

Artikler

172

Status på omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 Ved overgangen til Skatteundgåelsesdirektivets GAAR

af Jakob Bundgaard,¹ Louise Fjord Kjærsgaard,² og Michael Tell alle CORIT Advisory P/S

Resumé Som bekendt er omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3 fra indkomståret 2019 erstattet med en bredere omgåelsesklausul, som også finder anvendelse på rent nationale arrangementer, men som anvender den samme misbrugsvurdering som den tidligere af-fatning, der alene vedrørte skattefordele opnået efter EU-direktiverne eller Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster. Med henblik på at forberede skatte-ydere, praktikere og teoretikere bedst muligt på denne nye virkelighed søger forfatterne med dette bidrag at kridte banen op til anden runde ved at systematisere den administrative praksis, som den tidligere omgæ-lsesklausul har givet anledning til. Trods godt tre år på bagen, og 11 offentliggjorte afgørelser, synes det imidlertid (stadig) ikke muligt at konkludere, at der er skabt den fornødne klarhed over omgåelsesklau-sulens omfang, og under hvilke (konkrete) omstændig-heder et arrangement eller en serie af arrangementer kan siges at være inden for anvendelsesområdet af omgåelsesklausulen. Derimod synes alle arrangemen-ter, der medfører en skattefordel, og som i et eller andet omfang virker "komplekse", at stå for skud.

Da skatteundgåelsesdirektivets (nye) omgåelsesklau-sul, har en tilsvarende ordlyd, og tiltænkes samme materielle (misbrugs)vurdering som den tidligere bestemmelse, er der således lagt op til, at den usikker-hed, som den hidtidige bestemmelse, og den deraf af-fødte praksis, har medført fortsat består.

1. Indledning

I forlængelse af forfatterens tidligere bidrag til afdækning- en af anvendelsesområdet for den tidligere danske om- gåelsesklausul i ligningslovens (LL) § 3,³ er formålet med denne artikel at analysere den eksisterende admini- strative praksis vedrørende den tidligere LL § 3. Som bekendt er bestemmelsen pr. 1. januar 2019 erstattet af en "ny" og bredere omgåelsesklausul, som anvendes på både rent nationale og internationale arrangementer.⁴ Ifølge bemærkningerne til lovforslaget, indebærer udvi- delsen ikke ændringer i den materielle vurdering af mis-

1 Ligeledes professor, ved Aalborg Universitet og adjungeret professor ved Aarhus Universitet.

2 Ligeledes ph.d.-stipendiat ved Copenhagen Business School.

3 Se således Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup i "Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul - en vidt- gående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen", SU 2017, 228, Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup i "First Domestic Decisions on the 2015 Parent-Subsidiary Directive GAAR Implementation: Guiding Principles for EU Member States?", Intertax, Volume 46, Issue 8 & 9, pp. 716 et. seq., samt Bundgaard i *Den evige udfordring - omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015.

4 Se ordlyden af den nye formulering af LL § 3, stk. 1, jf. lovforslag nr. L 28, 2018-19, § 4, nr. 1 "Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arran- gementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som

brug som anvendt i den tidligere LL § 3.⁵ Vi mener derfor, at dette er et passende tidspunkt til en opsamling af den administrative praksis, som således også forventes at have relevans efter implementeringen af den nye og bredere version af omgåelsesklausulen.

Det synes givet, at en generel omgåelsesklausul som LL § 3, der i sin natur er generel og bredt formuleret, giver anledning til tvivl om fortolkning og anvendelse hos retsmyndigheder. Det er således ikke en selvfølge, at de i ordlyden formulerede betingelser også i praksis lader sig slavisk anvende, eller at den bredt formulerede ordlyd manifesterer sig i præcise betingelser og fortolkninger i administrativ praksis, men måske i højere grad udtrykker en meget konkret anvendelse af omgåelsesklausulen i hver enkelt situation. Der er i skrivende stund offentliggjort 11 afgørelser, som i større eller mindre omfang berører fortolkningen og anvendelsen af den tidligere LL § 3.⁶

Formålet med denne artikel er at uddrage de væsentligste elementer, som i administrativ praksis synes at have haft betydning for skattemyndighedernes anvendelse af omgåelsesklausulen, særligt i forhold til den tidligere LL § 3, stk. 1 og 2, og herved skabe et overblik over anvendelsesområdet i administrativ praksis.

2. Den tidligere internationale omgåelsesklausul

Der blev med virkning fra 1. maj 2015 indført en lovfæ-

stet international omgåelsesklausul i dansk skatteret med vedtagelsen af den tidligere LL § 3.⁷ Omgåelsesklausulen havde virkning for arrangementer og serier af arrangementer vedrørende fordele i direktiverne om direkte beskatning, i form af en *general anti-avoidance rule* ("GAAR"), og for arrangementer og transaktioner vedrørende fordele efter de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, i form af en *principal purpose test* ("PPT"). Bestemmelsen implementerede ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet,⁸ men blev udvidet til ligeledes at omfatte fordele efter rente-/royaltydirektivet⁹ og fusions-skattedirektivet,¹⁰ samt de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, uanset hvornår disse var indgået.

Den tidligere bestemmelse i LL § 3, stk. 1 til 3, havde følgende ordlyd:

§ 3. Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af [Direktiverne om direkte beskatning] som implementeret i dansk lovgivning, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

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

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."

