

Beneficial owners

af SUSI HJORTH BÆRENTZEN

Afhandlingen belyser fortolkningen af beneficial owner-begrebet, der i såvel den internationale som den danske skatteret er et af vor tids helt store emner.

Siden 2007 har SKAT rejst adskillige sager om skatteforhøjelse med påstand om manglende indeholdelse af dansk kildeskat på renter og udbytter. Begrundelsen for skattemyndighedernes nægtelse af lempelse er, at de anvendte indskudte mellemholdingselskaber, som har hjemsted i udlandet (typisk EU), ikke er "beneficial owner" af rente- eller udbytteindkomsten fra det danske datterselskab, idet det indskudte selskab udelukkende anses for at være et "conduit company" ("gennemstrømningselskab").

I dansk retspraksis blev den første kendelse i rækken af beneficial owner-sager afsagt af Landskatteretten i marts 2010. Siden er flere kendelser kommet til, og der verserer stadig et betragteligt antal sager med påstand om manglende indeholdelse af dansk kildeskat af renter og udbytter. I december 2011 afsagde Østre Landsret den første dom i en dansk sag om beneficial ownership, hvori Landskatterettens kendelse fra 2010 stadfæstedes. Både kendelserne og dommen har bidraget til afklaringen af fortolkningen af beneficial owner-begrebet og er alle behandlet indgående i denne afhandling.

I international retspraksis har flere udenlandske domme bidraget til afklaringen af begrebet, herunder særligt Indofoods-sagen, hvor den engelske Court of Appeal afsagde dom i 2006 og Prévost-sagen, som den canadiske Federal Court of Appeal afgjorde i 2009. Senest er der fra The Tax Court of Canada kommet en afgørelse i sagen Velcro Canada Inc. i 2012. Sagen bygger videre på principperne fra Prévost og identificerer nøglekriterier for opfyldelse af beneficial owner-begrebet, som udgør en form for dommerskabt test af, hvornår et selskab kan anses som beneficial owner. Alle tre sager er behandlet indgående i dette speciale.

This thesis elucidates the interpretation of the beneficial owner-concept, a concept that in both International as well as in Danish Tax law is one of the most important issues of our time.

Since 2007 the Danish tax authorities have raised a substantial number of cases claiming that the companies in question have neglected to withhold Danish tax on interest and dividends. The authorities' justification for denying the reduction of taxation is that the incorporated holding company, which will usually have their domiciles in a foreign country (typically in the EU), is not the "beneficial owner" of the interests or dividends from the Danish subsidiary. The reason for this is that the holding company is regarded a mere fiduciary and therefore a "conduit company".

The Danish National Tax Tribunal delivered the first judgment in Danish legal practice in March 2010. Since then there have been numerous judgments, and the number of on-going cases is significant. The Eastern High Court of Denmark pronounced the first decision in a Danish case regarding beneficial ownership in December 2011. The decision affirms the judgment from the National Tax Tribunal from 2010. Both the judgments and the decision are thoroughly processed in this thesis.

Several international beneficial ownership-cases have influenced the international legal practice in the field, among these particularly the Indofoods-case from 2006 and the Prévost-case from 2009. The most recent case is the Velcro Canada-case in which the Tax Court of Canada delivered its decision in 2012. The case continues the principles from the Prévost-case and it identifies a set of criteria essential to the fulfillment of the beneficial ownership-test. These criteria form a judge-made test as to when a company can be regarded the beneficial owner of a certain income. All three cases are thoroughly addressed in this thesis.

Indhold

1.0 Indledning.....	4
1.1. Præsentation af emnet.....	4
1.2. Formålet med specialet.....	4
1.3. Afgrænsning	5
1.4. Metode.....	5
2.0 Reglerne om udbytte og renter	5
2.1. Danske nationale regler	5
2.1.1. Renter	6
2.1.2. Udbytte	6
2.1.3. Nedsættelse og frafald af den begrænsede skattepligt.....	6
2.2. Danske dobbeltbeskatningsoverenskomster	6
2.2.1. Hjemsted.....	7
2.2.1.1. Det selskabsretlige hjemstedsbegreb	7
2.2.1.2. Det skatteretlige hjemstedsbegreb	7
2.2.2. Problemstillingen i forhold til hjemsted og dobbeltbeskatningsoverenskomster	8
2.3. Moder-/datterselskabsdirektivet	8
2.3.1. Begrænsning af misbrug i moder-/datterselskabsdirektivet	9
2.4. Rente- /royaltydirektivet.....	12
2.4.1. Begrebet beneficial owner i rente-/royaltydirektivet.....	13
2.4.2. Svig og misbrug i forhold til rente- /royaltydirektivet.....	15
2.5. Forholdet mellem OECD's Modeloverenskomst, moder-/datterselskabsdirektivet og rente- /royaltydirektivet	16
3. Gennemstrømningsselskaber	16
3.1. Indledning	16
3.3. Renter	18
3.4. Betegnelsen gennemstrømningsselskab	21
4.0. Begrebet "beneficial owner"	23
4.1. Indledning	23
4.2. Fortolkningen af "beneficial owner" begrebet	24
4.2.1. OECD's modeloverenskomst	24
4.2.2. International praksis	26
4.2.2.1. Indofoods sagen.....	26
4.2.2.2. Prévost sagen	27
4.2.2.3. Velcro Canada sagen	28

4.2.3. Sammenfatning.....	29
4.2.4. OECD Diskussionsoplæg vedrørende betydningen af Beneficial Owner 2011	29
4.4. Opsamling.....	30
5.0 Begrebet beneficial owner i dansk retspraksis	30
5.1. ISS- sagen TfS 2010, 502 LSR – beneficial owner af udbytter.....	31
5.1.1. Skattemyndighedernes afgørelse	32
5.1.2. Selskabets påstande og anbringender	33
5.1.3. Kendelsens præmisser og udfald	33
5.2. TfS 2010, 974 LSR – Beneficial owner af renter	34
5.2.1. Skattemyndighedernes afgørelse	36
5.2.2. Selskabets påstande og anbringender	36
5.2.3. Kendelsens præmisser og udfald	36
5.2.4. HHU- sagen - TfS 2011, 277 LSR	37
5.3.1. Landsskatterettens kendelse	37
5.4. Cook- sagen TfS 2011, 676 LSR.....	38
5.4.1. Landsskatterettens kendelse	38
5.5. Østre Landsrets dom af 20. december 2011 – ISS sagen	40
5.5.1. Sagens faktum	40
5.5.2. Østre Landsrets dom.....	40
5.5.3. Dommens betydning.....	42
5.6. SKM2012.26 LSR – TfS 2012, 126 LSR.....	43
6.0 Konklusion	44
7.0. Domsliste.....	45
7.1. Danske afgørelser	45
7.2. EU- Domstolens afgørelser	46
7.3. Internationale afgørelser.....	46
8.0. Litteraturliste	46
8.1. Bøger	46
8.2. Tidsskrifter	47
8.3. Lovforslag og skatteministerens udtalelser.....	47
8.4. Erhvervsstyrelsen	48
8.5. Hyperlink.....	48
8.6. Direktiver mv.....	48
8.7. OECD	48
8.8. Diverse.....	49

1.0 Indledning

1.1. Præsentation af emnet

I såvel den internationale- som den danske skatteret, er et af vor tids helt store emner afklaringen af begrebet "beneficial owner" (på dansk "retmæssig ejer"). Nutidens opkøbsstrukturer og holdingselskabsstrukturer aktualiserer i høj grad emnet, og bevågenheden omkring det er derfor stor, både i dansk kontekst og internationalt. Dette speciale omhandler hovedsageligt en fortolkning af begrebet "beneficial owner", med særligt henblik på den nyeste udvikling i dansk og international retspraksis.

Siden 2007 har de danske skattemyndigheder rettet en kontrolindsats mod udenlandske kapitalfondes opkøb af danske selskaber. Kontrolindsatsen har skærpet opmærksomheden omkring arrangementer, der hævdes at have til formål at opnå den mest gunstige skattemæssige løsning gennem udnyttelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster, moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet. Dette har medført, at SKAT har rejst adskillige sager om skatteforhøjelse med påstand om manglende indeholdelse af dansk kildeskat af renter og udbytter. Begrundelsen for skattemyndighedernes nægtelse af lempelse er, at de anvendte indskudte mellemholdingselskaber, som har hjemsted i udlandet (typisk i EU), ikke er "beneficial owner" af rente- eller udbytteindkomsten fra det danske datterselskab, idet det indskudte selskab udelukkende er et såkaldt "conduit company" ("gennemstrømningsselskab").

Den første kendelse i rækken af beneficial owner-sager blev afsagt af Landsskatteretten i marts 2010. Med denne kendelse blev retstilstanden vedrørende grænseoverskridende betalingsstrømme af udbytter, renter og royalties en anelse klarere. Den endelige afklaring af spørgsmålet om, hvilke faktiske forhold der skal foreligge for, at et selskab kan anses som beneficial owner, og dermed under hvilke omstændigheder begrebet kan få praktisk betydning, manglede dog fortsat efter kendelsen.

Siden er flere kendelser kommet til, og der verserer stadig et betragteligt antal sager med påstand om manglende indeholdelse af dansk kildeskat af renter og udbytter. En endelig afklaring af definitionen på begrebet "beneficial owner" er imidlertid endnu ikke fremkommet.

I december 2011 afsagde Østre Landsret den første dom i en dansk sag om beneficial ownership, hvori Landsskatterettens kendelse fra 2010 stadfæstedes. Dommen bringer ikke en endelig afklaring af retstilstanden vedrørende beneficial owner-begrebet i dansk ret, men bidrager desuagtet i væsentlig grad til argumentationen for, hvilke kriterier der skal lægges til grund for vurderingen¹.

I international retspraksis har flere udenlandske domme bidraget til afklaringen af begrebet, herunder særligt *Indofoods*-sagen, hvor den engelske Court of Appeal afsagde dom i 2006 og *Prévost*-sagen, som den canadiske Federal Court of Appeal afgjorde i 2009. Begge sager behandles indgående i dette speciale. Senest er der af The Tax Court of Canada afsagt dom i 2012 i sagen *Velcro Canada Inc.*, der bygger videre på principperne fra *Prévost* og identificerer nøglekriterier for opfyldelse af beneficial owner-begrebet, som udgør en form for dommerskabs test af, hvornår et selskab kan anses som beneficial owner. *Velcro Canada*-sagen bliver ligeledes behandlet i nærværende speciale.

1.2. Formålet med specialet

Formålet med dette speciale er at redegøre for den skattemæssige behandling af et selskab, der er hjemmehørende i et EU-land eller hjemmehørende i et land, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst (herefter "DBO") med. Herunder analyseres den specifikke situation, hvor pågældende selskab ejes af et selskab hjemmehørende i en ikke EU-stat eller et selskab hjemmehørende i en stat, hvormed Danmark ikke har indgået en DBO (det *ultimate* selskab), og *indskydes* mellem dette selskab og dets datterselskab hjemmehørende i Danmark (det *udbetalende* selskab). Helt konkret analyseres den skattemæssige behandling

¹ Se nærmere herom afsn. 5.1.

af udbetalinger af udbytte eller renter fra det udbetalende selskab til det indskudte selskab, og herunder undersøges følgende problemstillinger:

- Hvad forstås ved begrebet "*beneficial owner*" ("*retmæssig ejer*"), herunder hvordan det er defineret i teorien, og hvordan det anvendes i praksis,
- Hvordan begrebet defineres i henholdsvis dansk og international retspraksis, med særlig fokus på de nyeste domme på området.

1.3. Afgrænsning

Problemstillingerne vedrørende international dobbeltbeskatning er talrige, og en redegørelse for samtlige af dem ligger uden for rammerne for et juridisk speciale. Nærværende speciale omhandler derfor primært analysen af begrebet "*beneficial owner*" som bilateral værnsregel ud fra et dansk perspektiv samt en diskussion af de nuværende danske værnsregler mod skattemisbrug, herunder særligt deres praktiske relevans.

Af afgrænsningsmæssige hensyn begrænses de inddragede problemstillinger til udbetalingen af udbytte og renter, men en dybdegående analyse af disse begrebers definition foretages ikke. Ydermere forudsættes det, at modtageren af de pågældende indtægter er en juridisk person, hvorfor eventuelle regler og problemstillinger omhandlende fysiske personer ikke behandles.

Slutteligt lægges til grund, at de foretagne transaktioner mellem selskaberne sker på armslængdevilkår hvorfor problemstillinger vedrørende *transfer pricing* efter ligningslovens § 2 ikke inddrages i dette speciale.

1.4. Metode

Dette speciale udarbejdes med udgangspunkt i den traditionelle retsdogmatiske metode, som tager udgangspunkt i beskrivelse, systematisering og analyse af gældende ret. Der tages således afsæt i retsgrundlaget for den skattemæssige behandling af et selskab, der er hjemmehørende i et EU-land eller hjemmehørende i et land, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst (herefter "DBO") med, herunder særligt den nyeste nationale- og internationale praksis på området, hvorpå analysen af retstilstanden vil bygge.

2.0 Reglerne om udbytte og renter

2.1. Danske nationale regler

Efter dansk national skattelovgivning er selskaber med hjemsted i udlandet skattepligtige til Danmark, såfremt de ejer et datterselskab her i landet, der udbetaler renter og/udbytter til moderselskabet. Efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c og d har Danmark således beskatningsretten, og ovennævnte selskaber er dermed begrænset skattepligtige af indtægterne af renter og udbytter fra pågældende datterselskaber.

Det fremgår endvidere af Selskabsskatteloven² (herefter SEL), at beskatningen skal nedsættes eller frafalde helt under nærmere specificerede omstændigheder.

Skattesatsen for udbytte er pr. 1.1.2012 ændret fra 28 til 27 %³, og skattesatsen for renter er fortsat 25 %, jf. SEL § 2, stk. 2.

² Lovbekendtgørelse nr. 1376 af 7. december 2010 om indkomstbeskatning af aktieselskaber mv.

³ Noter til selskabsskatteloven LBK nr. 1376 af 07/12/2010 jf. § 7, nr. 1 i lov nr. 459 af 12. juni 2009

2.1.1. Renter

Ifølge SEL § 2, stk.1, litra c er et udenlandsk selskab begrænset skattepligtigt af koncerninterne renter. At renterne skal være koncerninterne fremgår af SEL § 2, stk. 2, hvori der stilles krav om, at gælden skal være kontrolleret, for at den begrænsede skattepligt finder anvendelse. Det vil sige, at det modtagende selskab skal oppebære renter fra en dansk kilde vedrørende en gæld, som et selskab har til en juridisk person som nævnt i Skattekontrollovens § 3 B. Med andre ord skal det modtagende og det betalende selskab være koncernforbundne som defineret i § 3 B⁴.

Visse renter er ikke omfattet af skattepligten, hvilket blandt andet omfatter renter, der skal nedsættes eller frafalder helt efter rente-/royaltydirektivet 2003/49/EF eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab er hjemmehørende. Derudover bortfalder skattepligten, hvis det modtagende selskab er i stand til at godtgøre, at den udenlandske selskabsbeskatning af renterne udgør mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning, og at selskabet ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab, der er underkastet en rentebeskatning mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning⁵.

2.1.2. Udbytte

Efter Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c er et udenlandsk selskab begrænset skattepligtigt af udbytte fra et dansk selskab, og det udbyttegivende selskab skal derfor indeholde kildeskat med 27 %. Skattepligten gælder dog ikke for et udenlandsk moderselskab, hvis selskabets beskatning af udbyttet skal nedsættes eller frafalder helt efter moder-/datterselskabsdirektivet 2003/49/EF. Det er i den forbindelse et krav, at moderselskabet ejer mindst 10 % af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab.

Den begrænsede skattepligt gælder endvidere ikke, hvor der sker nedsættelse eller frafald af beskatningen efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende⁶.

2.1.3. Nedsættelse og frafald af den begrænsede skattepligt

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c og d gælder både for udbytteskatten og renteskatten, og det gælder herefter, at beskatningsretten frafalder eller nedsættes, hvis de pågældende indkomster er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomst eller de relevante direktiver. Det kan derudover konstateres, at såfremt indtægten skal lempes efter alene én af de pågældende retsfor skrifter, bortfalder den danske beskatning helt.

2.2. Danske dobbeltbeskatningsoverenskomster

I de tilfælde hvor danske selskaber modtager indtægter fra udlandet, er det essentielt at undgå, at én og samme indkomst beskattes såvel i Danmark som i den udenlandske stat. Før 1994 var den danske regering alene bemyndiget til at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster, men efter en lovændring er det nu Folketingets anliggende at godkende en eventuel indgåelse eller ændring af dem. Danmark har ikke formelt udarbejdet sin egen modelaftale med grundprincipper og retningslinjer for indholdet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og de ca. 70 dobbeltbeskatningsoverenskomster⁷, som Danmark er part i, er derfor indgået med OECD's modeloverenskomst som forbillede⁸.

Særligt i tvivlstilfælde vil der være en meget stærk tendens til at fortolke overenskomsterne i overensstemmelse med modelkonvention og kommentarerne til denne, hvilket for eksempel var tilfældet i dommen TfS

⁴ Skattekontrollovens § 3 B jf. SEL § 2, stk. 1, litra d, 1. pkt.

⁵ SEL § 2, stk.1, litra d, 3. pkt.

⁶ SEL § 2, stk.1, litra c, 3. pkt.

⁷ Kilde: SKAT's hjemmeside: <http://www.skm.dk/love/dbo/?group=all&page=all>

⁸ Werlauff: *Selskabsskatteret 2010/11*, Thomson Reuters, 12. Udgave, 2010, p. 40 m.

