og at det synes at være almindelig antaget, at dette kriterium relaterer sig til såvel den subjektive som den objektive test i medfør af EU-domstolens praksis. Se endvidere *Romeo Tavares og Bogenschneider* i *Intertax* 2015/8-9, p. 491. *De Broe & Beckers* finder tillige i *ECTR*, 2017/3, p. 133 ff, at ATAD GAAR trods det forskellige formål, er baseret på EU-domstolens misbrugsdoktrinen, men dog med væsentlige forskelle. Forfatterne konkluderer derfor, at det er uklart, hvorvidt EUD efter ATAD vil blive tvunget til en strengere misbrugsvurdering (idet domstolen hidtil har krævet et enformål (sole, principal eller predominant) formål om at opnå en skattefordel). Se også *Perdelwitz: Developing a Common Framework against Tax Avoidance in the European Union*, i *Pistone & Weber (red.): The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, 2018, p. 353, som konkluderer, at en korrekt fortolkning af ATAD GAAR er, at misbrug defineres med henvisning til kommercielle begrundelser, som igen indeholder en substansvurdering og derfor en henvisning til EU-domstolens misbrugsdoktrin, selvom den på overfladen forsøger at tilpasse til OECD's PPT. Se for en generel analyse af den EU-retlige konformitet af PPT og GAAR *Koriak* i ET 2016, p. 522 ff.
- (44) *Floris de Wilde: Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?*, finder i *Pistone & Weber (red.): The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, 2018, p. 304, at det er usikkert, hvilken retning EU-domstolen vil trække: den hidtidige vej eller en strammede tilgang baseret på samfundsudviklingen. Dog advarer forfatteren kraftigt mod en udvidende fortolkning, idet dette kan for katastrofale følger.
- (45) Se præmis 55 samt blandt andet også C-653/11 *Poul Newey*, præmis 46 og de forenede sager C-504/16 *Deister Holding* og C-613/16 *Juhler Holding*, præmis 60.
- (46) Se C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 65 og 66.
- (47) Se præmis 60.
- (48) Se også *Jensen i Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 69.
- (49) Jf. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 64 og 65 samt C-28/95, *Leur-Bloem*, præmis 47 og 49.
- (50) Jf. høringsskemaet til L 28 (2018/2019), bilag 1, p. 2.
- (51) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 29. november 2018, L 28 (2018/2019), bilag 10.
- (52) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/2019), bilag 5 (uddyb i bilag 20).
- (53) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/2019), bilag 5.
- (54) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/2019), bilag 5.
- (55) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/2019), bilag 5.
- (56) Jf. henvendelse fra FSR ? danske revisorer af 26. oktober 2018, L 28 (2018/2019), bilag 2, p. 46.
- (57) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/2019), L 28 (2018/2019), bilag 9, p. 1.
- (58) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/2019), L 28 (2018/2019), bilag 9, p. 2.
- (59) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/2019), L 28 (2018/2019), bilag 9, p. 2.
- (60) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/2019), L 28 (2018/2019), bilag 9, p. 4 med angivelse af et konkret eksempel.
- (61) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 17, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- (62) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål. 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- (63) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- (64) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- (65) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- (66) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- (67) Jf. svar på spørgsmål 16 til Skatteudvalget, d. 12. december 2018, L 28 (2018/2019), p. 3.
- (68) Rådet for Den Europæiske Union, dokument nr. 16435/14, Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU, 5. december 2014, bilag 1, Præambelens pkt. 7.
- (69) Rådet for Den Europæiske Union, dokument nr. 16435/14, Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU, 5. december 2014, bilag 1, Præambelens pkt. 8.
- (70) Omtalt hos *Möllin Ottosen & Andersen* i SU 2015.203.
- (71) Se tillige i forhold til PPT'en *Kok*, der i *Intertax* 2017 2016, p. 406 ff, konkluderer, at det subjektive element er let at opfylde for skattemyndigheden.
- (72) Jf. L 28, p. 101.
- (73) Tilsvarende gør sig gældende med den OECD baserede PPT; som vi har haft som en bestanddel af dansk ret siden 2015. Se bl.a. hertil *Kuzniaki: The Principal Purpose Test (PPT) In BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from its Legal Implementation and Practical Application*, i *World Tax Journal*, 2018, p. 223 ff. Forfatteren anser principperne for retssikkerhed og legalitet for at være udfordret, idet indgrebene ikke kan ske med tilstrækkelig præcision og uden at give myndigheden for høj grad af diskretion. Se tillige kritisk *Báez Moreno* i *Intertax* 2017/4-5, p. 432 ff.