- 5 Det følger således af de specielle bemærkninger til § 4, nr. 1, lovforslag nr. 28, samling 2018-19, p. 100, venstre kolonne, at: "*De foreslåede bestemmelser indebærer ingen ændringer i den materielle vurdering af misbrug, som anvendes i den gældende omgåelsesklausul.*"
- 6 SKM2017.333.SR (anket til Landsskatteretten), SKM2017.469.SR, SKM2017.626.SR, SKM2017.638.SR, SKM2018.189.SR, SKM2018.209.SR, SKM2018.222.SR og SKM2018.466.SR. Afgørelserne SKM2018.189.SR og SKM2018.198.SR samt SKM2016.72.SR er ikke medtaget i denne artikel, da disse afgørelser alene konstaterer, at der findes en omgåelsesklausul, men uden at det konkret er kommet til udtryk ved en materiel anvendelse eller fortolkning af reglen.
- 7 Lov nr. 540 af 29. april 2015 (L 167 den 21. april 2015), der implementerer Rådets direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015.
- 8 Rådets Direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.
- 9 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.
- 10 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. Rådet har tilkendegivet, at der vil blive taget hensyn til denne bestemmelse i det fremtidige arbejde med en ny formulering af misbrugsreglen i rente-/royaltydirektivet, jf. udkast til Protokol vedr.: 3366. Samling i Rådet for Den Europæiske Union den 27. januar 2015, Bruxelles (PV/CONS 3 ECOFIN 43).

Stk. 3. 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.

Uanset at ordlyden af den tidligere LL § 3, stk. 1 og 2, vedrørende fordelene efter direktiverne om direkte beskatning var åbenlyst forskellig fra LL § 3, stk. 3, vedrørende fordele efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, fremgår det af lovbemærkningerne, at indholdet forventedes at være tilnærmelsesvis identisk, men at det måtte være op til domstolene at afgøre, om dette ville være tilfældet.¹¹ Dette synes næppe korrekt, idet en realitetstest ikke synes at have været indeholdt i PPT'en. Dette har også tidligere været grundlag for kritik i den skatteretlige litteratur.¹²

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne til den tidligere LL § 3, at omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1, tilstræbtes at svare nøjagtigt til formuleringen i moder-/datterselskabsdirektivet.¹³ Af denne årsag må den danske bestemmelse skulle fortolkes snævert i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivets tilsvarende bestemmelse og eventuel retspraksis fra EU-domstolen.¹⁴ Af såvel artikel 1 i moder-/datterselskabsdirektivet som af den tidligere LL § 3, stk. 1, synes der at kunne udledes fem *kumulative* betingelser, førend omgåelsesklausulen

potentielt kan finde anvendelse. Der skal således være tale om:¹⁵

- 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 direktiverne, og
- 5) som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder.

Såfremt alle betingelserne er opfyldt, vil det herefter være op til skatteyderen at godtgøre, at arrangementet eller serien af arrangementer er kommercielt begrundede. Kun såfremt dette *ikke* lykkes, vil omgåelsesklausulen finde anvendelse.

I det følgende vil den administrative praksis blive gennemgået med henblik på at udlede skattemyndighedernes tilgang til håndhævelsen af den tidligere LL § 3, særligt i forhold til, hvilke kriterier eller subjektive forhold der i praksis syntes at skulle være til stede, førend en skattefordel kunne nægtes efter LL § 3, da sådanne kriterier eller subjektive forhold ligeledes forventes at gælde den nye og bredere omgåelsesklausul.

3. Administrativ praksis

Der er på nuværende tidspunkt offentliggjort 11 afgørelser af Skatterådet, som alle i et eller andet omfang berører den tidligere LL § 3, hvor dog alene otte af afgørelserne synes at foretage en egentlig materiel prøvelse af bestemmelsen.¹⁶ Som anført ovenfor kan en skattefordel ikke nægtes efter omgåelsesklausulen, medmindre *alle* oven-

¹¹ Se blandt andet skatteministerens svar til FSR, jf. høringskemaets side 24, Skatteudvalget 2014-15 L 167 Bilag 1, j.nr. 14-5030259, hvoraf det følger, at: "De to analyser er således ganske ens." samt lovforslagets (L 167 2014-15) specielle bemærkninger til § 1, nr. 2: "Hvorvidt der eventuelt måtte være forskel på de to omgåelsesklausuler er et spørgsmål, der må afklares i domspraksis, herunder ved forelæggelse for EU-domstolen."

¹² Se Bundgaard i *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 264.

¹³ Dette følger direkte af Skatteministerens svar til FSR, jf. høringskemaets side 24, Skatteudvalget 2014-15 L 167 Bilag 1, j.nr. 14-5030259, hvoraf det følger, at: "Det kan bekræftes, at der er tale om en ordret implementering af direktivets omgåelsesklausul."

¹⁴ Se Bundgaard i *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 239 et seq.

¹⁵ Disse betingelser er allerede behandlet ganske grundigt i litteraturen, jf. eksempelvis *Debelva & Luts* i ET 2015, s. 223 ff. Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup i "Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul - en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen", SU 2017, 228, Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup i "First Domestic Decisions on the 2015 Parent-Subsidiary Directive GAAR Implementation: Guiding Principles for EU Member States?", Intertax, Volume 46, Issue 8 & 9, pp. 716 et seq., samt Bundgaard i *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015. LL § 3, stk. 1, er nu overfladisk behandlet i JV C.I.4.1.1 (2018-2), hvor reglen dog er delt op i to frem for de anførte fem punkter.

¹⁶ SKM2017.333.SR (anket til Landsskatteretten), SKM2017.469.SR, SKM2017.626.SR, SKM2017.638.SR,

stående betingelser er opfyldt. Alligevel synes Skatterådet at anvende en mere holistisk vurdering uden slavisk at vurdere, om alle betingelserne er opfyldt.