1993. 7 Texaco⁹, hvori der udtrykkeligt henvises til OECD's modeloverenskomst og dens kommentarer som en relevant fortolkningskilde af den danske retstilstand på området.

2.2.1. Hjemsted

For at modeloverenskomsten finder anvendelse, er det efter dens artikel 1 et krav, at de fysiske og juridiske personer er *residents (hjemmehørende)* i én eller flere af de kontraherende stater:

*"This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States."*¹⁰

I modeloverenskomstens artikel 4, stk. 1 defineres udtrykket *resident* som følgende:

*"For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof."*¹¹ (min egen fremhævning)

Som kriterier for beskatning som hjemmehørende nævnes:

"domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature" ("*hjemsted, bopæl, ledelsens sæde eller ethvert andet lignende kriterium*"), og det fastlægges endvidere, at det er overladt til den enkelte kontraherende stats interne regler, hvornår der foreligger en sådan tilknytning, at disse kriterier er opfyldt, og om den pågældende skatteyder derfor kan anses for ubegrænset skattepligtig i den pågældende stat.¹²

2.2.1.1. Det selskabsretlige hjemstedsbegreb

Begrebet "hjemsted" i de nationale danske regler er ud over det *skatteretlige* hjemstedsbegreb påvirket af det *selskabsretlige* hjemstedsbegreb, hvorfor dette kort introduceres. I dansk selskabsret anses registreringsstedet for afgørende for den selskabsretlige tilknytning til landet. Denne praksis er for de selskabsretlige regler slået fast ved Erhvervsstyrelsens notat af 10. marts 2009, hvori det anføres, at det hidtidige krav, om at selskabets hjemsted skal være det sted, hvorfra selskabet ledes, modificeres til, at det fremover blot skal være muligt at komme i kontakt med selskabets ledelse på hjemstedsadressen. Dog skal kontakten være reel, hvorfor selskabet ikke kan angive en postboks som hjemstedsadresse¹³. Erhvervsstyrelsens praksisændring tager kun stilling til de selskabsretlige konsekvenser, men ikke til de skatteretlige konsekvenser.

2.2.1.2. Det skatteretlige hjemstedsbegreb

Ifølge SEL § 1, stk. 1, nr.1, er indregistrerede aktie- og anpartsselskaber ubegrænset skattepligtige til Danmark, hvis de er hjemmehørende her i landet. Det har derfor skatteretligt set været diskuteret, om ubegrænset skattepligt fordrer et dobbelt tilknytningskrav, dvs. om aktie- og anpartsselskaber både skal være indregistrerede og hjemmehørende i Danmark¹⁴.

I nyere skatteretlig praksis er der sket en afklaring af spørgsmålet i praksis med TfS 2007,264 H (SKM 2007.151 H). I dommen afgjorde Højesterets flertal, at indregistrering er en nødvendig og tilstrækkelig be-

⁹ Højesterets dom af 18/12 1992, I 323/1991

¹⁰ OECD Model Tax Convention on income and capital, 22 July 2010, Article 1.

¹¹ Ibid.Art. 4, stk. 1.

¹² Michelsen, Aage: *International Skatteret*, 3. udgave, 2003, s. 156 ø.

¹³ Erhvervs- og Selskabsstyrelsens notat af 10. marts 2009 om Ny praksis vedrørende hjemsted

¹⁴ Wittendorff, Jens: *International Skatteret 2011*, SR- SKAT Online, SR.2011.0226 p.1 ø.

tingelse for at statuere skattepligt efter SEL § 1 og dermed for ubegrænset skattepligt. Denne forståelse er kommet klart til udtryk i administrativ praksis, hvilket blandt andet fremgår af ligningsvejledningerne¹⁵, og de danske regler fører nu til, at et dansk aktie- eller anpartsselskab anses for hjemmehørende og dermed ubegrænset skattepligtigt i Danmark, når selskabet er *registreret* her i landet.

2.2.2. Problemstillingen i forhold til hjemsted og dobbeltbeskatningsoverenskomster

Såvel Danmark som de fleste andre EU-lande og OECD-lande anser et selskab for hjemmehørende i det land, hvori det er registreret¹⁶. Der opstår dermed et potentielt problem i forhold til selskaber hjemmehørende i de lande, som Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, og som traditionelt er blevet betragtet som skattelyjurisdiktioner¹⁷, idet disse udenlandske selskaber relativt enkelt ville kunne opnå utilsigtede overenskomstfordele ved at lade indkomster hidrørende fra Danmark gennemstrømme selskaber med hjemsted i et andet OECD-land. Imidlertid gælder for både renter og udbytte efter Modeloverenskomstens artikel 10 og 11, at de pågældende overenskomstfordele alene opnås, såfremt modtageren af de pågældende indkomster er *beneficial owner*¹⁸ af indkomsterne.

Såfremt modtageren er beneficial owner af indkomsterne, er udgangspunktet efter modeloverenskomsten, at indkomsterne beskattes i domicillandet¹⁹. Dog gælder for beskatning af udbytter, at kildestatens beskatningsret afhænger af, hvor stor en del det modtagende selskab ejer af kapitalen i det udbetalende datterselskab. Hvis det modtagende selskab ejer 25 % eller mere af kapitalen i det udbetalende datterselskab, kan kildestaten maksimalt beskatte med 5 %, og hvis ejerskabet er under 25 %, kan kildestaten beskatte med 15 %²⁰.

Endvidere gælder for renter, at disse også kan beskattes delvist i kildestaten efter Modeloverenskomsten, hvorfor kildestaten har beskatningsretten på op til 10 % af rentens bruttobeløb²¹.

Dog er modeloverenskomsten, alene en skabelon for udarbejdelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster, og muligheden for maksimalt at beskatte 10 % af renternes bruttobeløb bliver for Danmarks vedkommende ikke fulgt i alle tilfælde. I omkring halvdelen af dobbeltbeskatningsoverenskomster med Danmark som part, er der aftalt en kildebeskatning mellem 10 % og 15 %, og i enkelte andre tilfælde endnu højere, og i omkring 1/3 af overenskomsterne er kildebeskatningen 0 %²².

2.3. Moder-/datterselskabsdirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet 1990/435/EØF har til formål at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat. Direktivet blev inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 219 af 3/4 1992 og udgør en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater. I det tilfælde, hvor et moderselskab, som er hjemmehørende i ét EU-land, modtager udbytte fra sit datterselskab, som er hjemmehørende i et andet EU-land, og hvor moderselskabet ejer en andel af kapitalen i det betalende datterselskab på minimum 10 %²³, finder direktivet anvendelse.

¹⁵ Ibid, p. 3 ø.

¹⁶ Severin Hansen, Mads: *Beneficial Owner*, TfS 2012, 10/3 2009, p. 5

¹⁷ Begrebet "skattelyjurisdiktion" anvendes selvom OECD's liste over skattelyjurisdiktioner officielt er afskaffet pr. maj 2009, idet processen omkring landenes implementering af Global Forums aftale med skattelyjurisdiktionerne stadig er i gang og et endelig resultat af implementeringen endnu ikke foreligger:

http://www.oecd.org/site/0,3407,en_21571361_43854757_1_1_1_1_1,00.html

¹⁸ Se afsnit 4 for afgrænsning og definition af begrebet *beneficial owner*

¹⁹ OECD's Modeloverenskomst Art. 10, stk. 1, Art. 11, stk. 1 og Art. 12, stk. 1

²⁰ Ibid Art. 10, stk. 2, litra a og b.

²¹ Ibid Art. 11, stk. 2,

²² Dam, Henrik m. fl.: *Skatteret- Speciel Del*, 7. udgave, 2007, p. 102

²³ Moder-/datterselskabsdirektivet art. 3, stk. 1. Før var minimumsandelens 20 %, men er ved Rådets direktiv af 22/12/2003 (2003/123/EF) revideret således at det ejerskabskravet pr. 1/1 2007 bliver nedtrappet til 15 % og pr. 1/1 2009 til 10 %.

Ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, litra b skal begrebet *hjemmehørende* forstås som det sted, hvor selskabet anses for *skattemæssigt* hjemmehørende ifølge en medlemsstats skattelovgivning, og som i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et tredjeland ikke anses for at være hjemmehørende uden for fællesskabet²⁴. Begrebet skal derfor fortolkes i overensstemmelse med medlemsstatens interne regler, ligesom det er tilfældet i OECD's Modeloverenskomst.

Såfremt direktivet finder anvendelse i en given situation, bliver virkningen, at kildelandet er forpligtet til helt at undlade at beskatte det pågældende udbytte, da beskatningsretten er overladt udelukkende til domicillandet, jf. direktivets art. 5. Modsat OECD's Modeloverenskomst indeholder moder- /datterselskabsdirektivet intet krav om, at det modtagende selskab skal være beneficial owner af udbyttet, hvilket medfører, at ejerskabskravet alene bliver afgørende for, om et udbytte er omfattet af direktivet og dermed fritaget for kildebeskatning.

2.3.1. Begrænsning af misbrug i moder-/datterselskabsdirektivet

Som ovenfor anført er kriteriet for fritagelse af kildebeskatning efter moder- /datterselskabsdirektivet udelukkende et ejerskabskrav, og direktivet indeholder i forlængelse heraf en mulighed i artikel 1, stk. 2 for, at skattemyndighederne i de enkelte medlemsstater kan gribe ind over for svig og misbrug. Formuleringen af artiklen lyder:

”Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.”

Bestemmelsen indeholder en mulighed for, at de enkelte medlemslande kan vedtage værneregler mod svig og misbrug i den nationale lovgivning, herunder national praksis og bilaterale aftaler.

Fortolkningen af artikel 1, stk. 2 i forhold til dansk intern ret har været omdiskuteret i teorien og senest med SKM2012.26LSR (TfS 2012, 126) er der kommet et bidrag til fortolkningen af anvendeligheden af moder- /datterselskabsdirektivet.

Tidligere har Landsskatteretten i SKM2010.268LSR udtalt, at der i intern ret skal være hjemmel til at anvende art. 1, stk.2. I den konkrete sag konstaterede Landsskatteretten, at det pågældende holdingselskab måtte anses for rette indkomstmotager, og da der ikke ud fra realitetsbetragtninger kunne ske tilsidesættelse af de foretagne dispositioner, var der ikke intern hjemmel til at nægte selskabet de fordele, der følger af direktivet. Sagens udfald kunne tages til indtægt for en meget vidtrækkende anvendelse af moder- /datterselskabsdirektivet i sager vedrørende beneficial ownership²⁵.

I SKM2012.26LSR var Danmark ApS (Selskabet) et selskab i en stor koncern, og selskabet var indtil 2005 ejet af Bermuda Ltd. (Bermuda). Koncernens ultimative ejer var det børsnoterede amerikanske selskab USA Inc. Selskabet udførte alene salgs- og supportaktivitet, og rapporterede til D Holland B. V. (D Holland), som var ansvarlig for det globale salg uden for USA, Mexico og Canada. Selskabet havde efter stiftelsen i 2000 erhvervet aktierne i D Holland for at minimere skat. I 2005 stiftede Bermuda Cypern Ltd. (Cypern), og Cypern blev derefter indskudt mellem Selskabet og det daværende moderselskab på Bermuda. Købesummen blev aftalt til 90 millioner euro, og Selskabet solgte derpå aktierne i D Holland til sit søsterselskab H Holland. Aktierne blev solgt for 14 millioner euro, og Selskabet bogførte derfor et tilgodehavende for salgspriisen hos H Holland.

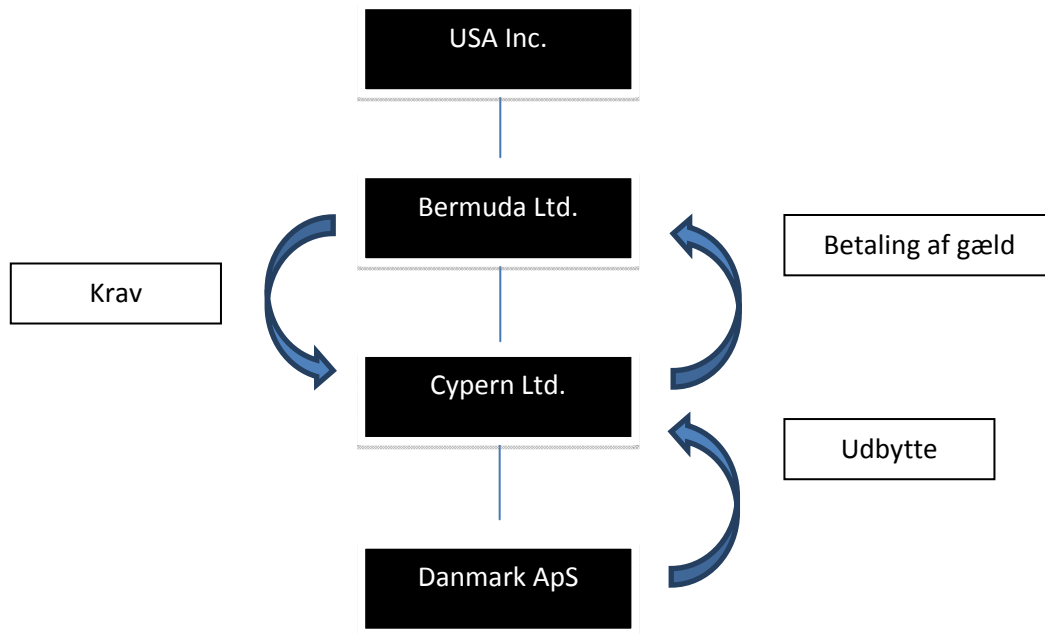
Om baggrunden for omorganiseringen anførtes, at det ikke var hensigtsmæssigt, at de samlede europæiske aktiviteter var kontrolleret af det danske salgs- og supportselskab, hvis ansatte udelukkende var medarbejde-

²⁴ Moder- /datterselskabsdirektivet Artikel 2, stk. 1, litra b.

²⁵ Bundgaard, Jakob: *Sagaen fortsætter-om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership*, Skat Udland, marts 2012, SU 2012, 98, p. 190.

re involveret i salgs- og supportfunktioner på det danske marked, og som derfor ikke havde kompetencer eller ekspertise i relation til ejerskab af de underliggende datterselskaber.

Strukturen kan illustreres således:



I september 2005 vedtog Selskabet at udlodde udbytte med ca. 566 millioner kroner til Cypern. Ifølge Selskabet blev det udbytte, som blev modtaget af Cypern, anvendt til betaling af gælden til moderselskabet Bermuda, som hidrørte fra købet af Selskabet, jf. ovenfor.

I oktober 2006 deklarerede Selskabet endnu et udbytte til Cypern, denne gang på godt 92 millioner kr., og også denne udlodning blev videreført fra Cypern til Bermuda. Om Cypern fremgik af selskabets regnskaber, at den væsentligste funktion for selskabet i de første regnskabsår var at eje aktier i Selskabet, og Selskabet havde derfor hverken lokaler eller personale til rådighed. Om Bermuda var i en henvendelse til SKAT oplyst, at selskabet ejede alle de immaterielle aktiver, som er nødvendige for at producere og markedsføre produkterne uden for USA og forbundne markeder, og aktiviteterne uden for USA er således organiseret under selskabet. SKAT anså Selskabet for indeholdelsespligtigt af udbytteskat, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens (herefter KSL) § 65.

Landsskatteretten kom i sagen frem til, at begrebet ”retmæssig ejer” ikke uden videre kan antages at være sammenfaldende med princippet om ”rette indkomstmodtager” i dansk skatteret. Helt konkret fandt Landsskatteretten, at Cypern- selskabet ikke kunne anses som beneficial owner efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Cypern, hvorfor det cypriotiske selskab ikke ansås for at være berettiget til skattefrihed for udbytter efter overenskomstens art. 10.

Landsskatteretten udtaler:

”Under disse omstændigheder, hvor der indenfor en kortere periode er foretaget flere af hinanden uafhængige transaktioner mellem interesseforbundne parter hjemmehørende i lande, som er beliggende udenfor EU,

og hvormed der ikke er indgået dobbeltbeskatningsaftale påhviler det det danske selskab at godtgøre, at overenskomstens fordele om bortfald af dansk kildeskat skal finde anvendelse”²⁶

”De konkrete omstændigheder, der lægges til grund for, at Selskabet ikke betragtes som beneficial owner er, at Selskabets udlodninger til moderselskabet på Cypern efter overførslen hertil blev **videreoverført til selskabet på Bermuda**. Det cypriotiske selskab, som var stiftet umiddelbart forud for erhvervelsen af anparterne i det danske selskab, var i de pågældende år uden egne lokaler eller eget personale, og havde kun meget beskedne driftsudgifter²⁷. (egen fremhævning)

Det afgørende for vurderingen af, om det pågældende selskab kan anses for beneficial owner, bliver dermed en konstatering af nogle få objektive faktorer frem for en vurdering af den **reelle råderet** over udbyttet, hvilket også bliver fremhævet af Jacob Bundgaard i hans kommentar til dommen²⁸. Bundgaard argumenterer endvidere for, at Landsskatteretten i den konkrete sag snarere anskuer beneficial owner-problematikken som et spørgsmål om mulig underkendelse af et retskraftigt eksisterende selskab, frem for et spørgsmål om reel råderet over en betalingsstrøm.

Dette synspunkt kan jeg kun tilslutte mig, idet Landsskatteretten netop understreger, at det cypriotiske selskab er ”lovligt stiftet og indregistreret på Cypern, hvortil det også er skattepligtigt mv. Selskabet er derfor uanset at selskabet ikke anses for ”retmæssig ejer” af udbyttet-efter dansk ret ”rette indkomstmodtager” af udbytteerne.

Endvidere må jeg tilslutte mig Bundgaards synspunkt med hensyn til faktorerne i vurderingen, da hverken manglende lokaler eller manglende personale kan danne grundlag for at statuere, at et selskab ikke er beneficial owner²⁹.

Landsskatteretten kommer frem til, at det cypriotiske selskab ikke kan anses som ”retmæssig ejer” og derfor ikke er berettiget til overenskomstens skattefrihed for udbytte. Det essentielle spørgsmål bliver herefter, om der kan statures misbrug, og om Danmark overhovedet har interne bestemmelser, der kan anvendes, jf. moder-/datterselskabets art. 1, stk. 2.

Landsskatteretten kommer i den forbindelse frem til, at Danmark ikke har vedtaget lovbestemmelser med dette sigte, men hjemmel til at bortse fra formelt lovlige og korrekte dispositioner i tilfælde af misbrug følger af almindelige retsgrundsætninger, herunder retspraksis. I forhold til faktorerne i misbrugsvurderingen slår Landsskatteretten fast, at en henvisning til, at stiftelsen af selskabet er foretaget af skattebesparelseshensyn, ikke alene kan medføre tilsidesættelsen af et i øvrigt lovligt stiftet selskab jf. Højesterets domme i *Overhold-sagen*³⁰ og *Finwill-sagen*³¹. Endvidere slår Landsskatteretten fast, at den omstændighed, at det cypriotiske selskabs eneste - eller i det væsentligste eneste - aktivitet er at eje anparter i det danske selskab, ikke medfører, at selskabet ikke har erhvervsmæssig drift og fører dermed heller ikke til et andet resultat, end at det cypriotiske selskab skal anses for rette indkomstmodtager af udbyttet udloddet fra det danske selskab, jf. *Johnson- Holding-sagen*³².

2.3.1.1. Melleholdingselskaber og misbrug i EU-retlig forstand

Spørgsmålet om, hvorvidt anvendelsen af melleholdingselskaber i relation til moder-/datterselskabsdirektivet kan udgøre misbrug i EU-retlig forstand er aldrig direkte blevet pådømt af EU-

²⁶ SKM2012.26LSR, Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse, p. 10/11.

²⁷ Ibid, p. 10/11.

²⁸ Up. cit, note 25, p. 192, spalte 1, sektion 2.

²⁹ Se afsnit 6 for en detaljeret redegørelse for begrebet.

³⁰ SKM2003.482

³¹ SKM2006.749

³² TfS 2004, 542

domstolen³³ (tidligere EF-domstolen). Selve formålet med direktivet er at fjerne væsentlige hindringer for etableringen af EU's indre marked³⁴, og overordnet set kan der efter min mening stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt de opstillede kriterier for brugen af mellemholdingselskaber i SKM2012.26LSR er formålstjenstlige.

Spørgsmålet om hvor langt nationale retsregler kan gå for at bekæmpe misbrug uden at være i strid med de traktatsikrede frihedsrettigheder, er behandlet af Europa-Kommissionen i en meddelelse om *"Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelands"*³⁵.

Kommissionen konkluderer i meddelelsen, at:

"nødvendigheden af at forhindre skatteunddragelse eller misbrug kan udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en begrænsning af grundlæggende friheder".

Kommissionen præciserer efterfølgende at *"For at være lovlige skal nationale skatteregler være forholdsmæssige og specielt have til formål at udelukke rent kunstige arrangementer"*³⁶.

Analysen i meddelen er fremkommet på baggrund af EU- domstolens praksis i en række skattesager vedrørende spørgsmålet om svig og misbrug, herunder navnlig Cadbury Schweppes-dommen³⁷. Denne dom slår også fast, at nationale foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug kan være sagligt begrundet, når de tager specifikt sigte på rent kunstige arrangementer. Kommissionen konkluderer dog videre i sin meddelelse, at det er tvivlsomt, hvorvidt præmisserne fra Schweppes-dommen kan fortolkes sådan, at kriterierne kan overføres til andre virksomhedstyper end et finansselskab, som sagen omhandlede. Det anføres at:

*"det ikke er helt sikkert hvordan disse kriterier kan finde anvendelse på f.eks. finansstjenester inden for en koncern og holdingselskaber, hvis aktiviteter normalt ikke kræver en væsentlig fysisk tilstedeværelse"*³⁸.

Efter min mening er denne pointe yderst essentiel for misbrugsvurderingen af mellemholdingselskaber i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet, idet det fremstår tilnærmelsesvist malplaceret at lægge vægt på kriterier, som lokaler og personale når disse kriterier reelt intet siger om, hvorvidt et mellemholdingselskab er et rent kunstigt arrangement, eller om det bedriver reel økonomisk virksomhed.

Som anført af en fransk advokat, Emmanuel Picq: *"A holding company does not necessarily need to have its own premises and salaried personnel to carry out genuine economical activity; the company can effectively be run by its directors..."*³⁹

2.4. Rente- /royaltydirektivet

Rente- /Royaltydirektivet (2003/49EF)⁴⁰ er inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 221 af 31/3 2004 og finder anvendelse, når et moderselskab er *"resident"* (*"hjemmehørende"*) i én EU-medlemsstat og modtager renter eller royalties fra sit datterselskab, som er *"resident"* (*"hjemmehørende"*) i en anden EU-medlemsstat.

³³ Bundgaard, Jakob: Up. cit, note 25, p. 193

³⁴ Næsborg Jensen, Søren: *EU- selskabsskatteret, 1. udgave, 1997, p. 212*

³⁵ KOM(2007) 785: Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg af 10. december 2007: "Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning - i EU og i relation til tredjelands"

³⁶ Ibid , p. 3.

³⁷ Sag C-196/04 Cadbury Schweppes, særligt præmis 51 med henvisninger.

³⁸ Up cit note 35, p. 5

³⁹ Picq, Emmanuel: *European Taxation 01/10/2009-Abuse of EU Holding Companies : Fundamental Freedoms, EC Parent-Subsidiary Directive and the French Constitution*

⁴⁰ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003: *on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*

Begrebet *resident* skal forstås som i moder-/datterselskabsdirektivet og OECD's Modeloverenskomst, og det skal dermed fortolkes i overensstemmelse med de interne regler i den enkelte medlemsstat⁴¹

Herudover er det i modsætning til i moder-/datterselskabsdirektivet et krav i rente-/royalty direktivet, at det modtagende selskab er beneficial owner af de pågældende renter/royalties⁴² og at det modtagende selskab og det udbetalende selskab er *associated (associerede)*⁴³. Kravene til associerede selskaber er, at det betalende selskab skal eje mindst 25 % af kapitalen i det modtagende selskab, *eller* det modtagende selskab skal eje mindst 25 % af kapitalen i det betalende selskab, *eller* et tredje selskab skal eje mindst 25 % af såvel kapitalen i det betalende selskab som af kapitalen i det modtagende selskab⁴⁴. Det bemærkes, at der i 2011 er vedtaget ændringsforslag til direktivet af Europa-Kommissionen, hvoraf de vigtigste er:

- 1) En ændret definition af ”associerede selskaber” som medfører at kapitalkravet nedsættes til 10 %, og at kravet om direkte ejerskab opgives.
- 2) Der indsættes en ny betingelse, så kildelandet kun har pligt til at undlade beskatning af renter og royalties, hvis beløbet i stedet beskattes i det land, hvor modtageren er hjemmehørende⁴⁵.

Konsekvensen bliver, at hvis de ovennævnte betingelser er opfyldt, og der sker rentebetaling mellem associerede selskaber i forskellige EU-stater, er kildelandet, dvs. debitorselskabets land, forpligtet til at undlade at beskatte den pågældende indkomst⁴⁶, hvorfor beskatningsretten alene er forbeholdt domicillandet.

2.4.1. Begrebet beneficial owner i rente-/royaltydirektivet

Ligesom moder-/datterselskabsdirektivet indeholder rente-/royaltydirektivet mulighed for at anvende nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug. Medlemsstaterne kan desuden tilbagekalde fordele i henhold til direktivet eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde⁴⁷. Ved siden af disse værneregler står kravet om, at det modtagende selskab skal være beneficial owner. Begrebet bliver defineret i art. 1, stk.4⁴⁸, hvorefter et selskab kun kan være beneficial owner af renterne, når:

“it receives those payments for its own benefit and not as an intermediary, such as an agent, trustee or authorised signatory, for some other person.”

Direktivets negative definition af begrebet *beneficial owner* er klar og således kan en ”*internedary, such as an agent, trustee or authorised signatory, for another person*”, ikke anses for at være beneficial owner.

Den positive definition af begrebet og rækkevidden af det er derimod ikke klar. Det afgørende er efter direktivets tekst, om selskabet modtager betalingerne ”*for its own benefit*”, og det springende punkt synes således at være forståelsen af dette kriterium.

⁴¹ Senærmere herom afsn. 2.3.

⁴² Council Directive: up cit note 40, art. 1, stk. 1.

⁴³ Council Directive: up cit note 40, art. 1, stk. 7.

⁴⁴ Council Directive: up cit note 40, art. 3, litra b, nr. i, ii, og iii

⁴⁵ European Commission: *Proposal for a Council Directive on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*, COM(2011)714 final, 11/11/2011

⁴⁶ Council Directive: up cit note 40 samt Werlauff: up cit note 8, p. 135 n.

⁴⁷ Council Directive: Up cit note 40, art. 5, nr. 1 og 2.

⁴⁸ Der gøres opmærksom på, at art. 1, stk. 6 definerer beneficial owners for så vidt angår situationer, hvor der er tale om et fast driftssted. Dette aspekt vil ikke blive behandlet i nærværende speciale, idet fokus er begrebet beneficial owners i forhold til selskaber, herunder aktie- og anpartsselskaber, hvorfor det alene er definitionen i direktivets art. 1, stk. 4, der behandles.

Fortolkningen af direktivets beneficial owner begreb fastlægges endeligt af EU- domstolen, for eksempel efter en præjudiciel forelæggelse fra en national domstol efter TEUF art. 267 (tidl. TEF art. 234).

Der findes på nuværende tidspunkt ikke nogen retspraksis fra EU-domstolen vedrørende fortolkningen af beneficial owner i rente-/royaltydirektivet, og direktivets definition af begrebet er ikke udtømmende. En nærliggende kilde til vejledning for EU- domstolens fortolkning af begrebet kunne derfor være afgrænsningen af beneficial owner begrebet i OECD's Modeloverenskomst⁴⁹. Denne tilgang til fortolkningen finder støtte i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i Sag C-397/09 fra 2011⁵⁰, hvori generaladvokaten bemærker at:

*"the Commission's proposal for Directive 2003/49 was influenced by the OECD Model Tax Convention, the main purpose of which is to set out a means of dealing, on a uniform basis, with the most common problems that arise in the context of international juridical double taxation. Its objective is to introduce a system which ensures that the beneficial owner pays tax in his home State and to minimise the taxation and associated administrative burdens borne by the beneficial owner who receives cross-border interest payments."*⁵¹

Det bemærkes hermed, at det er Generaladvokaten Sharpstons opfattelse, at begrebet beneficial owner, som indeholdt i rente-/royaltydirektivets artikel 1, må fortolkes i overensstemmelse med begrebet beneficial owner i OECD's Modeloverenskomst.

Direktivets formål sigter mod at eliminere de forvridninger, der opstår som følge af dobbeltbeskatning, for på den måde at fjerne forvridninger på det indre marked⁵². Henset til dette formål er det efter min mening hensigtsmæssigt at fortolke begrebet på en måde, som ikke lægger unødige restriktioner på selskabernes transaktioner, da dette netop vil fremme en eventuel forvridning. Dette synspunkt underbygges yderligere af det springende punkt i direktivets egen definition: at betalingerne skal være til *eget brug* for det modtagende selskab, og ikke for en *"intermediary, such as an agent, trustee or authorised signatory, for another person."*, jf. ovenfor.

Sammenholdes direktivets formål, definition og negative afgrænsning af begrebet "beneficial owner", leder resultatet i retning af en fortolkning af begrebet, som alene udelukker aldeles kunstige transaktioner, hvor det indskudte mellemholdingselskab ikke i sig selv drager nogen økonomisk fordel af rentebetalingen. Kun i denne situation synes det at være udelukket, at rentemodtageren kan anses som den retmæssige ejer⁵³. Der kan argumenteres for, at situationen er omfattet af direktivet, hvis det modtagende selskab vederlægges på armslængdevilkår, og det bliver herefter afgørende at analysere, om en sådan økonomisk fordel foreligger, og hvis ja, hvilke kriterier⁵⁴ der så kan anvendes til at konstatere den⁵⁵.

⁴⁹ Bundgaard, Jakob: *Rente-/royaltydirektivet i national kontekst*, SU 2009, 61, p. 125 n.

⁵⁰ OPINION OF ADVOCATE GENERAL E. SHARPSTON: Delivered on 12 May 2011 Case C-397/09 Scheuten Solar Technology GmbH mod Finanzamt Gelsenkirchen-Süd (anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesfinanzhof (Tyskland)).

⁵¹ Ibid præmis 66.

⁵² Commission of the European Communities: *Proposal for a council directive on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments, made between associated companies of different Member States*, COM(1998) 67, explanatory memorandum nr. 13.

⁵³ Bundgaard, Jakob: up cit note 49, p. 125

⁵⁴ En analyse af de pågældende kriterier vil ikke indgå i nærværende speciale.

⁵⁵ Bundgaard, Jakob: up cit note 49, p.131

2.4.2. Svig og misbrug i forhold til rente- /royaltydirektivet

Rente-/royaltydirektivets art. 5 indeholder medlemsstaternes mulighed for at indføre nationale og overenskomstmæssige misbrugsregler. Direktivet udelukker ifølge art. 5, stk. 1 således ikke

”anvendelsen af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.”

Ydermere er der i direktivets art. 5, stk. 2 givet medlemsstaterne mulighed for at:

”tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde.”

Såfremt en medlemsstat nægter et selskab direktivets fordele i overensstemmelse med sine internretlige regler, er det EU- domstolen, der bindende fastlægger, om nægtelsen er i overensstemmelse med direktivet.

Hvornår der helt konkret foreligger svig eller misbrug vil Domstolen fortolke i overensstemmelse med sin generelle praksis om svig og misbrug. Dog skal art. 5 fortolkes i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, og der skal derfor *konkret* være tale om svig eller misbrug efter Domstolens fortolkning, for at direktivets fordele kan nægtes af medlemslandet. Dette blev slået fast af Domstolen i *Leur Bloem dommen*⁵⁶. Dommen omhandler fusion og aktieombytning og udtaler, at:

*“A merger or a restructuring carried out in the form of an exchange of shares involving a newly-created holding company which does not therefore have any business **may be regarded as having been carried out for valid commercial reasons**”.*⁵⁷ (min egen fremhævnings)

Det kan altså ikke på forhånd afvises, at det involverede nyoprettede holdingselskab uden aktivitet har et legitimt kommercielt formål. I den konkrete sag var oprettelsen af et tomt holdingselskab ikke udtryk for skattesvig eller misbrug efter fusionsbeskatningsdirektivets definition, og argumentationen kan muligvis overføres til problemstillingen vedrørende fortolkning af svig og misbrug i artikel 5⁵⁸. Essensen af problemstillingen er, at det må forventes, at visse former for brug af gennemstrømmingsselskaber vil kunne anses for svig eller misbrug⁵⁹, men følges argumentationen fra *Leur Bloem*- sagen, kan oprettelsen af et tomt mellemholdingselskab alene ikke være udtryk for skattesvig eller misbrug.

Det faktum, at direktivet indeholder en decideret misbrugsbestemmelse i art. 5, taler imod, at begrebet ”beneficial owner” i direktivet også skal forstås som en misbrugsdoktrin. Det kan derfor ikke antages, at misbrugsbestemmelsen i art. 5 skal indfortolkes i definitionen af beneficial owner i art. 1, stk. 4. Det antages derimod, at hensynet til at undgå misbrug primært varetages af selve misbrugsbestemmelsen i art. 5. En sådan antagelse vil endvidere skabe en sammenhæng mellem fortolkningen af begrebet beneficial owner i henholdsvis rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet, idet sidstnævnte ikke indeholder et beneficial owner begreb som supplement til misbrugsbestemmelsen i art. 1, stk. 2. En sådan sammenhæng er særlig vigtig i forhold til det ultimative formål med begge direktiver: at sikre at det indre marked ikke hæmmes af særlige restriktioner, fordrejninger eller forskelsbehandlinger som følge af medlemsstaternes beskatningsregler.

Hvis det dermed antages, at beneficial owner-begrebet ikke omfatter egentlige misbrugstilfælde, og at disse er henvist til art. 5, taler dette for, at beneficial owner- begrebet i art. 1, stk. 4 fortolkes indskrænkende i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd. Idet dobbeltbeskatningsoverenskomsterne i modsætning til direktivet ikke indeholder en egentlig misbrugsbestemmelse, kan en sådan fortolkning føre til, at beneficial

⁵⁶ EF-Domstolens dom af 17/7 1997, sag C-28/95 *Leur Bloem*, præmis 43.

⁵⁷ Ibid præmis 42.