Mens det indledningsvis skal bemærkes, at det er svært ikke at have en vis sympati for Skattestyrelsens fremgangsmåde i visse afgørelser, så er det uheldigt, at Skattestyrelsen ikke én eneste gang har foretaget den efter ordlyden påkrævede analyse af de faktuelle omstændigheder op mod alle bestemmelsens fem betingelser. Eksempelvis synes afgørelserne i SKM2017.333.SR og SKM2018.222.SR at være båret nærmest alene af opnåelsen af en skattefordel realiseret gennem et "komplekst" arrangement, hvorefter bevisbyrden *de facto* synes at være blevet overvæltet på skatteyderen, som derefter skulle godtgøre, at arrangementerne var kommercielt begrundede. Flere afgørelser synes således båret af blandt andet brugen af lavskattelande, selskaber med dobbeltdomicil samt en kompleks serie af arrangementer, hvor resultatet i overvejende grad kunne være opnået på en mere simpel måde. Denne fremgangsmåde har tidligere været kritiseret og uanset, at visse af bestemmelsens betingelser synes vanskelige at vurdere i praksis, må det vel nok endnu en gang fremhæves som værende en tvivlsom juridisk fremgangsmåde.

Den beskedne eller endog i visse situationer helt fraværende analyse er uheldig, men kan naturligvis have flere årsager. Eksempelvis synes det nærmest umuligt at nævne noget, som ikke vil kunne kvalificeres som "et arrangement"; særligt når det i lovbemærkningerne er angivet, at det skal fortolkes bredt og omfatter enhver *aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej*.¹⁷ Ligeledes kan det synes vanskeligt at udlede formålet eller formålene med et direktiv eller en direktivbestemmelse, da direktiver har adskillelige og endog til tider modstridende formål, hvilket i sig selv vanskeliggør en vurdering af, om et konkret arrangement er formålsstridigt.¹⁸ Retsanvenderne synes således at være underlagt en særdeles uklar omgængelsesklause, og det er uheldigt,

at der ikke er større klarhed over bestemmelsens indhold og dermed anvendelsesområde.

Det er imidlertid vores vurdering, at der kan udledes visse elementer, som synes afgørende i Skatterådets praksis. Med ovenstående in mente vil vi i det følgende systematisere den administrative praksis, som den tidligere bestemmelse i LL § 3 har givet anledning til, med henblik på at identificere en rød tråd i håndteringen af vurderingerne efter bestemmelsen, herunder hvilke omstændigheder som har givet Skatterådet anledning til at foretage vurderingen af arrangementerne i lyset af misbrugsbetragtninger.

Samlet set synes følgende tre afgørende elementer at kunne udledes af administrativ praksis:

- Om der består en skattefordel
- Om der består en dokumenteret kommerciel begrundelse
- Om der består et »reelt« arrangement

Disse afgørende elementer behandles i det følgende. Da visse af bestemmelsens kriterier således ikke synes at have givet Skattestyrelsen eller Skatterådet anledning til – eller mulighed for – at give praktiske holdepunkter, vil disse ikke blive videre behandlet i denne artikel.

3.1. Skattefordel

Det ses helt overordnet at være Skatterådets opfattelse, at såfremt der opnås en skattemæssig fordel ved et arrangement, som ikke havde været opnået, såfremt arrangementet eller serien af arrangementer ikke havde været effektueret, vil dette medføre, at arrangementet som udgangspunkt er inden for anvendelsesområdet af bestemmelsen. Dette synes således gang på gang at være udgangspunktet for den konkrete vurdering, som Skatterådet herefter skal anlægge for at kunne statuere, at arrangementet kan anses for værende iværksat med henblik på misbrug af direktiverne eller Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹⁹ Skatterådet synes konsekvent i sin tilgang til bestemmelsen på netop dette punkt, hvilket

SKM2018.189.SR, SKM2018.209.SR, SKM2018.222.SR og SKM2018.466.SR. Afgørelserne SKM2018.189.SR og SKM2018.198.SR samt SKM2016.72.SR er ikke medtaget i denne artikel, da disse afgørelser alene konstaterer, at der findes en omgængelsesklause, men uden at det konkret er kommet til udtryk ved en materiel anvendelse eller fortolkning af reglen.

17 Se bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L167 2014/15, 1. samling samt *Bundgaard i Den evige udfordring – omgængelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015, p. 249, med henvisning til *Debelva & Luts* i ET 2015, p. 223 ff.

18 Se også *Bundgaard i Den evige udfordring – omgængelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015, p. 253 med henvisning til Boch i *Skattepolitisk Oversigt 2015*, p. 317, for en analyse af formålene med direktiverne om direkte beskatning.

19 Dette udgangspunkt synes allerede muligt at udlede efter Skatterådets første afgørelse(r), hvor omgængelsesklausulen blev søgt anvendt af Skatterådet, jf. *Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup* i "Første afgørelse om den danske generelle

synes naturligt, da det jo netop er denne skattefordel, som LL § 3 i sidste ende kan nægte.

Selve opnåelsen af en skattefordel er således essentiel ved vurderingen af, hvorvidt et givent arrangement vil kunne tilsidesættes efter bestemmelsen. Under høringsprocessen i forbindelse med vedtagelsen af den tidligere bestemmelse i LL § 3 bekræftede Skatteministeren, at »fordel« skulle forstås som fordele opnået i Danmark, uden dog at uddybe, hvorvidt dette skal forstås som en fordel opnået efter dansk skatteret eller om det er tilstrækkeligt, at der er tale om et dansk selskab, der opnår en fordel, f.eks. gennem sparede kildeskatter i udlandet. Sidstnævnte synes imidlertid at være en særdeles vidtgående fortolkning og kan ikke tilsluttes.