⁵⁸ Bundgaard, Jakob: up. cit note 25, p. 193

⁵⁹ Se nærmere i afsnit 3 om begrebet ”gennemstrømmingsselskab”

owner begrebet i direktivet fortolkes mere snævert end i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne,⁶⁰ jf. kommentarerne til art. 11, som anfører, at begrebet beneficial owner ikke er anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhæng med og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og skatteundgåelse⁶¹. Ud fra denne betragtning vil det således være lettere at blive betragtet som beneficial owner efter modeloverenskomsten end efter direktivet.

2.5. Forholdet mellem OECD's Modeloverenskomst, moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet

Som tidligere nævnt foreskriver OECD's Modeloverenskomst, at kildelandet kan indeholde 5 % eller 15 % skat på udbytter og 10 % skat på renter. Derimod gælder, at såfremt det modtagende selskab er hjemmehørende i EU, og betingelserne for at anvende enten moder-/datterselskabsdirektivet eller rente-/royaltydirektivet er opfyldt, vil kildelandet være forpligtet til fuldstændigt at fratage beskatning af renter og udbytter, som er udbetalt fra selskabet.

Det kan derfor konstateres, at beskatningen af renter og udbytter for selskabet er mere favorabel efter direktiverne end efter Modeloverenskomsten. Dog er enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster med Danmark som part forfattet således, at beskatningen af renter udelukkende tilfalder domicilstaten, jf. f.eks. art. 11, stk. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg: *"Renter, der hidrører fra en kontraherende stat og betales til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan, hvis denne person er renternes retmæssige ejer, kun beskattes i denne anden stat."* (egen fremhævning)

Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne indgået af Danmark har navnlig betydning i de tilfælde, hvor det udbetalende selskab er hjemmehørende i Danmark, og det modtagende selskab er hjemmehørende uden for EU, og hvor direktiverne derfor ikke finder anvendelse. I forhold til betydningen af DBO'er mellem Danmark og andre EU-lande er denne mindre, men dog stadig vigtig, idet såvel moder-/datterselskabsdirektivet som rente-/royaltydirektivet indeholder ejerskabskrav, som kan tænkes ikke at være opfyldt. Dette gælder særligt i forhold til renter, idet rente-/royaltydirektivet dikterer et ejerskabskrav på 25 %, hvorimod ejerskabskravet i forbindelse med udbytte alene er 10 % efter moder-/datterselskabsdirektivet.

Omvendt kan der opstå situationer, hvor et selskab ikke er berettiget til fordelene efter en given DBO, men hvor betingelserne for fritagelse af kildeskat efter et af direktiverne er opfyldt, jf. for eksempel SKM2012.26LSR som tidligere omtalt⁶²

3. Gennemstrømningselskaber

3.1. Indledning

Efter SEL § 2, stk. 1 er udenlandske selskaber begrænset skattepligtige til Danmark af de renter og udbytter, som de modtager fra deres danske datterselskaber, forudsat at disse udenlandske selskaber er hjemmehørende i et land uden for EU, som Danmark ikke har indgået en DBO med⁶³.

Såfremt disse udenlandske selskaber ønsker at reducere eller undgå den pålignede skat ved udbetalinger fra et datterselskab hjemmehørende i Danmark, er det teoretisk set muligt at gøre det via skatteplanlægning. Helt konkret kan selskaberne hjemmehørende uden for EU eller i et land uden DBO med Danmark indskyde et eller flere holdingselskaber hjemmehørende i EU eller et land, som Danmark har indgået en favorabel DBO med, mellem sig selv som det ultimative selskab og deres datterselskab.

⁶⁰ Bundgaard, Jakob: up cit note 25, p. 131, note 46.

⁶¹ Se nærmere i afsnit 4.2.1.

⁶² Se nærmere herom i afsn. 2.3.1.

⁶³ Se nærmere herom i afsn. 2.1.ff.

Konsekvensen bliver i teorien, at den danske kildeskat minimeres eller undgås, og indtægterne fra det danske, betalende selskab kan via det indskudte selskab kanaliseres videre til det ultimative udenlandske selskab med en væsentlig skattebesparelse til følge.

Denne form for skatteplanlægning forudsætter, at der rent faktisk eksisterer en mulighed for favorabel beskatning i de lande, hvori det indskudte- og det ultimative selskab er hjemmehørende, idet der ellers ikke reelt vil være opnået nogen skattefordel.

Ydermere er det en forudsætning, at betingelserne i den relevante DBO eller i EU-direktiverne er opfyldt, for at den påtænkte skattefordel ikke bliver illusorisk, herunder særligt kravet om, at det modtagende selskab skal være beneficial owner.⁶⁴

De følgende to eksempler redegør for de skattemæssige konsekvenser ved henholdsvis udbetaling af udbytte og udbetaling af renter fra et dansk datterselskab til et mellemholdingselskab, som er indskudt mellem det betalende selskab og det ultimative selskab.

Den fiktive struktur i eksemplerne er ofte set anvendt, om end den er simplificeret. I disse eksempler er det ultimative selskab, Cayco Ltd., et selskab hjemmehørende i en stat uden for EU, som Danmark ikke har indgået en DBO med. Indkomst er typisk skattefri eller yderst lempeligt beskattet efter Cayman Islands interne skattelovgivning. Det indskudte selskab Luxco Sarl., er debitor i konstruktionen og hjemmehørende i Luxembourg, som ikke pålægger kildeskat på rentebetalinger.⁶⁵ USA LLC er et investorselskab hjemmehørende i USA.

3.2. Udbytte

Udlodning af udbytte fra danske selskaber sker efter Selskabslovens §§ 180-184 og er en selskabsretlig disposition, som skal følge de formelle civilretlige regler herom.

Beslutningen om at udlodde udbytte træffes af generalforsamlingen i det udloddende selskab⁶⁶ med simpelt flertal, med mindre selskabets vedtægter bestemmer andet⁶⁷.

Det følger heraf, at det indskudte selskab skal have en ejerandel på mere end 50 % for at få vedtaget en beslutning om udlodning af udbytte.

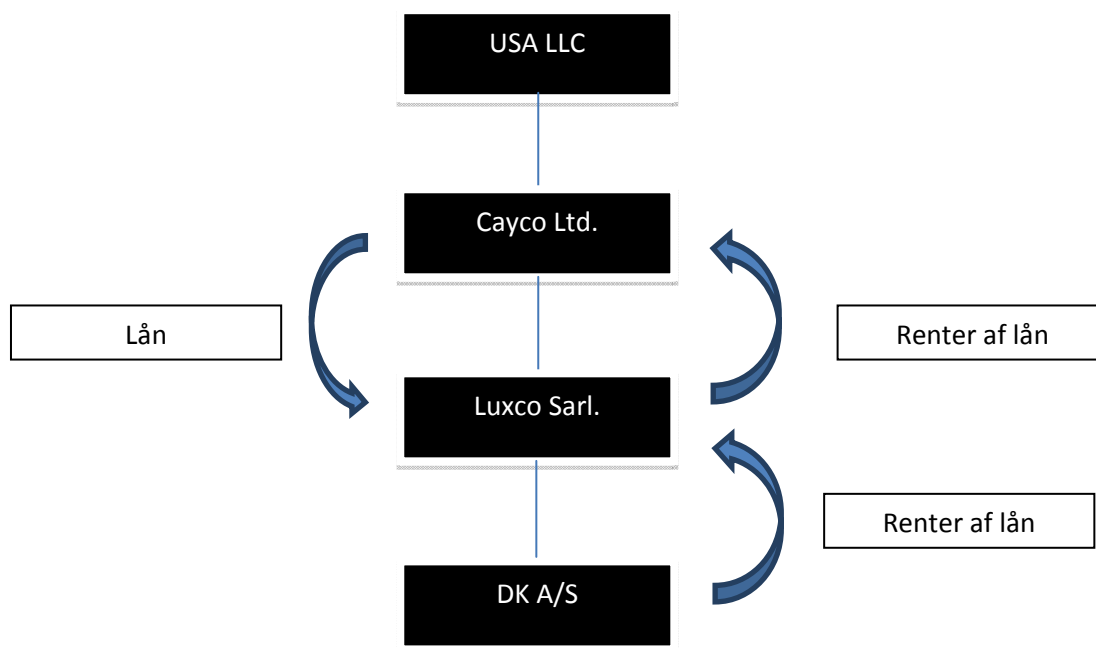
⁶⁴ Det erindres, at der ikke er noget eksplicit krav om "beneficial owner" i moder-/datterselskabsdirektivet jf. afsn. 2.3.

⁶⁵ Winther-Sørensen, Niels og Bundgaard, Jakob: *Beneficial Ownership in International Financing Structures*, Tax Notes Int'l, 19. Maj 2008, p. 588.

⁶⁶ SEL § 180

⁶⁷ SEL § 105

Eksempel - Finansieringsmodel I – Udbytte



I dette eksempel er Cayco Ltd. et selskab hjemmehørende i et ikke-EU/ ikke-DBO land (Cayman Islands) og er derfor begrænset skattepligtig til Danmark for udlodning af udbytte fra sit danske datterselskab DK A/S. Cayco Ltd. yder et lån til Luxco Sarl. til at finansiere købet af samtlige aktiver i DK A/S. Samtidigt med at lånet ydes, indskydes Luxco Sarl., som er hjemmehørende i Luxembourg, som mellemholdingselskab, med henblik på at opnå dobbeltbeskatningsfordele.

Såfremt ejerskabskravet⁶⁸ i moder-/datterselskabsdirektivet er opfyldt, og Luxco Sarl. besidder min 10 % af ejerandelene i Danmark A/S, følger det af direktivet, at beskatningsretten tilfalder Luxembourg. Ifølge Luxembourgs interne skattelovgivning beskattes det modtagne udbytte ikke i Luxembourg, såfremt det udbetalende selskab er omfattet af moder-/datterselskabet, og det modtagende selskab besidder mindst 10 % af aktierne i pågældende udbetalende selskab.⁶⁹ Den skattefrie udbytteindtægt kan Luxco S.a.r.l. herefter med fordel anvende til at betale renterne på lånet, som blev ydet af Cayco Ltd. til overtagelsen af DK A/S. Idet Cayman Islands interne skattelovgivning beskatter renteindtægter yderst lempeligt eller slet ikke, vil DK A/S i bedste fald kunne udbetale skattefrie udbytter til Cayco Ltd. ved at anvende en finansieringsstruktur, hvor udbytterne passerer igennem mellemholdingselskabet Luxco.

Som nævnt under afsnit 4.1. er den danske udbytteskat 27 %, og Cayco Ltd. vil derfor kunne opnå en skattebesparelse på: $\frac{5.000.000 \text{ DKK} * 27 \%}{100 \%} = 1.350.000 \text{ DKK}$ ved en udbyttebetaling på 5 mio DKK fra DK A/S.

3.3. Renter

Renteindtægter fra et dansk datterselskab, som bliver udetalt til et moderselskab hjemmehørende i en ikke-EU/DBO stat, er som udgangspunkt skattepligtige. Ved at indskyde et selskab, hjemmehørende i EU eller i

⁶⁸ Ejerskabskravet er pr. 1/1 2009 10 % jf. moder-/datterselskabsdirektivet art. 3, stk.1, litra a. Se nærmere herom afsnit 2.3.

⁶⁹ Michaels, Jesper og Føgh, Anne Kathrine: *Månedens land- Luxembourg, SU 2006, 35*

en DBO-stat, mellem det danske datterselskab og dets moderselskab, vil de relevante dobbeltbeskatningsfordele kunne nydes fuldt ud.

Ideen med konstruktionen er, at det indskudte selskab vil være berettiget til at reducere indkomstkatten af renteindtægterne fra det udbetalende selskab ved at optage et lån hos det ultimative selskab og dermed opnå fradragsret for renteudgifterne til dette lån.

Det danske datterselskab vil som udbetalende selskab ligeledes være fradragsberettiget for sine renteudgifter efter statsskattelovens § 6, litra e.

Dog findes i den danske skattelovgivning regler om rentefradragsbeskæring, der kan begrænse værdien af rentefradraget. Disse regler er relevante, idet de udgør en hindring for udenlandske koncerner, som ønsker at flytte deres skattebase til udlandet ved stiftelsen af koncerninterne lån for at opnå fradragsret for lånenes renteudgifter, og de vil derfor kort blive introduceret.

Først og fremmest er det en forudsætning, at pågældende koncerninterne lån ydes på markedsvilkår i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter, jf. armslængdeprincippet i ligningslovens § 2.⁷⁰

Endvidere udgør selskabsskattelovens § 11 et værn mod tynd kapitalisering i selskaber, idet den giver hjemmel til at beskære et datterselskabs fradragsret for renter for koncerninterne lån. Dette sker, såfremt selskabets gæld set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1, og den kontrollerede gæld overstiger DKK 10 mio.⁷¹ Ved kontrolleret gæld forstås gæld, som debitor har til juridiske personer som nævnt i LL § 2, stk. 1, dvs.:

1. gæld til kontrollerende juridiske personer,
2. gæld til juridiske personer, der kontrolleres af debitorselskabet,
3. gæld til juridiske personer, der er koncernforbundet med debitorselskabet, eller
4. gæld til udenlandske juridiske personer med fast driftssted i Danmark.⁷²

SEL § 11 B bygger på samme idé som reglen om tynd kapitalisering og fjerner helt konkret fradrag for gæld, der overstiger den skattemæssige værdi af aktiverne. Til forskel fra reglen om tynd kapitalisering omfatter § 11 B dog al gæld, også gæld til uafhængige långivere⁷³. Reglen medfører, at et dansk selskab alene kan fradrage indkomstårets nettofinansieringsudgifter (herunder renteudgifter), i det omfang disse ikke overstiger den skattemæssige værdi af selskabets aktiver⁷⁴ ganget med standardrenten, som for 2012 er 3,5 %.⁷⁵

Beskæringen kan dog maksimalt nedsætte indkomstårets fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter til et grundbeløb på 21.300.000 kr.

Slutteligt findes i SEL § 11C EBIT- reglen (*Earnings Before Interest*), der supplerer renteloftsreglen ved at præcisere, at den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter maksimalt kan nedsættes med 80 pct. som følge af nettofinansieringsudgifterne efter eventuel fradragsbeskæring efter § 11 B⁷⁶. Konsekvensen heraf bliver, at det pågældende selskab under alle omstændigheder skal betale skat af 20 % af sin samlede skattepligtige indkomst, rentefradragsbeskæring eller ej. Dog kan nettofinansieringsudgifterne maksimalt nedbringes til DKK 21.300.000, som det også er tilfældet med renteloftsreglen.

⁷⁰ Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten* 3, 4. udgave, 2006, p. 354.

⁷¹ Dam, Henrik m.fl.: *Skatteret- Almen Del*, 2007, 8. udgave, p. 558.

⁷² Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten* 2, 4. udgave, p. 385.

⁷³ Hansen, Søren Friis og Stockholm, Jeppe R: *IFA Nationalrapport 2008- Nye tendenser i den skattemæssige behandling af rentebetalinger mellem selskaber*, Afsnit C, linje 10.

⁷⁴ Disse er defineret i SEL § 11 B, stk. 5 og stk. 6.

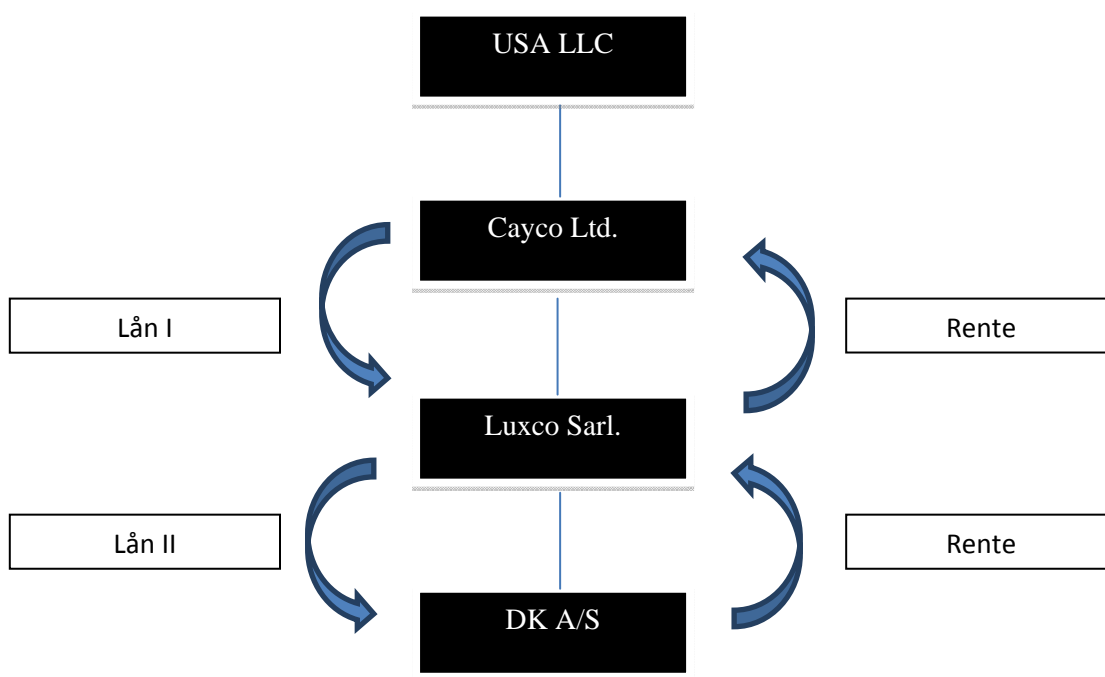
⁷⁵ Ligningsvejledningen 2012 – S.I.4- Beskæring af rentefradrag (renteloft)

⁷⁶ Ligningsvejledningen 2012-1, S.I.5

Overordnet set udgør rentefradragsbeskæringsreglerne en hindring for udenlandske koncerner, som søger at forskyde deres skattebase ud af Danmark, men de eliminerer langt fra muligheden for, at disse udenlandske selskaber kan konstruere en form for skatteplanlægning, der gør det muligt.

I det følgende eksempel er der således ikke taget højde for de danske rentefradragsbeskæringsregler.

Eksempel – Finansieringsmodel II- renter



I dette eksempel er Cayco Ltd. ligeledes et selskab hjemmehørende i en ikke-EU/ ikke-DBO land (Cayman Islands). Luxco Sarl. er derimod hjemmehørende i EU (Luxembourg) og bliver indskudt mellem Cayco og dets danske datterselskab DK A/S for at opnå dobbeltbeskatningsfordele. Såvel rente-/royaltydirektivet som DBO'en mellem Danmark og Luxembourg kan anvendes til at opnå dobbeltbeskatningsfordelene, såfremt betingelserne er opfyldt. Det er indregnet i den forbindelse, at kildebeskatningen efter den dansk- luxembourgske DBO er 0 %⁷⁷. Såvel en effektivering af den dansk- luxembourgske DBO som rente-/royaltydirektivet vil medføre, at beskatningsretten til lån 2 tilfalder Luxembourg som domicilland. Luxco Sarl. vil herefter som hovedregel være skattepligtig af renteindtægterne, som modtages fra det danske datterselskab, da Luxco Sarl. er hjemmehørende i Luxembourg og dermed fuld skattepligtig dertil⁷⁸

Luxembourg har ikke nogen intern regel om tynd kapitalisering, hvilket gør det muligt at optage et tilsvarende lån hos Cayco (lån 1), hvormed renteudgifterne fra lån I kan trækkes fra renteindtægterne fra lån II. Luxco anvender herefter renteindtægterne fra lån 2, som selskabet modtager fra DK A/S, til at betale renterne på lån 1.

⁷⁷ Jf. afsn. 2.2.2.

⁷⁸Michaels, Jesper, up. Cit, n. 69, p. 1.

Som hovedregel indeholdes der ikke kildeskat på renter i Luxembourg, og renteindtægter, som Cayco modtager fra Luxco, vil typisk være lavt beskattet, eller helt fritaget for beskatning på Cayman Island. Det er dog et krav efter de interne luxembourgske skatteregler vedrørende koncerninterne lån, at der består et såkaldt ”*arm’s length interest spread*” mellem hhv. indlåns- og udlånsrentesatserne. Der skal derfor være en difference mellem rentesatserne på lån 1 og lån 2, og rentesatserne skal i øvrigt skal være i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter. Differencen kommer herefter til beskatning i Luxembourg og udgør et langt mindre beløb end det fuldstændige rentebeløb i Danmark.

Dermed bliver det muligt for DK A/S at udbetale renter til Cayco Ltd. stort set skattefrit ved at lade dem passere igennem et mellemholdingselskab i Luxembourg.

Den danske kildeskat på renter er 25 %, jf. Selskabsskattelovens § 2, stk. 2.

3.4. Betegnelsen gennemstrømningselskab

Hvor et mellemholdingselskab indskydes mellem det ultimative selskab og det udbetalende selskab, anvendes i OECD’s Modeloverenskomst termen ”*conduit company*” (på dansk ”*gennemstrømningselskab*”). Termen ”gennemstrømningselskab” anvendes i dansk kontekst i to modsatrettede betydninger:

- 1) et mellemholdingselskab, der er indskudt mellem det ultimative selskab og det udbetalende selskab, og som kan være beneficial owner af de udbetalte indtægter, og
- 2) som et selskab, der alene er en nullitet eller administrator, som anvendes til at viderekanalisere indtægt fra det udbetalende selskab til det ultimative selskab med det formål at opnå en utilsigtet skattefordel, og som ikke kan være beneficial owner af de udbetalte indtægter.

I kommentaren til OECD’s Modeloverenskomst anvendes begrebet gennemstrømningselskab om et selskab, hvorigennem der sker en kanalisering af kapital, uden at denne transaktion nødvendigvis medfører en skattemæssig korrektion. Kommentaren henviser til rapporten ”*Double Taxation and the Use of Conduit Companies*”, som er udarbejdet af Committee on Fiscal Affairs⁷⁹, og denne rapport konkluderer i forhold til art. 10 vedrørende udbytter, at:

*“a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company)”*⁸⁰. (egen fremhævning)

Af denne konklusion følger, at termen ”*conduit company*” (*gennemstrømningselskab*) dækker over et selskab, som **normalt** ikke kan anses for beneficial owner. Hvis man slutter modsætningsvist fra denne formulering, bliver resultatet, at det pågældende mellemholdingselskab **kan** anses som beneficial owner, og at termen dermed **ikke** dækker over et selskab, der alene er en **nullitet eller administrator**, som anvendes til at viderekanalisere indtægt fra det udbetalende selskab til det ultimative selskab med det formål at opnå en utilsigtet skattefordel, og som **ikke kan anses som beneficial owner af de udbetalte indtægter**.

I modsætning hertil står termen ”gennemstrømningselskab”, som den anvendes i Danmark, særligt af skattemyndighederne, og som refererer til et selskab, som netop *er* en administrator eller nullitet, og som derfor ikke kan anses som beneficial owner.

Det fremgår af skattemyndighedernes argumentation i såvel TFS 2010,502LSR, TFS 2010, 974 LSR og Østre Landsrets Dom af 20. december 2011, at de pågældende selskaber blev nægtet de skattemæssige fordele,

⁷⁹ Se nærmere i afsn. 4.2.1.

⁸⁰ OECD, up. cit, n. 10 pkt. 12.1.

fordi de blev anset for at være rene gennemstrømningsselskaber og derfor ikke kunne anses som beneficial owners af de pågældende indtægter.⁸¹ Begrundelsen for, at selskaberne var "rene gennemstrømningsselskaber" var helt konkret, at selskaberne ikke havde haft den fornødne rådighed over det udloddede udbytte og rentebetalingerne, men at anvendelsen af de modtagne betalinger derimod var fastlagt af de bagvedliggende ejere, hvilket ifølge skattemyndighederne gjorde de pågældende mellemholdingselskaber til rene administratører.

Skattemyndighedernes anskuelse støttes af Skatteministerens kommentar til en række lovforslag, der er vedtaget af Folketinget gennem de seneste år, samt ministerens svar på spørgsmål til disse lovforslag. For eksempel i forbindelse med behandlingen af lovforslag 213 fra 2007 og lovforslag 202 fra 2009, hvor Skatteministeren udtaler:

*"Det bemærkes, at indgående udbytter ikke vil være skattefrie, selvom udbytterne udloddes af et selskab indenfor EU/EØS eller et land, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvis dette selskab er et gennemstrømningsselskab og datterselskabet, der er hjemmehørende udenfor EU/EØS i et land, der ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark"*⁸²

Skatteministeren konkluderer hermed, at et gennemstrømningsselskab terminologisk ikke kan være beneficial owner af kapitalen, som bliver kanaliseret igennem det.

Ydermere kommenterer skatteministeren i lovforslag L 30, om ændring af DBO'en mellem Danmark og USA, fra 2006, at:

*"Et rent gennemstrømningsselskab, som er hjemmehørende i udlandet, f. eks. Luxembourg, vil ikke være retmæssig ejer af udbyttet, jf. bemærkningerne til artikel 10 i OECD modeloverenskomsten (afsnit 12.1)"*⁸³

Det må formodes, at skatteministeren med denne kommentar henser til konklusionen fra "Committee on Fiscal Affairs", der konstaterer, at et selskab, der fungerer som en administrator, eller er en nullitet, ikke kan være beneficial owner, og at han sidestiller et *rent gennemstrømningsselskab* med en administrator eller en nullitet. Sluttes man modsætningsvist fra skatteministerens udtalelse, er hans holdning umiddelbart, at de selskaber, som ikke er *rene* gennemstrømningsselskaber kan anses for beneficial owners i visse tilfælde. Hvor han så rent faktisk drager grænsen mellem de *rene* gennemstrømningsselskaber og andre, og hvilke kriterier der lægges til grund for vurderingen, kommenterede han ikke yderligere på.

Der kan efter min mening ikke være tvivl om, at termen "gennemstrømningsselskab" skal forstås i overensstemmelse med kommentaren til modeloverenskomsten, og at et sådant selskab derfor ikke er udelukket fra at være beneficial owner. Termen vil derfor i nærværende speciale blive anvendt i overensstemmelse med denne opfattelse, således at et gennemstrømningsselskab kan anses for beneficial owner, såfremt de pågældende krav hertil i øvrigt er opfyldt.

Overfor skattemyndighedernes argumentation i ovennævnte sager, står påstanden fra selskabernes repræsentanter om, at de pågældende mellemholdingselskaber aldrig vil kunne anses for gennemstrømningsselskaber, idet kapitalen rent faktisk *ikke er* blevet kanaliseret videre til de bagvedliggende ejere, hvilket i sagens natur må udelukke, at der er tale om et gennemstrømningsselskab.

Denne tilgang modsiges i sagerne af skattemyndighederne med et argument om, at kommentarerne til OECD's Modeloverenskomst skal fortolkes således, at det ikke er afgørende for hvorvidt mellemholdingselskabet er den retmæssige ejer af betalingerne, om betalingerne reelt er kanaliseret videre til de bagvedliggende investorer.

⁸¹ Dommene behandles i detaljer senere i afsn. 5

⁸² Forslag til Lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love 18/4 2007, specielle bemærkninger til § 1, nr. 6, bilag p. 88.

⁸³ Skatteudvalget 2006/07, L 30, endeligt svar på spørgsmål 2

Sidstnævnte synspunkt finder ligeledes støtte i skatteministerens kommentarer til et lovforslag L202, hvori han kommenterer på et opstillet eksempel, der skitserer et dansk datterselskab (DK), der ejes af et mellemholdingselskab i Luxembourg (LUX), som igen ejes af et selskab i Panama (PA). Ministeren bliver bedt om at bekræfte, at LUX må anses for beneficial owner af udbytte modtaget fra DK, og at udlodningen af udbyttet til LUX derfor kan ske uden indeholdelse af kildeskat. Af Skatteministerens svar fremgår det, at:

”Det bemærkes, at det ikke udelukker, at PA anses som ”beneficial owner”, at LUX ikke faktisk videreudloder udbyttet, men i stedet anvender det til indfrielse af gæld.”⁸⁴

I en række spørgsmål fra FSR til Skatteministeren i forbindelse med et lovforslag, bliver han anmodet om en kommentar til betydningen af begrebet gennemstrømningselskab i forhold hans kommentar i lovforarbejderne til L 213, hvortil han svarer at:

”Skatteministeriet har vanskeligt ved at se, hvordan det i det nævnte eksempel kan påvises, at Cayman Island-selskabet er et gennemstrømningselskab, idet der - i modsætning til det omtalte eksempel i bilag 26 til L 213 - ikke rent faktisk føres en pengestrøm gennem Cayman Island-selskabet”.

Der er med andre ord flere modstridende udmeldinger fra skatteministeren, i forhold til, hvorvidt det må anses for at være et krav, at indkomsten er kanaliseret videre til de bagvedliggende ejere, for at det indskudte mellemholdingselskab ikke kan anses for beneficial owner af indtægten.

Problemstillingen vil blive behandlet nærmere nedenfor i afsnit 5. om begrebet ”beneficial owner” i dansk retspraksis.

4.0. Begrebet ”beneficial owner”

4.1. Indledning

Begrebet ”beneficial owner” har sin oprindelse i *Common law*- retssystemet, som primært anvendes i USA og UK, og begrebet stammer derfor fra en anden retstradition end i Danmark, hvor vi anvender *civil law*- retssystemet. Begrebet anvendes i dansk ret både i den originale form og under det danske udtryk ”*retmæssig ejer*”, som er at betragte som synonym.

Der er væsentlige forskelle imellem de to retssystemer, blandt andet sonderer man i *common law* lande mellem det *økonomiske* (reelle) og det *juridiske* (formelle) ejerskab. Denne sondring findes ikke i *civil law*- lande, og derfor heller ikke i Danmark, hvorfor man i Danmark civilretligt set anser ejendomsretten for værende samlet og som altovervejende hovedregel for at være placeret hos den samme person. For at fastlægge, hvem der i *skattemæssig* forstand er ejer af aktivet efter dansk ret, henses til hvem der i civilretlig henseende besidder hovedvægten af de sædvanlige ejerbeføjelser⁸⁵. Ejendomsretten beskrives civilretligt set som retten til:

”udelukkende og almindelig råden over ting i enhver henseende, hvor der ikke ved lovgivning, aftale eller andet særligt retsgrundlag er gjort indskrænkninger.”⁸⁶

Beneficial owners begrebet vedrører det økonomiske ejerskab og et typisk eksempel på dette ses i trustretten i *common law*- lande. Her anvendes en såkaldt *trustee*, som besidder de juridiske rettigheder over et aktiv på vegne af en *beneficiary*, som er den begunstigede, og som har de økonomiske rettigheder til aktivet og dermed også er beneficial owner.⁸⁷ Dog skal begrebet ikke forstås lige så snævert og teknisk som i trustretten,

⁸⁴ Skatteudvalget 2008/2009 L 202, Kommentar på henvendelse af 20. maj 2009 fra Kromann-Reumert

⁸⁵ Dam, Henrik: *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, 1. udgave, p. 336.

⁸⁶ Krüger Andersen, Paul: *Dansk Privatret*, 13. udgave, p. 16

⁸⁷ *Law and Practice of International Finance*, Phillip Wood, Sweet & Maxwell, 1. Udgave 2008, p. 302.

men derimod fortolkes ud fra sin kontekst og i lyset af formålet med dets indførelse, hvilket dette kapitel vil beskæftige sig med.

4.2. Fortolkningen af ”beneficial owner” begrebet

På grund af forskellene i de respektive retstraditioner og divergensen i forhold til ejendomsretten, bliver det relevant at fastlægge om ”begrebet ”beneficial owner” skal fortolkes autonomt, dvs. internationalt og uden inddragelse af intern ret, eller om begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med intern ret, hvilket bliver særligt relevant i tvivlstilfælde.

4.2.1. OECD’s modeloverenskomst

Begrebet ”beneficial owner” har tidligere været anvendt i en række dobbeltbeskatningsoverenskomster (DBO’er) allerede fra 1940’erne og fremefter, blandt andet i den dansk-engelske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 27. marts 1950⁸⁸. Det var i denne DBO en betingelse for lempelse af kildeskat på udbytte, at modtageren var beneficial owner af aktierne i det udbyttebetalende selskab.

Begrebet blev indført i OECD’s modeloverenskomst i 1977 i artikel 10 om udbytte, artikel 11 om rente og artikel 12 om royalties for at adressere et specifikt problem, der påvirkede kildestaten. Næmlig det tilfælde, hvor overførslen af indkomst sker til et selskab i en tredjestat.

Før 1977 revisionen var ordlyden af modeloverenskomsten (fra 1963):

“However such dividends may be taxed in the contracting state of which the company paying the dividends is a resident, and according to the laws of that State, but the tax so charged shall not exceed...”

Efter revisionen af modeloverenskomsten i 1977 er kravet om, at modtageren skal være beneficial owner, eksplicit nævnt i artikel 10, 11 og 12:

*“However such dividends may be taxed in the contracting state of which the company paying the dividends is a resident, and according to the laws of that State, **but if the recipient is the beneficial owner of the dividends, the tax so charged shall not exceed...**”* (egen fremhævning)

Ifølge konventionen fra 1977 var det ikke muligt at opnå lempelse af kildeskatten i det tilfælde, hvor et selskab er indskudt imellem den begunstigede og det betalende selskab, med mindre den retmæssige ejer var hjemmehørende i en anden kontraherende stat. Kommentaren til 1977 modeloverenskomsten bidrog ikke i høj grad til fortolkningen af dette kriterium, men anførte blot at:

*“The limitation of the tax in the State of source is not available when an intermediary **such as an agent or a nominee** is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner of the income is a resident of the other contracting state”*⁸⁹

På baggrund af rapporter fra hhv. 1987⁹⁰ og 2002⁹¹ uddybes betydningen af begrebet ”beneficial owner” i revisionen af modeloverenskomsten fra 2003. I denne revision understreges det, at termen ikke blot skal anvendes i en:

⁸⁸ Skatteministeriets cirkulære nr. 120 af 11. juni 1951

⁸⁹ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Commentary on Article 10/1977, afsnit 12

⁹⁰ OECD, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, in International Tax Avoidance and Evasion, Issues in International Taxation Series No. 1, 98, 1986

⁹¹ OECD, *La limitation du droit aux avantages des conventions fiscales, in questions de fiscalité internationale*, 2002 Nummer. 8

”snæver teknisk betydning, men snarere skal forstås ud fra sin kontekst og i lyset af hensigten og formålet med konventionen herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.”⁹² (egen fremhævning).

Med andre ord lægger kommentaren fra 2003 op til, at begrebet skal fortolkes ud fra konteksten, hvilket også understøttes af det faktum, at ingen af OECD medlemslandenes nationale retssystemer har en præcis definition af begrebet.⁹³ Med andre ord ville en fortolkning ud fra national lovgivning give anledning til problemer, fordi medlemslandene ville have forskellige synspunkter i forhold til, hvem der egentlig er beneficial owner. Dette ville øge risikoen for dobbeltbeskatning, hvilket klart er i strid med konventionens hensigt og formål.