Det synes derfor muligt at konkludere, at såfremt der er opnået en skattefordel efter dansk skatteret, som *ikke* kan begrundes i andet end opnåelsen af selve skattefordelen vil dette medføre, at et arrangement, eller en serie af arrangementer, tilsidesættes efter LL § 3.²⁰ En lignende fortolkning synes at kunne læses i OECDs BEPS Action 6 i forhold til PPT'en:

“It should not be lightly assumed, however, that obtaining a benefit under a tax treaty was one of the principal purposes of an arrangement or transaction and merely reviewing the effects of an arrangement will not usually enable a conclusion to be drawn about its purposes. Where, however, an arrangement can only be reasonable explained by a benefit that arises under a treaty, it may be concluded that one of the principal purpose of that arrangement was to obtain that benefit.” (vores fremhævning).²¹

Omvendt vil fraværet af en skattefordel efter direktiverne om direkte beskatning eller en af Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster medføre, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, som det eksempelvis ses i SKM2017.469.SR, hvor en skattefordel opnået af et schweizisk selskab ikke blev anset for at være en skattefordel efter direktiverne om direkte skatter, idet selskabet ikke var hjemmehørende i et EU/EØS-land og dermed slet ikke omfattet af disse direktiver.

3.2 Kommercielt begrundende

Der synes at tegne sig et billede, hvorefter skatteyder skal opnå egentlige kommercielle fordele relateret til driften som et resultat af et arrangement, der (også) medfører en skattefordel, såfremt et sådant arrangement skal undgå tilsidesættelse efter omgælsesklausulen.

I de afgørelser, hvor omgælsesklausulen er fundet anvendelig til at tilsidesætte en skattefordel, har Skatterådet ikke godtaget skatteydernes varierende argumenter for, hvad der kan antages at være kommercielt. I SKM2017.333.SR fandt Skatterådet ikke, at skatteyderens påstande om mindskede administrative omkostninger kunne medføre, at en flytning af to holdingselskaber til Luxembourg medførte sådanne egentlige driftsrelaterede fordele, at dette kunne anses som en serie af transaktioner iværksat af reelle kommercielle årsager, idet spørger ikke i tilstrækkeligt omfang havde *redegjort for eller dokumenteret udgiftsbesparelser* ved flytningen af selskaberne.

Samme fremgangsmåde ses anlagt i SKM2018.466.SR, hvor et dansk holdingselskab ønskede at udlodde anparter i en række singaporeanske datterselskaber til sin ultimative ejers singaporeanske holdingselskab. Desuagtet, at skatteyderens koncern havde tre singaporeanske datterselskaber, og at den ultimative ejer var flyttet til Singapore med henblik på at kunne overse den lokale drift af dennes koncern, og at Singapore i øvrigt var en global hub for den type virksomhed, som koncernen drev, fandtes denne kombination af momenter ikke at kunne anses for at være en kommerciel begrundelse, blandt andet fordi spørger ikke havde *fremlagt oplysninger om aktuelle eller konkrete planer for start af nye virksomheder i Singapore*. Derimod måtte transaktionen anses for værende gennemført primært med henblik på at opnå en skattefordel under dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Singapore. En sådan fortolkning flugter med Skatteministeriets opfattelse, hvorefter en skattebesparelse ikke i sig selv kan anses som en kommercielt velbegrundet årsag.²²

Skatterådet har i flere sager inddraget *koncerners tilknytningsforhold* til det land, hvorigennem der opnås en dansk

omgælsesklausul - en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen”, SU 2017, 228, Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup i “*First Domestic Decisions on the 2015 Parent-Subsidiary Directive GAAR Implementation: Guiding Principles for EU Member States?*”, Intertax, Volume 46, Issue 8 & 9, pp. 716 et seq.

²⁰ Et sådant synspunkt synes da også at have båret afgørelserne i SKM 2017.333.SR og SKM2018.466.SR, hvor de påtænkte arrangementer medførte opnåelsen af fordele efter moder-/datterselskabsdirektivet henholdsvis dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Singapore. Den første afgørelse er påklaget til Landsskatteretten, imens der ikke foreligger oplysninger om, at dette er tilfældet med sidstnævnte afgørelse.

²¹ Se OECD/G20 BEPS-projektets Action 6 Final Report 2015 Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances Annex X, section 10.

²² Det følger således direkte af Skatteministerens svar til FSR, at “*minimering af skattebetalingen er ikke en velbegrundet*

skattefordel, ved vurderingen af kommercielle begrundelser. Således var de pågældende skatteyderes tilknytningsforhold til henholdsvis Luxembourg og Singapore i de to afgørelser SKM2017.333.SR og SKM2018.466.SR af så uvæsentlig eller kortvarig karakter, at dette ikke blev anset for at give flytningen henholdsvis udlodningen kommerciel karakter. I førstnævnte sag havde koncernen ingen tilknytning til Luxembourg inden flytningen, mens Skatterådet i sidstnævnte afgørelse om PPT'ens anvendelse fandt, at spørger ikke havde godtgjort tilstrækkeligt, hvorfor det skulle være en fordel at få samlet de tre Singapore datterselskaber under et Singapore holdingselskab, og at den omstændighed, at skatteyderen selv var flyttet til Singapore, ikke i sig selv kunne begrunde etableringen af et (yderligere) holdingselskab i Singapore.