Rapporten fra 1987 anfører endvidere at:

*“It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company). In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorize it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary”.*⁹⁴ (min egen fremhævning)

Den seneste kommentar fra 2010 til Artikel 1 i modeloverenskomsten fastlægger endvidere kriterierne for at anse investeringsfonde (collective investment vehicles CIV) for beneficial owners:

*“Accordingly, a vehicle that meets the definition of a widely-held CIV will also be treated as the beneficial owner of the dividends and interest that it receives, so long as the managers of the CIV have discretionary powers to manage the assets generating such income (unless an individual who is a resident of that State who would have received the income in the same circumstances would not have been considered to be the beneficial owner thereof)”*⁹⁵(egen fremhævning)

Sammenfattende udleder den løbende revision af modeloverenskomsterne og OECD-rapporterne fra hhv. 1987 og 2002 en *substance-over-form* doktrin, der fremhæver det *reelle ejerskab* som det afgørende kriterium for, om et selskab kan anses som beneficial owner. I forlængelse heraf fremgår det, at et selskab ikke kan anses som beneficial owner, såfremt dets reelle beføjelser er så snævre, at det i realiteten er en *nullitet* eller *administrator*.

Denne doktrin støttes af det nyeste udkast til kommentarer til modeloverenskomsten fra 2010, hvori OECD for første gang foreslår at foreslå en generel definition af beneficial ownership:

“The recipient of a dividend is the "beneficial owner" of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend; also, the use and enjoyment of a dividend must be dis-

⁹² OECD Model: Commentary on Article 10, 2003, pkt. 12.1.

⁹³ Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft, Prof. Dr. Robert Danon, Université de NEUCHÂTEL, 15.7.2011, p. 5.

⁹⁴ OECD: up. cit, n. 10, pkt. 12.1.

⁹⁵ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: commentary on Article 10, 1 pkt. 6.14, 22 July 2010

*tinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the shares on which the dividend is paid.*⁹⁶”

4.2.2. International praksis

Selvom der fortsat er mange omdiskuterede spørgsmål vedrørende begrebet beneficial owner, har den internationale praksis på området bidraget til fortolkningen af begrebet. Dog er der i de internationale domme vedrørende beneficial owners heller ikke fuldstændig enighed om, hvorvidt begrebet skal fortolkes fuldstændigt autonomt, eller med inddragelse af intern ret.

4.2.2.1. Indofoods sagen

*Indofoods sagen*⁹⁷ var en civilretlig tvist, hvori der blev afsagt dom af den engelske Court of Appeal i marts 2006. Med denne dom skete der for første gang en domstolsprøvelse af anvendelsesområdet af begrebet ”beneficial owner” på baggrund af bemærkningerne til OECD’s Modeloverenskomst fra 2003.⁹⁸

Genstand for sagen var et indonesisk selskab (Indofoods), som udstedte virksomhedsobligationer på det internationale marked for at rejse kapital. Hvis udstedelsen havde fundet sted i Indonesien, skulle der efter indonesisk ret indeholdes 20 % skat på alle renteindtægter udbetalt til investorerne. For at undgå denne indeholdelse oprettede Indofoods et datterselskab på Mauritius (FinCo.), som optog et lån og udstedte obligationerne, hvorefter Indofoods optog et tilsvarende lån hos FinCo. på tilsvarende lånevilkår. JP Morgan var trustee og emissionsbank for långiver.

Indeholdelsen af skat på renteindtægter betalt af Indofoods til udstederen blev ved denne konstruktion nedsat fra 20 % til 10 % i overensstemmelse med DBO’ en mellem Mauritius og Indonesien. Samtidigt skulle FinCo. som udsteder ikke indeholde skat af renter til långiver, da Mauritius ikke havde indført krav om indeholdelse af skat af renter betalt til udenlandske investorer.

Obligationerne kunne indløses i juni 2007 eller før tid, hvis der indtrådte *markante ændringer* i indonesisk ret i en sådan grad, at rentebetalingerne fra Indonesien blev pålagt en kildeskat på mere end 10 %. Tilbagekøbsretten gjaldt dog ikke, hvis udstederen åbenbart kunne undgå denne konsekvens ved at foretage *reasonable measures*.

I 2005 blev DBO’ en mellem Indonesien og Mauritius opsagt og arrangementet blev derved urentabelt for Indofoods, som derfor gerne ville indløse før tid. Omvendt var det i långivers interesse, at arrangementet fortsatte, hvorfor JP Morgan som deres repræsentant nægtede at godkende indløsningen baseret på et argument om, at arrangementet kunne opretholdes ved indskydelse af et selskab etableret i Holland (NewCo) mellem Indofoods og FinCo. NewCo ville da blive betragtet som beneficial owner, hvorved DBO’ en mellem Holland og Indonesien ville finde anvendelse.

Den engelske Court of Appeal konkluderede, at NewCo ikke ville blive anset for beneficial owner, idet den blandt andet anvendte kommentaren til OECD modeloverenskomsten fra 2003 til at argumentere for, at begrebet ikke skal fortolkes ud fra en snæver teknisk betydning, men skal fortolkes autonomt og ses i lyset af formålet og hensigten med konventionen. Retten udtaler, at begrebet beneficial owner:

”is to be given an international fiscal meaning not derived from the domestic laws of contracting states”, og at begrebet ikke kan begrænses af:

“so technical and legal an approach. Regard is to be had to the substance of the matter.”

⁹⁶ Clarification on the meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention Discussion Draft, 29. April 2011 til 15 juli 2011, kommentarer til Articles 10, 11 and 12, pkt. 12.6

⁹⁷ Indofoods International Finance Limited v JP Morgan Chase Bank NA, London Branche, 2/3 2006.

⁹⁸ Booker, Thomas: *Beneficial Owner*, SU 2011, 415

Retten konkluderede herefter i præmis 44 at:

*“Such an exception can hardly be described as the **full privilege** needed to qualify as the beneficial owner, rather the position of the Issuer and NewCo equates to that of an **administrator of the income**. (min egen fremhævning)*

Uanset at domstolen gav udtryk for at ville anvende en autonom fortolkning af begrebet, endte den derfor alligevel med at lægge sondringen mellem den juridiske ejendomsret og den økonomiske ejendomsret til grund. Den sondring der hidrører fra common law- retstraditionen.

I Indofoods sagen blev der dermed lagt vægt på *substance-over-form* doktrinen, idet dommen fremhæver kriteriet om det *reelle ejerskab* som det afgørende og slår fast, at et selskab ikke kan anses som beneficial owner, såfremt dets reelle beføjelser er så snævre, at det i realiteten er en *nullitet* eller *administrator*.

4.2.2.2. Prévost sagen

Et helt anderledes udfald kom der i *Prévost-sagen*, som blev afsagt af den Canadiske Court of Appeals i 2009. Prévost Car Inc.(Prévost) var et canadisk selskab, som udbetalte udbytte til et mellemholdingselskab i Holland (PH). Aktierne i PH var ejet af Volvo (51 %) i Sverige og Henly's (49 %) i England. Volvo og Henly's havde indgået en aktionæroverenskomst, hvorefter ikke mindre end 80 % af overskuddet i Prévost og PH ("The corporate Group") skulle uddeles til Volvo og Henly's. Generelt var enhver udbetaling af udbytte til Volvo og Henly's betinget af, at The corporate Group havde tilstrækkelige finansielle ressourcer til at imødekomme kravene til driftskapital på tidspunktet for udbetalingen.

Prévost Holding var et rent holdingselskab og havde ikke eget kontor i Holland, men havde derimod udelukkende en registreret kontoradresse ved et management-selskab i Amsterdam. De havde ingen ansatte og ingen andre investeringer end deres aktier i Prévost.

Både The Canadian Tax Court og The Federal Court of Appeal kom frem til, at Prévost Holding var beneficial owner af det udbetalte udbytte. De lagde især vægt på, at PH ikke var part i aktionæroverenskomsten mellem Volvo og Henly's, hvilket betød, at hverken Volvo eller Henly's kunne foretage retlige skridt overfor PH, hvis selskabet ikke fulgte den udbyttepolitik, som parterne havde vedtaget i aktionæroverenskomsten.

The Federal Court of Appeal slår i dommen fast at:

*“...the beneficial owner of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received. The person who is the beneficial owner is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership.”*⁹⁹ (min egen fremhævning).

Prévost sagen understreger, at det afgørende for, hvem der anses for beneficial owner, er, hvem der besidder rådigheden og risikoen i forhold til indkomsten. Derudover slår den fast, at det afgørende kriterium ikke er, om det er det ultimative selskab, dvs. det sidste led, der modtager indkomsten.

Endelig lægger dommen vægt på, at det ikke udelukker et holdingselskab fra at være beneficial owner, at det ikke har fysiske rammer med ansatte og eget kontor. Dommen er med andre ord udtryk for, at en konstatering af, at overskud udloddes til de ultimative aktionærer via et holdingselskab ikke er tilstrækkeligt til ikke at anse det pågældende holdingselskab som beneficial owner. Der stilles krav om omstændigheder ud over denne konstatering, og i den konkrete sag var det ikke tilstrækkeligt, at der var indgået en aktionæroverenskomst, som ikke var bindende for holdingselskabet. Samlet set fandt domstolen ikke, at konstruktionen indebar en udnyttelse af DBO'en i strid med dennes formål.¹⁰⁰

⁹⁹ Prévost Car Inc. V Her Majesty the Queen, 26/2- 2009, præmis 100

¹⁰⁰ Booker, Thomas: up. cit, n. 98

4.2.2.3. Velcro Canada sagen

I *Velcro Canada* sagen¹⁰¹ fra 2012 behandlede The Tax Court of Canada spørgsmålet om, hvorvidt et hollandsk selskab ifølge DBO'en mellem Holland og Canada kunne anses som beneficial owner af royalties, der var udbetalt til selskabet fra et canadisk datterselskab. Retten konkluderede, at det hollandske selskab ikke blot var en "conduit-enhed" ("gennemstrømningselskab") for det ultimative selskab, som var hjemmehørende på de Nederlandske Antiller, hvilket de canadiske skattemyndigheder ellers havde nedlagt påstand om.

Velcro Canada Inc (VCI) indgik i 1987 en licensaftale med Velcro Industries BV (VIBV), en aftale der gav VCI ret til at anvende VIBV's immaterielle rettigheder til at fremstille og sælge produkter til gengæld for royaltybetalinger. På daværende tidspunkt var VIBV hjemmehørende i Holland. Fra 1987 til 1995 betalte VCI royalties til VIBV og indeholdt canadisk skat på 10 % som følge af DBO'en mellem Canada og Holland, frem for en sats på 25 %, der ellers ville være gældende, såfremt der ikke været en DBO.

I oktober 1995 gennemgik Velcro selskabsgruppen en reorganisering, hvilket resulterede i, at VIBV i stedet blev hjemmehørende på de Nederlandske Antiller. Et land som Canada ikke havde indgået en DBO med. Den følgende dag overdrog VIBV sine rettigheder og forpligtelser efter den oprindelige licensaftale til selskabet Velcro Holdings BV (VHBV). VHBV var et datterselskab hjemmehørende i Holland. I henhold til overdragelsesaftalen fik VHBV overdraget rettighederne til at udstede licenser til VCI og til at modtage royalties fra VCI. VHBV betalte VCI en procentdel af nettoomsætningen fra licensprodukterne på armslængdevilkår. Betalingen skulle efter aftalen erlægges inden 30 dage efter, at VHBV havde modtaget royaltybetalingerne fra VCI. Nettoomsætningen udgjorde ca. 90 % af royaltybetalingerne modtaget fra VCI, og ejerskabet af de immaterielle rettigheder vedblev med at være hos VIBV. VCI indeholdt skat for royaltybetalingerne til VHBV til en sats på 10 % i overensstemmelse med DBO'en indtil december 1998, hvor royaltysatsen blev ændret til 0. De canadiske skattemyndigheder påstod, at VCI var indeholdelsespligtigt af skat på 25 % af de royaltybetalinger der var foretaget til VHBV i skatteårene 1996-2004. Skatteyder appellerede denne afgørelse.

De canadiske skattemyndigheder nedlagde påstand om, at VIBV, som var hjemmehørende på de Nederlandske Antiller, var beneficial owner af royalty-betalingerne fra VCI hidrørende fra skatteårene 1996-2004, og at VHBV, som var hjemmehørende i Holland, blot var en "conduit-enhed" ("gennemstrømningselskab") og dermed ikke beneficial owner af royalty-betalingerne.

Skatteyder påstod på den anden side, at VHBV var beneficial owner af de pågældende royaltybetalinger.

The Tax Court of Canada fandt, at VHBV var beneficial owner af de pågældende royaltybetalinger, og kendelsen blev ikke appelleret, hvorfor det er præmisserne fra The Tax Court of Canada, som vil blive gennemgået i nærværende speciale.

Retspræsident Rossiter tager i *Velcro Canada*-sagen udgangspunkt i den definition af "beneficial owner", som blev lagt til grund i *Prévost*-sagen: "...the beneficial owner of dividends is the person **who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received**" jf. ovenfor. (min egen fremhævnings)

Af *Prévost*-sagen udleder Rossiter 4 elementer til fastlæggelsen af, hvor den pågældende beneficial owner skal findes: "*Possession, use, risk and control*" ("råderet, anvendelse, risiko og kontrol"), og danner hermed grundlag for en dommerskabt test for, hvornår modtageren af beløbet må anses som beneficial owner.

I forhold til den pågældende sag, lagde retten vægt på, at VHBV havde den juridiske ret til at modtage royalties fra VCI. Royaltybetalingerne blev indsat på en konto, hvorover VHBV havde fuldstændig råderet og kontrol. Betalingerne blev hér sammenblandet med andre indeståender, blandt andet hidrørende fra VHBV's udlånsvirksomhed, og var således ikke indsat på en separat konto. VHBV omvekslede royalty-betalingerne fra canadiske dollars til US dollars for at betale VIBV og udsatte dermed sig selv for *risikoen* for kurssving-

¹⁰¹ *Velcro Canada Inc. V: Her Majesty the Queen*, 24/2-2012

ninger. Det faktum, at beløbene blev sammenblandet på VHBV's konto, vejede særligt tungt, idet retten fandt af dette gav VHBV de fornødne beføjelser i forhold til midlernes *anvendelse*. Ydermere fremgik royalty-betalingerne som aktiver på VHBV's regnskabsopgørelser, hvorfor betalingerne var tilgængelige for selskabets kreditorer, samtidigt med, at VCI ikke var tildelt prioritet som kreditor.

Selvom VHBV var forpligtet til at betale 90 % af royalty-betalingerne til VCI var de faktisk betalte midler ikke de samme som de modtagne midler qua sammenblandingen. Det betød, at der ikke var tale om en automatisk strømning af specifikke midler.

Retten udtaler endvidere, at:

*"It is only when there is "absolutely no discretion" that the Court take the draconian step of piercing the corporate veil."*¹⁰²

Med denne udtalelse synes retten at slå fast, at såfremt elementerne i beneficial owner-testen er opfyldt, er modtageren af beløbet beneficial owner, og at selv begrænsede beføjelser kan betyde, at testen er opfyldt.

Sagen synes at understrege, at beneficial owner konceptet ikke kan anvendes som en generel anti- misbrugsbestemmelse i kampen mod formodede treaty-shopping arrangementer, uanset at selskabet ikke har substans i form af ansat personale og et kontor eller ubegrænsede beføjelser, og uanset at holdingstrukturen er etableret med en skattebesparelse for øje.

Velcro Canada- sagen afviger dermed ligesom *Prévost*-sagen fra *Indofoods*- sagen, der anlagde en "substance-over-form" tankegang.

4.2.3. Sammenfatning

I betragtning af, at ingen af OECD medlemslandene har en præcis definition af begrebet beneficial owner, og at denne definition ultimativt bliver afgørende for anvendelsen af traktatsfordele og allokeringen af retten til beskatning mellem de kontraherende stater, fremtræder nødvendigheden af en ensartet fortolkning ud fra sammenhængen særdeles tydeligt. Den internationale retspraksis slår fast, at begrebet skal fortolkes autonomt og ud fra sammenhængen for at stemme overens med formålet og hensigten med OECD's modeloverenskomst. Dette understreges også i *Indofoods* sagen, hvor det slås fast, at begrebet "beneficial owner":

*"is to be given an international fiscal meaning not derived from the domestic laws of the contracting States"*¹⁰³

4.2.4. OECD Diskussionsoplæg vedrørende betydningen af Beneficial Owner 2011

På baggrund af de risici for dobbeltbeskatning og manglende beskatning der opstår ud fra medlemslandenes forskellige fortolkninger af beneficial owner i OECD Modeloverenskomst, har OECD's Committee on Fiscal Affairs udarbejdet et forslag til præciseringen og afklaringen af begrebet. Behovet for præcisering opstår endvidere af medlemslandenes mulighed for at anvende national ret til at definere begreber, som ikke er defineret i traktaten jf. Modeloverenskomstens art. 3, stk.2:

"As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State."

Begrebet blev oprindeligt indført i traktaten for at præcisere betydningen af formuleringen: "*paid...to a resident*" ("*udbetalt... til en person der er hjemmehørende*") i artikel 10, 11 og 12. Med præciseringen blev det tydeliggjort, at kildestaten ikke er forpligtet til at give afkald på sin beskatningsret, alene fordi indkomsten bliver betalt til en person, som er hjemmehørende i en stat, som kildestaten har indgået en DBO med.

¹⁰² Ibid, præmis 52.