Modsat gik det i SKM2017.626SR, hvor en hollandsk koncern ønskede at konsolidere koncernens tilstedeværelse i Holland, dog således at den ultimative (hollandske) stifter kontrollerede koncernen igennem en transparent trust på Jersey og var personligt skattepligtig af trustens indkomst i Holland. Skatterådet bekræftede, at arrangementet ikke var omfattet af omgåelsesklausulen, og lagde i den forbindelse vægt på, at det nyoprettede selskab skattemæssigt ville være hjemmehørende i Holland, ligesom alle koncernenheder – bortset fra trusten – efter den påtænkte omstrukturering skattemæssigt ville være hjemmehørende i Holland, således at koncernens samlede virksomhed blev placeret i Holland ved den påtænkte omstrukturering. Det kan ikke udelukkes, at det faktum, at det var oplyst, at der ikke ville blive udlodet midler fra trusten til stifteren, men at midlerne fremadrettet skulle tilgå en humanitær hjælpeorganisation, har medvirket til Skatterådets accept af omstruktureringen.

Mens et krav om geografisk tilknytning hverken følger af bestemmelsens ordlyd, lovbemærkningerne hertil eller moder-/datterselskabsdirektivet, må det dog indrømmes, at det giver en vis mening at tillægge det betydning, hvorvidt en skatteyder eller en gruppe af skatteydere har en forudgående faktisk og fysisk tilknytning til den stat, hvorigennem en skattemæssig fordel søges opnået, og at dette kan indgå som et moment ved en holistisk vurdering

af et grænseoverskridende arrangement.²³ En sådan betragtning kan således anses som en naturlig del af den konkrete subjektive vurdering, men samtidig også skabe en forskellig skattemæssig behandling af skatteyderen, alt afhængigt af om skatteyderen tilfældigvis i forvejen havde tilstedeværelse i landet eller ej.

Sammenfattende synes det at kunne udledes, at der stilles strenge krav til, hvornår der kan anses at være tale om, at et arrangement eller en serie af arrangementer kan anses for kommercielt begrundede. Dette forudsætter blandt andet, at der skal fremlægges dokumentation for, at der opnås konkrete driftsmæssige fordele, eksempelvis i form af dokumenterede besparelser eller konkrete, planlagte investeringsplaner. Derudover synes det til en vis grad at have betydning, hvorvidt den skatteyder, som har planer om eller har gennemført en disposition, har en forudgående signifikant tilknytning til det land, hvorigennem der opnås skattefordele.

3.3 Ikke-reelle arrangementer

Som det ses af ovenstående, har Skatterådet i sin praksis lagt særlig vægt på, hvorvidt der er opnået en skattefordel, og hvorvidt denne fordel kan underbygges af et dokumenterbart kommercielt formål. Såfremt der *ikke* kan fremlægges egentlig dokumentation for reelle driftsøkonomiske fordele ved et komplekst arrangement, som medfører en skattefordel, synes dette at medføre, at arrangementet tilsidesættes som værende ikke-reelt.

Om et arrangement er reelt, defineredes i den tidligere LL § 3, stk. 2, samt moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 3, hvoraf det fremgår, at:

“... arrangementer eller serier af arrangementer [betragtes] som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.”

Det fremgår endvidere af Skatteministerens svar til FSR under høringsprocessen,²⁴ at omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets ordlyd, samt at direktivet i nogen udstrækning bygger på den praksis, der er skabt af EU-domstolen, hvorfor det af samme årsag kan være relevant at inddrage

kommerciel årsag i bestemmelsens forstand” jf. høringskemaets p. 28, Skatteudvalget 2014-15 L 167 Bilag 1, j.nr. 14-5030259. Som tidligere bemærket i Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup i “*Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul - en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen*”, SU 2017, 228 og Bundgaard, Kjærsgaard og Aarup i “*First Domestic Decisions on the 2015 Parent-Subsidiary Directive GAAR Implementation: Guiding Principles for EU Member States?*”, Intertax, Volume 46, Issue 8 & 9, pp. 716 et seq., er dette synspunkt svært foreneligt med EU-Domstolens afgørelse i C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 36 og 37.

23 Se blandt andet lovforslagets (L 167 2014-15) specielle bemærkninger til § 1, nr. 2, p. 27, hvor skatteministeren svarer på FSRs spørgsmål: “*Det kan bekræftes, at der ved denne vurdering kan tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede concerns forhold.*”

24 Se bilag 1 til L 167 2014-15 (1. samling).

EU-domstolens praksis.²⁵ Vendingerne *velbegrandede kommerциelle årsager og afspejler den økonomiske virkelighed* er således i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis.²⁶ Det er dog uklart hvilken praksis, hvorfor det også fortsat er uklart, hvad der forstås ved, om et arrangement er tilrettelagt af velbegrandede kommerциelle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Administrativ praksis synes ikke at bidrage med megen klarhed til forståelsen, hvad der menes med et ikke-reelt arrangement. I SKM2017.333.SR fremgår det eksempelvis blot, at der er ikke tale om omgåelse, i det omfang arrangementerne er foretaget af velbegrandede kommerциelle årsager, og at et arrangement eller serier af arrangementer kun kan anses for reelle, hvis de er tilrettelagt af velbegrandede kommerциelle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Der var således alene tale om en gentagelse af ordlyden af LL § 3.

I SKM2018.466.SR foretager Skattestyrelsen dog en konkret vurdering af realitetskravet i relation til et holdingselskab. Det fremgår heraf, at:

“Det er Skattestyrelsens opfattelse, at kravet om, at arrangementet kan anses for at være reelt [konkret] skal forstås således, at selskabet skal have personale, som har det nødvendige udstyr til at udøve reel økonomisk virksomhed – og der skal være fysiske lokaler til personalet. Det må videre kunne forudsættes, at det er personalet, som rent faktisk udøver den økonomiske virksomhed.”