¹⁰³ *Indofoods International Finance Limited v JP Morgan Chase Bank NA, London Branche, 2/3 2006*

Som ovenfor nævnt skal begrebet fortolkes autonomt og ud fra sammenhængen, for at stemme overens med formålet og hensigten med OECD's modeloverenskomst. Den nuværende kommentar afklarer dog ikke eksplicit, om begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med national lovgivning, eller om det har en specifik betydning efter modeloverenskomsten.

Derfor forsøger diskussionsoplægget at udvide kommentaren til Modeloverenskomsten med en tilføjelse til definitionen af beneficial owner i traktatsammenhæng, hvori det præciseres, at fortolkningen af begrebet ud fra sammenhængen:

“ ... does not mean, however, that the domestic law meaning of "beneficial owner" is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary.”¹⁰⁴

Med den foreslåede udvidelse lægges der antageligt op til en form for kompromis i forhold til den autonome fortolkning. Umiddelbart virker en sådan tilføjelse uhensigtsmæssig af flere grunde. Først og fremmest slår kommentaren til Modeloverenskomsten grundlæggende fast, at begrebet beneficial owner skal fortolkes ud fra sammenhængen af den traktat, det er nævnt i. Hvis dette udgangspunkt fastholdes, er det relevant at iagttage reglerne om fortolkning af traktater i Wienerkonventionen fra 1969, navnlig Artikel 31:

“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”¹⁰⁵

Med dette kriterium in mente erindres formålet og hensigten med de foreslåede præciseringer: at undgå dobbeltbeskatning eller manglende beskatning som følge af forskellige fortolkninger af begrebet beneficial owner.

4.4. Opsamling

Summen af kommentarernes hensigt og formål, samt den internationale praksis, der fastslår en autonom fortolkning af Modeloverenskomsten, og den generelle udvikling af kommentarerne i retning af en fortolkning af traktaten ud fra dens sammenhæng frem for en snæver og teknisk national fortolkning, giver efter min mening et langt mere præcist grundlag for fortolkningen af begrebet beneficial owner end den foreslåede tilføjelse til Artikel 10, 11 og 12 i OECD's modeloverenskomst.

Til gengæld er det min overbevisning, at forslaget til en generel definition af beneficial ownership, som nævnt ovenfor under 1.2.1., er et kvalificeret skridt i retningen af en international konsensus om definitionen og omfanget af begrebet. Denne generelle definition synes ydermere i trit med den internationale praksis og princippet om, at begrebet skal fortolkes i sammenhæng med den traktat, det vedrører. Omvendt kan der også argumenteres for, at det næppe vil være i hverken skatteydernes eller skattemyndighedernes interesse, hvis der bliver lagt en for fast definition af begrebet "beneficial owner". For skattemyndighedernes vedkommende kan muligheden for at foretage korrektioner blive begrænset drastisk, og for skatteydernes vedkommende kan en for fast definition betyde, at det bliver for svært at opfylde kravene.

I det følgende afsnit foretages en gennemgang og analyse af de seneste sager om beneficial owners ved hhv. Landsskatteretten og Østre Landsret

5.0 Begrebet beneficial owner i dansk retspraksis

Selvom betydningen af beneficial owner begrebet endnu ikke er endeligt afklaret i dansk ret, er der kommet adskillige bidrag til fortolkningen af begrebet, siden den første kendelse i en beneficial owner sag blev afsagt

¹⁰⁴ OECD: up. cit, n. 10, pkt. 12.1.

¹⁰⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31, stk. 1, 1969

af Landsskatteretten i marts 2010 (TfS 2010, 502 LSR¹⁰⁶). Sagen vedrørte indeholdelsespligt for udbytteudlodning, og allerede i november samme år faldt endnu en kendelse (TfS 2010, 974 LSR¹⁰⁷). Denne gang vedrørende indeholdelsespligten for koncerninterne renter. Begge kendelser vedrørte den samme virksomhed, og i begge kendelser gav Landsskatteretten skatteyderen medhold. I december 2010 kom den første kendelse fra Landsskatteretten, der gav skattemyndighederne medhold (TfS 2011,277 LSR). Sagen omhandlede indeholdelsespligt for renteudbetalinger og kort efter fulgte endnu en rentesag (TfS 2011,676LSR), som skattemyndighederne ligeledes vandt.

5.1. ISS- sagen TfS 2010, 502 LSR – beneficial owner af udbytter

Sagen vedrører spørgsmålet om indeholdelsespligt af kildeskat for en udlodning af udbytte fra et dansk selskab til dets moderselskab, hjemmehørende i Luxembourg. De danske skattemyndigheder havde fundet, at udbyttet var skattepligtigt, begrundet i at selskabet ikke var beneficial owner, idet det ikke ansås for at have nogen aktiviteter og endvidere ikke fandtes at have nogen selvstændig ret til at disponere over udbyttebeløbene.

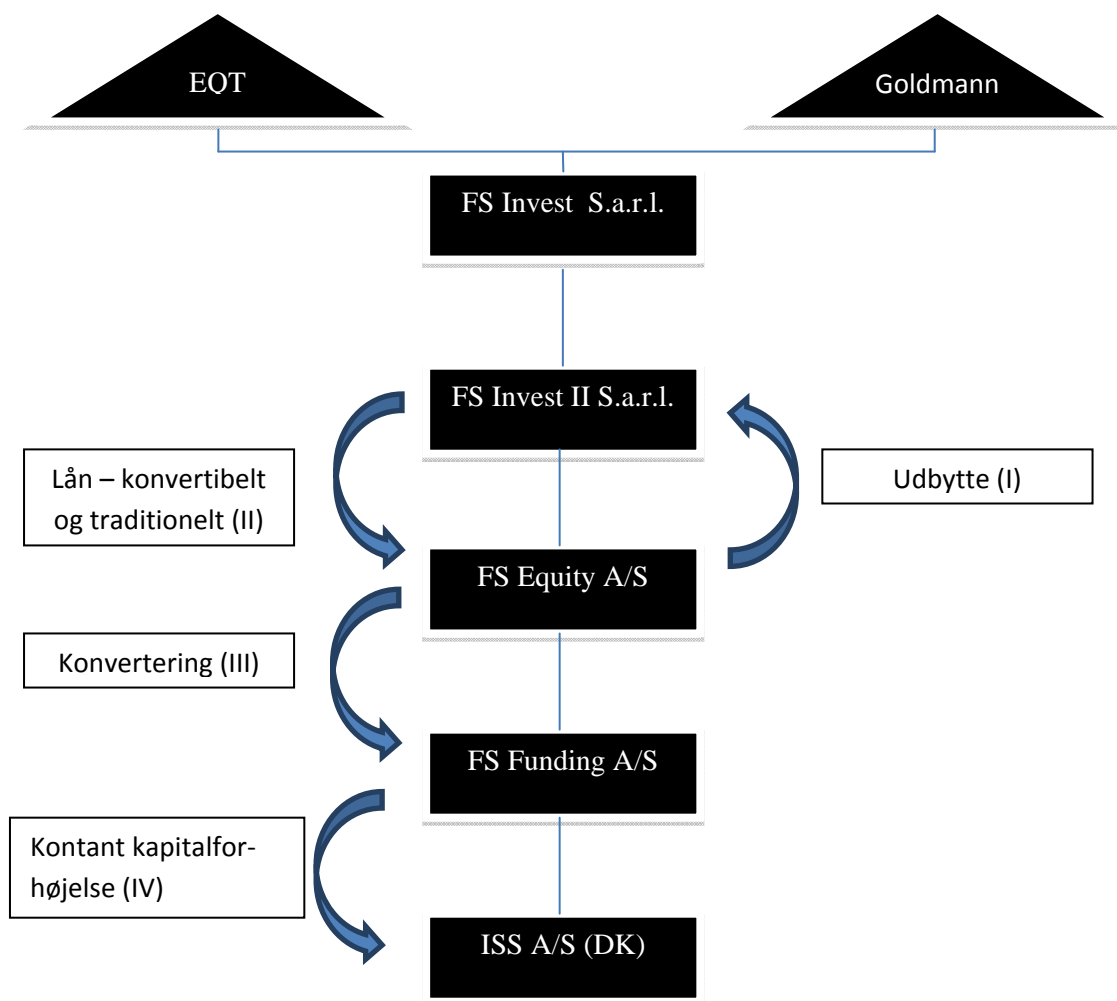
Der var i sagen tale om, at en række kapitalfonde under hhv. EQT og Goldman Sachs opkøbte et dansk aktieselskab via et holdingselskab i Luxembourg. Aktionærgrupperne i kapitalfondene var et antal "Limited Partnerships" etableret i Delaware, på Guernsey, i Tyskland og på Bermuda. Investorerne i kapitalfondene var flere hundrede institutionelle investorer, herunder pensionskasser, pengeinstitutter, investeringsforeninger og -selskaber, "funds og funds" samt hundredvis af privatpersoner.

Opkøbet skete ved, at et andet dansk aktieselskab (FS Funding A/S, herefter "FS A/S"), som ligeledes var ejet af kapitalfondene, købte targetselskabet (ISS A/S) fra de hidtidige aktionærer. På den måde blev FS A/S holdingselskab for targetselskabet ISS A/S. Efterfølgende stiftede kapitalfondene et nyt dansk selskab (FS Equity A/S, herefter "FSE A/S"), hvori FS A/S blev apportindskudt. Dermed blev FS A/S et helejet datterselskab af FSE A/S, hvilket udgjorde en dobbelt dansk holdingstruktur. Herefter blev den danske holdingstruktur indskudt i en dobbelt holdingstruktur beliggende i Luxembourg, som bestod af FS Invest S.a.r.l.(herefter FSI S.a.r.l.) og FS Invest II S.a.r.l. (herefter FSI II S.a.r.l.)

¹⁰⁶ SKM2010.268LSR

¹⁰⁷SKM2010.729LSR

Strukturen kan illustreres således:



Straks efter at strukturen var på plads, blev der aflagt årsrapport for FSE A/S, og der blev ligeledes afholdt ordinær generalforsamling, hvor det blev besluttet at udlodde udbytte til moderselskabet FSI II S.a.r.l. Efter denne udlodning ydede FSI II S.a.r.l. to lån til FSE A/S, (et konvertibelt og et traditionelt lån) som i alt svarede til værdien af det deklarerede udbytte.

Samtlige holdingselskaber havde som eneste aktivitet at eje og finansiere deres datterselskab, og de havde ligeledes ingen ansatte, idet den daglige administration mv. blev varetaget af kapitalfondenes administrationselskaber.

5.1.1. Skattemyndighedernes afgørelse

Skattemyndighederne havde fundet at der bestod en begrænset skattepligt for de bagvedliggende ejere efter SEL § 2, stk. 1, litra c, og at der dermed bestod en indeholdelsespligt for det danske datterselskab jf. KSL § 65. Skattemyndighederne argumenterede for en autonom fortolkning af begrebet beneficial owner og de inddragede dermed ikke interne danske regler eller principper i deres betragtning. Skattemyndighederne fandt at FSI II S.a.r.l. ikke var beneficial owner af udbyttet. Dette resultat kom de til ud fra en fortolkning af den dansk-luxembourgiske DBO fra 1980 baseret på kommentaren til OECD's Modeloverenskomst art. 10. Skat-

temyndighederne fandt, at kommentaren skulle forstås således, at det ikke i sig selv er afgørende, at udbyttebeløbene ikke umiddelbart er videreført til de bagvedliggende ejere. Det afgørende var efter skattemyndighedernes opfattelse derimod, at den formelle beløbsmodtager FSI II S.a.r.l. ikke havde beføjelser til selv at råde over det udbetalte beløb, idet de bagvedliggende ejere på forhånd havde afgjort, hvorledes det indkomne beløb skulle administreres.

Samlet set påstod skattemyndighederne, at FSI II S.a.r.l. alene var indskudt som et mellemliggende holdingselskab uden aktiviteter og uden en reel selvstændig ret til at disponere over udbyttebeløbene. På denne baggrund, anså skattemyndighederne hverken den relevante DBO eller moder-/datterselskabsdirektivet for at kunne forhindre kildelandsbeskatning til Danmark. I forhold til EU-retten anførtes alene, at denne ikke afskærer Danmark fra at gennemføre en kildelandsbeskatning, når det selskab, som er beneficial owner af beløbene er hjemmehørende uden for EU.

5.1.2. Selskabets påstande og anbringender

Selskabets påstand bestod i, at indeholdelsespligten på udbyttet fra FSI II S.a.r.l. skulle ophæves, idet man anførte, at:

- 1) Selskabet var beneficial owner af det modtagne udbytte i DBO's forstand.
- 2) Selskabet havde et ubetinget krav på skattefrihed for udbyttet i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet.

Selskabets repræsentant argumenterede ud fra kommentaren til OECD's Modeloverenskomst for, at FSI II S.a.r.l. ikke kunne karakteriseres som en gennemstrømningsenhed (conduit), idet selskabet ikke havde videreudloddet det modtagne udbytte til de bagvedliggende ejere. Repræsentanten anførte på denne baggrund, at FSI II S.a.r.l. "*allerede af denne grund*" måtte anses for beneficial owner af det udloddede beløb. I forlængelse af dette anbringende anførte repræsentanten, at SKATs vurdering af, at selskabet manglede råderet måtte bero på en misforståelse, idet det efter OECD-kommentaren er en forudsætning for at vurdere rådigheden, at der faktisk *er* tale om et gennemstrømningselskab.

Endvidere lagde repræsentanten til grund, at der skulle gennemføres en internretlig fortolkning af begrebet beneficial owner. Da der ikke foreligger en generel misbrugs klausul i intern dansk ret henviste repræsentanten til, at FSI II S.a.r.l. skulle anses som værende rette indkomstmodtager af det udloddede udbytte, og at fortolkningen i overensstemmelse hermed medførte, at FSI II S.a.r.l. var beneficial owner af udbyttet. Desuden anførtes, at bestemmelsen om beneficial owner ikke kan bruges som en generel misbrugsbestemmelse.

I forhold til moder-/datterselskabsdirektivet blev det påpeget, at direktivet ikke indeholder en bestemmelse om beneficial ownership, og at en eventuel nægtelse af direktivfordele skulle ske på baggrund af en statuering af misbrug. Idet Danmark ikke har implementeret den generelle misbrugsbestemmelse i art. 1, stk. 2, anførte repræsentanten, at der skulle ske en vurdering af nationale misbrugsregler, herunder retspraksis. På baggrund heraf lagde repræsentanten atter til grund, at FSI II S.a.r.l. er rette indkomstmodtager, og at direktivfordelene derfor ikke kan fratages, idet selskabet umiddelbart opfylder de formelle kriterier i direktivet.

5.1.3. Kendelsens præmisser og udfald

Flertallet (bestående af 3 medlemmer, herunder retsformanden) fandt, at det danske datterselskab ikke var indeholdelsespligtigt af kildeskat på udbyttet. Flertallet henviste til kommentaren til OECD's Modeloverenskomst fra 2003 og anlagde en autonom dynamisk fortolkning af beneficial owner-begrebet. På denne baggrund fandt man, at:

”det forhold at en udbyttmodtager har meget snævre beføjelser i relation til udbyttet, kan ikke i sig selv medføre, at det ikke er retmæssig ejer”¹⁰⁸.

Derudover fandt flertallet, at FSI II S.a.r.l. ikke kan anses for et ”gennemstrømningselskab”, idet selskabet:

”ikke har viderekanaliseret det pågældende udbytte til dets moderselskab, H S.a.r.l. (FSI S.a.r.l.) eller dets aktionærer, men i stedet anvendt udbyttet til udlån til selskabet, hvorfra det er anvendt til kapitalforhøjelse i D A/S (FSI A/S), der endeligt har anvendt beløbet til køb af A A/S (ISS A/S)...” (min egen fremhævning og indskud af navne i overensstemmelse med min illustration).

Under disse omstændigheder finder flertallet endvidere, at FSI II S.a.r.l. er beneficial owner af udbyttet.

I forhold til moder- /datterselskabsdirektivet konkluderede retten, at direktivets fordele kan nægtes med hjemmel i national rets bestemmelser om hindring af svig og misbrug i art. 1, stk. 2, og at dette i dansk kontekst skal ske efter retspraksis, idet der ikke eksisterer en generel misbrugsbestemmelse i dansk ret. Landskatteretten udtaler videre at:

”Da H1 S.a.r.l.(FSI II S.a.r.l.) anses for rette indkomstmodtager af udbyttet, og da der ud fra realitetsbetragtninger ikke kan ske tilsidesættelse af de foretagne dispositioner, anser der ikke i dansk ret at være hjemmel til at nægte selskaberne de fordele, der følger af direktivet.” (min egen fremhævning og indskud af navn i overensstemmelse med min illustration).