Videre følger det af Skattestyrelsens begrundelse, at: *“I relation til den konkrete sag udøver holdingselskabet tilsyneladende ikke en reel økonomisk virksomhed, og der er ingen fysiske lokaler, personale eller udstyr. De påtænkte udlodninger, der følger kort tid efter stiftelsen af holdingselskabet, har karakter af, at der omdirigeres indkomst i forhold til aktionærens personlige økonomi.”*

Skattestyrelsen finder således, at der ikke er tale om et reelt arrangement, da arrangementet tilsyneladende ikke har realitet (substans), desuagtet at afgørelsen vedrører PPT'en, som ikke eksplicit indeholder en realitetstest. Skattestyrelsen synes således at foretage en fortolkning af omgængelsesklausulen, hvorefter eksempelvis den rene holdingskonstruktion, hvor selskabet ikke udøver nogen former for operativ aktivitet med personale, men alene

(passivt) ejer aktier i et eller flere datterselskaber, dårligt vil kunne anerkendes skattemæssigt i konteksten af omgængelsesklausulen. Barren for, hvad der af Skattestyrelsen accepteres som velbegrandede kommerциelle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, synes derved at være sat højt, i hvert fald for så vidt angår rene holdingselskaber.

Skatterådet tiltrådte i SKM2018.466.SR Skattestyrelsens indstilling, men fandt det nødvendigt at fremkomme med egen begrundelse, som ikke synes at indeholde en realitetstest. Skatterådet fremhæver således i deres begrundelse, at fordelene ved dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Singapore alligevel kan opnås, hvis det godtgøres, at der er forretningsmæssige grunde til arrangementet. Konkret fandt Skatterådet, at de oplyste formål med at etablere holdingselskabet i Singapore ikke ansås for tilstrækkelige til at begrunde arrangementet, blandt andet fordi holdingselskabet i Singapore ikke blev anset for at drive *reel økonomisk virksomhed med forvaltning af de underliggende selskaber*. En række ubesvarede spørgsmål synes at opstå på baggrund af SKM2018.466.SR, herunder:

- Hvorvidt Skatterådet med sin argumentation finder, at alene GAAR'en indeholder et realitetskrav og dermed, at GAAR'en og PPT'en i praksis skal fortolkes forskelligt – på trods af Skatteministerens indikationer om det modsatte under høringsprocessen?²⁷
- Såfremt der er forskel på analysen af de to omgængelsesklausuler, hvorvidt Skattestyrelsens indstilling er anvendelig i forhold til GAAR'en?
- Såfremt der ikke er forskel på analysen af de to omgængelsesklausuler, hvorvidt Skatterådets begrundelse for anvendelsen af PPT'en også er anvendelig i forhold til GAAR'en?

Samlet set synes administrativ praksis vedrørende afgrænsningen af reelle arrangementer sparsom, dog således at Skattestyrelsen i SKM2018.466.SR kredsede om et realitetskrav indeholdende et konkret personalekrav.

Ses i stedet mod Skatteministerens udsagn om, at GAAR'en i *et vist omfang* er inspireret af EU-domstolens praksis, formentlig vedrørende den såkaldte EU-retlige misbrugsdoktrin, må det alt andet lige i denne praksis i *et vist omfang* kunne forventes, at Skattestyrelsen vil

²⁵ Skatteministerens svar til Advokatrådet på p. 5, Skatteudvalget 2018-19, L 28 Bilag 1, j.nr. 2017-1461.

²⁶ Se bilag 1 til L 167 2014-15 (1. samling) som også citerer i SKATs bemærkninger til spørgers hørings svar i SKM2017.333.SR.

²⁷ Se blandt andet Skatteministerens svar til FSR, jf. høringskemaets p. 24, Skatteudvalget 2014-15 L 167 Bilag 1, j.nr. 14-5030259, hvoraf det følger, at: *“De to analyser er således ganske ens.”* samt lovforslagets (L 167 2014-15) specielle bemærkninger til § 1, nr. 2: *“Hvorvidt der eventuelt måtte være forskel på de to omgængelsesklausuler er et spørgsmål, der må afklares i domspraksis, herunder ved forelæggelse for EU-domstolen.”*

acceptere, at der hentes inspiration herfra.²⁸ Dette er dog ikke ensbetydende med, at EU-domstolen vil anerkende en sådan kobling.

EU-domstolen fandt i 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*.²⁹ 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*.³⁰ EU-domstolen har senest bekræftet dette i C-504/16 *Deister Holding* og C-613/16 *Juhler Holding*.³¹ EU-domstolens praksis synes således både at indeholde et subjektivt (hvad er hensigten) og objektive element (er der realitet).³² 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 be-

tydning, for så vidt som den i hovedsagerne omhandlede skat og den nævnte afgift henhører under forskellige retlige rammer, der hver især tilsigter forskellige mål.”

I forhold til det objektive element skal det samtidig bemærkes, at generaladvokat Kokott med henvisning til C-504/16 *Deister Holding* og C-613/16 *Juhler Holding* har anført, at den omstændighed, at virksomheden kun består i forvaltningen af aktiver, og at indtægterne alene hidrører fra denne forvaltning, ikke kan medføre, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet. Hun henviser særligt til, at da navnlig formueforvaltende selskaber som sådan ikke har og ikke kan have mange aktiviteter, så bør *der kun stilles ringe krav til dette kriterium*.³³ EU-Domstolen fandt ikke anledning til explicit at tiltræde eller tage afstand fra generaladvokat Kokotts lempeligere substanskrav for så vidt angår rene holdningselskaber, hvorfor dette synspunkt på nuværende tidspunkt må anses for uafklaret.

Med ovenstående ubesvarede spørgsmål efter SKM2018.466.SR *in mente*, samt at det endnu er uvist, hvorvidt EU-domstolens praksis vedrørende den generelle EU-retslige misbrugsdoktrin kan anvendes i relation til den direktivfæstede omgåelsesklause,³⁴ herunder henset til det forskellige ordvalg – realitet versus kunstig – synes Skattestyrelsen i SKM2018.466.SR at sætte barren højt for, hvad der skal anses for reelle arrangementer. Skattestyrelsen synes således 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

28 Se bilag 1 til L 167 2014-15 (1. samling).

29 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.

30 Se C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 65 og 66.

31 Se supra n. 29.

32 Se bl.a. EU-Domstolens udtalelse i de forenede sager C-116/16 og C-117/16, præmis 114, hvoraf det fremgår, at: "med henblik på at bevise, at der foreligger retsmisbrug, kræves der dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. Den omstændighed, at en række holdepunkter foreligger, kan godtgøre, at der foreligger retsmisbrug, forudsat at disse holdepunkter er objektive og samstemmede." *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 69.

33 Se hendes indstilling til Sag C-116/16 (Beneficial Ownership-udbyttesagerne), præmis 55.

34 Se også Bundgaard i *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (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.

etablering, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed, eksempelvis i form af formueforvaltning.³⁵

Med forbehold for den påpegede usikkerhed for anvendelsen af praksis fra EU-domstolen er det således forfatterens opfattelse, at Skattestyrelsens *krav* om personale nok flugter dårligt med EU-retten, hvorefter der kun bør stilles *ringe krav* til kriteriet om økonomisk realitet, herunder personale, da navnlig formueforvaltende holdingselskaber ikke har, og ikke kan have, mange økonomiske aktiviteter. Således er det forfatterens opfattelse, at gyldigt stiftede rene holdingkonstruktioner efter EU-retten formentlig bør accepteres i fraværet af konkrete (subjektive) omstændigheder, der kan tale for, at arrangementet faktisk er et arrangement uden realitet. Omvendt er det klart, at såfremt et gyldigt stiftet selskab *ikke* råder over de *nødvendige* fysiske og personalemæssige ressourcer med henblik på selv at kunne opfylde sit formål (eksempelvis formueforvaltning), kan dette også efter EU-retten udgøre et ikke-reelt arrangement.³⁶ Samlet synes realitetskravet således fortsat ganske uklart både i EU-retten³⁷ og i dansk administrativ praksis.

4. Omgåelsesklausulen per 1. januar 2019

Som tidligere nævnt har Danmark implementeret Skatteudgåelsesdirektivet, herunder den nye – og bredere GAAR, der dog ikke tiltænkes at ændre ved den materielle misbrugsvurdering.³⁸ Det vil altså sige, at såvel analysen som retsvirkningen af bestemmelsen er den samme. En markant forbedring af skatteydernes retssikkerhed kan imidlertid findes i den foreslåede bestemmelses nye stk. 7, som har følgende ordlyd:

»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 afbrudt*

ved told- og skatteforvaltningens fremsendelse til Skatterådet og den skattepligtige af indstilling til afgørelse.«

Det følger heraf, at alle arrangementer, som anses for at være inden for rammerne af den generelle omgåelsesklausul, eller som formodes at kunne være inden for rammerne af omgåelsesklausulen, skal forelægges Skatterådet med henblik på at øge ensartetheden og forudsigeligheden i bestemmelsens forvaltning.

I forbindelse med, at bestemmelsens rækkevidde udstrækkes til også at gælde for dansk selskabsskatteret i sin helhed,³⁹ har skatteministeren haft anledning til at kommentere på, hvad der konkret forstås ved begreberne *“formål”* og *“hensigt”* i et hørings svar til FSR:

“I relation til ligningslovens § 3, stk. 1, spørger FSR, hvad der skal forstås ved “formålet” og “hensigten” med skatteretten i bestemmelsens forstand.”, hvortil der svares: *“Der er tale om to udtryk, hvis betydning utvivlsomt til dels er overlappende. Ved “formål” vil naturligt forstås det udtrykkelige formål, som en bestemt skatteregel har, jf. bestemmelsens forarbejder. 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.”*⁴⁰

Allerede her synes lovgiver at have gået mere proaktivt til værks, end vi så i forbindelse med lovgivningsprocessen vedrørende den eksisterende GAAR. L 167 2014-15 indeholdt således ingen stillingtagen til, i hvilket omfang noget kunne stride mod formålet i direktiverne, hvilket formodentlig i ikke-uvæsentlig grad har medvirket til manglen på denne analyse i den hidtidige forvaltning af reglen.

Det følger endvidere af lovforslagene til den nuværende henholdsvis den tidligere GAAR, at bestemmelsens indhold og anvendelsesområde må anses for værende identiske:

“Den foreslåede omgåelsesklausul [finder] anvendelse på arrangementer eller serier af arrangementer, der ikke

35 Jf. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 64 og 65 samt C-28/95, *Leur-Bloem*, præmis 47 og 49.

36 Se blandt andet generaladvokat Kokott i hendes indstilling til Sag C-117/16 (*Beneficial Ownership-udbyttesagerne*), præmis 56, hvor et lignende synspunkt gøres gældende. Det bør bemærkes, at synspunktet ikke er gengivet eller tiltrådt i de endelige afgørelser af C-116/16 og C-117/16.

37 Se også Ramsdahl Jensen i *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, Bundgaard, Jensen & Winther-Sørensen (red.), 2015, s. 72.

38 Se note 4 for ordlyden af den nuværende bestemmelse.

39 Skatteministerens svar til Advokatrådet på p. 3, Skatteudvalget 2018-19, L 28 Bilag 1, j.nr. 2017-1461: *“Med lovforslaget indføres der i dansk ret en generel omgåelsesklausul, der skal imødegå misbrug af selskabsbeskatningen. Omgåelsesklausulen finder anvendelse på indkomstopgørelsen og skatteberegningen efter selskabsskattereglerne og omfatter derfor ikke moms- og afgiftsreglerne.”*

40 Skatteministerens svar til FSR på pp. 64-65, Skatteudvalget 2018-19, L 28 Bilag 1, j.nr. 2017-1461.

er reelle. Der kan imidlertid også være tilfælde, hvor enkelte trin i eller dele af arrangementet ikke er reelle. Omgåelsesklausulen kan anvendes for at imødegå disse specifikke trin eller dele, uden at dette berører de øvrige reelle trin i eller dele af arrangementet. Arrangementer kan ikke anses for reelle, når de ikke afspejler den økonomiske virkelighed. Dette er tilfældet, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Ved denne vurdering kan der tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede koncerns forhold.⁴¹

Sammenfattende synes der således fra lovgivers side at være tiltænkt identitet i de to bestemmelsers indhold og retsvirkning, hvilket også flugter med, at det fremgår eksplicit af lovforslaget, at:

“De foreslåede bestemmelser indebærer ingen ændringer i den materielle vurdering af misbrug, som anvendes i den gældende omgåelsesklausul.”⁴²

Det synes derfor korrekt at konkludere, at den praksis, som den tidligere udformning af omgåelsesklausulen har givet anledning til, vil kunne anvendes som retningslinjer for, hvilken fortolkning den nye affattelse af bestemmelsen kan forventes at blive undergivet.

5. Konklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at der efter tre år med den generelle omgåelsesklausul i LL § 3, fortsat hersker betydelig usikkerhed om bestemmelsens anvendelsesområde, der i sin natur er generel og bredt formuleret. Med otte afgørelser fra Skatterådet, hvor der foretages en egentlig materiel prøvelse af omgåelsesklausulen, havde det været hensigtsmæssigt, såfremt der i administrativ praksis kunne spores en mere systematisk tilgang til bestemmelsen. Ikke desto mindre synes det muligt at udlede følgende elementer som værende af væsentlig betydning, når det i administrativ praksis skal vurderes, hvorvidt omgåelsesklausulen vil kunne tilsidesætte en skattemæssig fordel:

- Om der består en skattefordel

- Om der består en dokumenteret kommerciel begrundelse
- Om der består et reelt arrangement

Således synes det helt afgørende element i administrativ praksis at være, hvorvidt der opnås en skattemæssig fordel efter direktiverne om direkte beskatning eller de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, som ikke ville have været opnået, såfremt de(t) pågældende arrangement(er) ikke var blevet gennemført. Såfremt det konstateres, at der opnås en sådan skattefordel, synes det efter administrativ praksis herefter at påhvile skatteyderen at dokumentere, at der ligeledes opnås reelle driftsøkonomiske fordele i det land, hvorigennem der opnås en skattefordel. Dette kan blandt andet være i form af investeringsplaner, udvidelsesplaner, igangværende driftsaktiviteter, eller at der for rene holdingselskaber er tilstrækkeligt personale, kapacitet og inventar til at udøve reel økonomisk virksomhed. Det må i denne henseende påpeges, at der fortsat består en betydelig usikkerhed om, hvilke arrangementer der ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. En usikkerhed som kun synes større efter Skattestyrelsens og Skatterådets begrundelser for afgørelsen i SKM2018.466.SR.

Samlet synes Skattestyrelsen og Skatterådet at have anlagt en forholdsvis vidtgående fortolkning af den generelle omgåelsesklausul i LL § 3, herunder særligt i forhold til holdingselskaber. De ubesvarede spørgsmål rejst i denne artikel, herunder; (i) hvorvidt der består et sammenfald i analysen af GAAR'en og PPT'en, (ii) hvorvidt EU-domstolens praksis vedrørende den generelle misbrugsdoktrin kan anvendes til fortolkning af LL § 3, samt (iii) hvorvidt gyldigt stiftede (rene) holdingkonstruktioner kan accepteres, afventer fortsat en forelæggelse for domstolene, og må i sidste ende forventes at blive behandlet i EU-domstolens praksis. Da den hidtidige administrative praksis også forventes at være retningsgivende for fortolkningen af den nye og bredere GAAR fra 1. januar 2019, består denne usikkerhed for rent danske arrangementer.

⁴¹ Skatteministerens svar til FSR på pp. 62-63, Skatteudvalget 2018-19, L 28 Bilag 1, j.nr. 2017-1461. Tilnærmelsesvis indholdsmæssigt identisk med Skatteministerens svar til FSR på pp. 23-24, Skatteudvalget, 2014-15, L 167 Bilag 1, j.nr. 14-5230259.

⁴² Jf. de specielle bemærkninger til § 4, nr. 1, lovforslag nr. 28, samling 2018-19, p.100, venstre kolonne, at: *“De foreslåede bestemmelser indebærer ingen ændringer i den materielle vurdering af misbrug, som anvendes i den gældende omgåelsesklausul.”*