5.2. TfS 2010, 974 LSR – Beneficial owner af renter

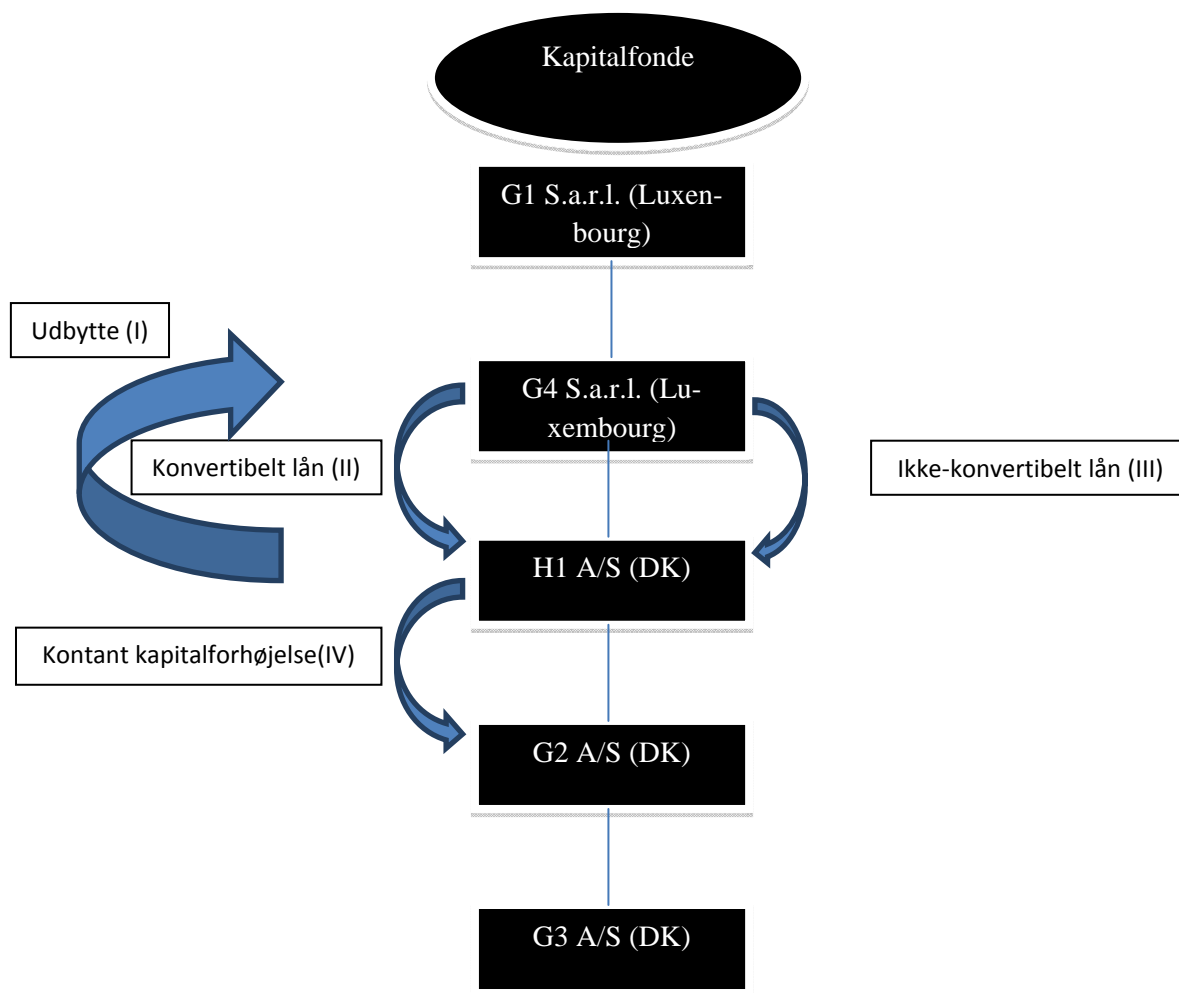
Sagen vedrørte den samme virksomhed som i TfS 2010, 502 LSR, hvorfor faktum er identisk¹⁰⁹. Denne sag vedrørte imidlertid spørgsmålet om indeholdelsespligt for en rentebetaling fra et dansk datterselskab til dets moderselskab Luxembourg S.a.r.l., hjemmehørende i Luxembourg. De danske skattemyndigheder anså ikke det luxembourgske moderselskab som beneficial owner af rentebetalingerne, og de anså derfor det danske datterselskab for indeholdelsespligtigt af rentebetalingerne.

I denne sag var der ligeledes tale om en række kapitalfondes fælles opkøb af et dansk aktieselskab via et luxembourgsk holdingselskab af S.a.r.l.-typen. Opkøbsstrukturen i denne sag bestod i, at et andet dansk aktieselskab (G2 A/S), som ligeledes var ejet af kapitalfondene, købte det danske targetselskabet (G3 A/S) fra de hidtidige aktionærer. G2 A/S blev på denne måde holdingselskab for G3 A/S. Efterfølgende stiftede kapitalfondene et nyt dansk selskab (H1 A/S), hvori G2 blev apportindskudt. G2 blev på denne måde et helejet datterselskab af H1, og der var dermed tale om en dobbelt dansk holdingstruktur, som efterfølgende blev indskudt i en dobbelt holdingstruktur i Luxembourg, bestående af G1 S.a.r.l. og G4 S.a.r.l.

¹⁰⁸ Jf. flertallets bemærkning i LSR af 03/03 2010, 09-01478

¹⁰⁹ Bundgaard, Jakob: *Beneficial ownership – nyt nederlag og skærpede regler på vej*, SU 2010, 387 p. 910

Strukturen kan illustreres således:



Straks efter at strukturen var på plads, blev der aflagt årsrapport for H1 A/S, og der blev ligeledes afholdt ordinær generalforsamling, hvor det blev besluttet at udlodde udbytte til moderselskabet G4 S.a.r.l. Efter denne udlodning ydede G4 S.a.r.l. to lån til H1 A/S, (et konvertibelt og et ikke-konvertibelt lån) som i alt svarede til værdien af det deklarerede udbytte. På samme dag foretog H1 A/S en kapitalforhøjelse i G2 ved kontant indskud. Ultimo samme år konverteredes det konvertible lån med påløbne renter til aktier i H1 A/S, og medio i det efterfølgende år blev det ikke-konvertible lån med påløbne renter ligeledes konverteret til aktiekapital i H1 A/S.

Samtlige holdingselskaber havde som eneste aktivitet at eje og finansiere deres datterselskab, og de havde ligeledes ingen ansatte, idet den daglige administration mv. blev varetaget af kapitalfondenes administrationselskaber.

5.2.1. Skattemyndighedernes afgørelse

De danske skattemyndigheder anså ikke G4 S.a.r.l. for beneficial owner, hverken efter den dansk-luxembourgske DBO eller efter rente-/royaltydirektivet, hvorfor man forhøjede H1 A/S' skattebetaling med kildeskat af renter. SKATs argument for ikke at anse G4 S.a.r.l. for beneficial owner var, at:

"udlodningen og det samtidige genudlån af næsten hele det udloddede beløb udgjorde en på forhånd af de bagvedliggende ejere fastlagt pengestrøm, således at G4 S.a.r.l. i relation til disse dispositioner kan hævdes at have været en ren "administrator" eller et rent "redskab" for de bagvedliggende ejeres dispositioner."
110

I forhold til DBO'en fremhævede SKAT at:

"en DBO afskærer således ikke kildebeskatning, når de bagvedliggende ejere- som ikke er hjemmehørende i et land, hvormed der er indgået en DBO- på forhånd eller automatisk har disponeret over beløbene, eller det i øvrigt må lægges til grund, at holdingselskabet ikke har nogen praktisk mulighed for at disponere på en anden måde end fastlagt af ejerne." (min egen fremhævning).

I forhold til EU- retten anførte SKAT, at der i EU-Domstolens praksis ikke er noget til hinder for at afskære selskaber etableret i en anden medlemsstat fra at påberåbe sig EU-retten, herunder rente-/royaltydirektivet, når:

*"etableringen af et holdingselskab i en anden medlemsstat tager sigte på at undgå kildeskat på betalinger til ikke-europæiske foretagender, hvis en sådan konstruktion ikke tjener noget kommercielt formål."*¹¹¹

5.2.2. Selskabets påstande og anbringender

Selskabets repræsentant gjorde gældende, at G4 S.a.r.l. var retmæssig ejer af rentebetalingerne, og at indeholdelsespligten vedrørende renter skulle ophæves. Til støtte herfor anførtes, at G4 S.a.r.l. hverken havde udbetalt eller godskrevet rentebeløbene til de ultimative investorer, idet renterne i forbindelse med gældskonverteringen var blevet bundet i H1 A/S som aktiekapital. Ydermere anførte repræsentanten, at selskabet ikke er et gennemstrømmingsselskab (conduit) i henhold til kommentarerne til OECD's Modeloverenskomst, og at der i kommentarerne i øvrigt ikke er holdepunkt for at antage, at det ikke er afgørende, hvorvidt beløbende er blevet videreført til de bagvedliggende ejere.

Endvidere anføres det, at det ikke kan diskvalificere et selskab fra at være beneficial owner, at det alene driver virksomhed som holdingselskab, og at det derfor ikke har hverken lokaler eller egne ansatte medarbejdere.

Slutteligt fremhæver selskabets repræsentant, at såfremt begrebet beneficial owner skal fortolkes i overensstemmelse med intern ret, må princippet om rette indkomstmottager anvendes.

5.2.3. Kendelsens præmisser og udfald

Ligesom i TfS 2010, 502 LSR anlagde Landsskatteretten en autonom dynamisk fortolkning af begrebet beneficial owner, hvori dansk ret og danske principper ikke indgik. Landsskatteretten refererede endvidere til, at den i en tidligere kendelse vedrørende kildeskat på udbytte (TfS 2010, 502 LSR) havde givet selskabet medhold i, at udbyttet ikke var omfattet af begrænset skattepligt, og at der ved denne kendelse blev lagt vægt på, at udbyttet ikke var blevet viderekaliseret til moderselskabet eller de bagvedliggende ejere.

Landsskatteretten konkluderede herefter, at eftersom de pågældende renter efter gældskonverteringen ligeledes ikke var blevet viderekaliseret til G4 S.a.r.l.'s moderselskab eller de bagvedliggende ejere, anså G4

¹¹⁰ Jf. SKAT's afgørelse i TfS 2010, 974

¹¹¹ Ibid.

S.a.r.l. heller ikke i henseende til renterne for at være et ”gennemstrømningsselskab”, men ansås derimod for at være beneficial owner af renterne efter DBO’en.

En enkelt begrundelse afviger fra den første kendelse, idet Landsskatteretten opfatter begrebet beneficial owner efter rente-/royaltydirektivet på samme måde som efter DBO’en, hvorfor G4 S.a.r.l. ligeledes kan nyde direktivets fordele. Kravet om kildebeskatning på renterne måtte derfor frafalde jf. SEL § 2, stk. 1, litra d, hvorfor H1 A/S ikke fandtes at have været pligtig til at indeholde kildeskat af renterne jf. KSL § 65 D.¹¹²

5.2.4. HHU- sagen - Tfs 2011, 277 LSR¹¹³

I december 2010 kom den første kendelse, der gav SKAT medhold i en sag om beneficial ownership¹¹⁴ Landsskatteretten stadfæstede her SKAT’s afgørelse, hvorefter et dansk selskab blev anset for indeholdelsespligtigt af renteskat af renter udbetalt til dets moderselskab i Sverige jf. KSL § 65 D og SEL § 2, stk. 1, litra D, idet moderselskabet ikke blev anset som rette indkomstmottager af renten. Det var således den første sag, hvor Landsskatteretten gav SKAT medhold i, at der kan pålægges kildeskat ved at underkende et mellemliggende holdingselskab som beneficial owner.¹¹⁵

Sagen vedrørte et selskab på Jersey (G1 Ltd.) der d. 1.7.2002 erhvervede en dansk koncern med selskabet G2 øverst i koncernen. Imellem den danske koncern og G1 Ltd. blev der herefter indskudt to svenske skuffeselskaber (G4 AB og G5 AB), og som led i transaktionen blev der etableret to gældsbreve, ét blev udstedt fra G5 AB til G1 Ltd., og det andet blev udstedt fra H1 ApS til G4 AB.

De to gældsbreve var enslydende og efter disse forrentedes lånene fra 1. juli 2003 med en rente svarende til Euribor 6 måneder plus 5 pct. Rentetilskrivningen og betalingen heraf skete pr. 30. juni og 31. december med 31. december 2003 som første gang. Der var ikke aftalt faste afdrag, og lånene var på anfordring.

De to skuffeselskaber G4 AB og G5 AB havde som eneste aktivitet at eje aktier i H1 ApS. Selskaberne havde derfor ingen ansatte og blev administreret af et administrationsselskab.

Renteudgifterne til moderselskabet G1 blev finansieret ved, at G4 overførte de modtagne renter fra H1 ApS til G5 AB, en overførsel der skete i form af koncernbidrag. Renterne fra 1. januar til 30. juni 2004 på de to gældsforhold, blev ikke betalt. Derimod indgik renterne fra G5 AB til G1 Ltd. i et aktieejertilskud fra G1 til G5 AB. Ifølge de svenske regler var koncernbidraget fra G4 AB fradragsberettiget for G4 AB, mens det derimod var skattepligtigt for G5 AB.

5.3.1. Landsskatterettens kendelse

Landsskatteretten stadfæstede SKAT’s afgørelse og lagde til grund for resultatet, at G4 AB og G5 AB var ”gennemstrømningsselskaber”, der ikke kunne anses for at være beneficial owners af renterne i relation til hverken den nordiske DBO eller rente-/royaltydirektivet. Indledningsvist udtalte Landsskatteretten, at begrebet ”beneficial owner” ikke er kendt fra dansk ret, men at det har sin oprindelse i common law- retstraditionen, hvorfor der ikke uden videre kan sættes lighedstegn mellem ”beneficial owner” og ”rette indkomstmottager”, men at der ved fortolkningen af ”beneficial owner” bør anvendes en harmonisk fortolkning af begrebet. Ved afgørelsen lagde Landsskatteretten afgørende vægt på, at der var tale om interesseforbundne parter, samt at der var en vis automatik i viderebetalingen af hhv. renterne og koncernbidraget, eftersom disse viderebetalinger foregik den samme dato. Af denne grund fandt Landsretten, at selskaberne reelt ikke havde anden mulighed, end at lade betalingerne passere videre i systemet uden således at have nogen dispositionsret over dem. Ydermere lagde Landsskatteretten vægt på, at det overordnede formål med strukturen

¹¹²Up cit n. 110, jf. LRS’s bemærkninger og begrundelse

¹¹³ SKM2011.57LSR

¹¹⁴ Booker, Thomas: up. cit, n. 98

¹¹⁵ Bundgaard, Jakob: *Beneficial Ownership- nu en reel bestanddel af dansk skatteret*, SU 2011, 31

var at undgå den danske kildebeskatning, samt at mellemholdingselskaberne ikke havde nogen driftsmæssige aktiviteter i Sverige, og ikke havde nogen ansatte eller et fysisk kontor.

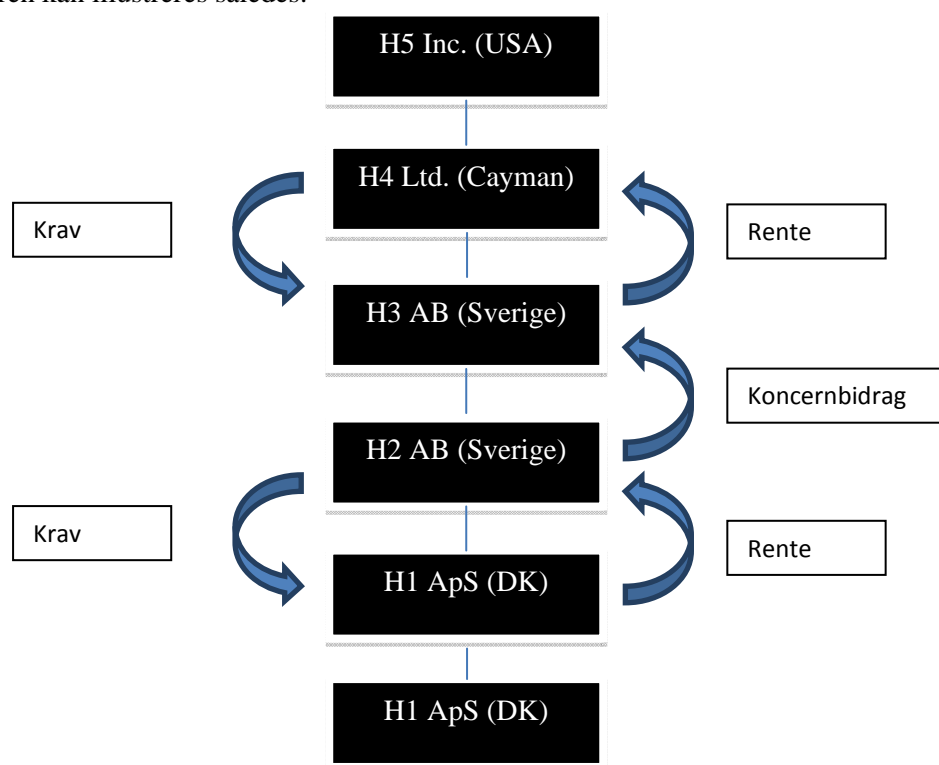
5.4. Cook- sagen TfS 2011, 676 LSR¹¹⁶

Med Cook- sagen gav Landsskatteretten ligesom i HHU-sagen SKAT medhold i, at en umiddelbar modtager af rentebetalinger ikke kunne anses for at være beneficial owner.

Frem til koncernens omstrukturering i 2004, ejede H4 Ltd., som var hjemmehørende på Cayman Islands, det danske moderselskab H6 APS. Under omstruktureringen blev der indskudt hhv. to svenske selskaber (H2 AB og H3 AB) og et dansk selskab (H1 ApS) mellem H4 Ltd. og H6 ApS. Som led i omstruktureringen opstod en fordring fra H4 Ltd. mod H3 AB og fra H2 AB mod H1 ApS. De pågældende gældsbreve var efter sagens oplysninger indgået på identiske vilkår med debitorangivelsen som eneste undtagelse.

Sagen drejede sig om eventuel kildeskat på rentebetalingen fra H1 ApS til H2 AB.

Strukturen kan illustreres således:



5.4.1. Landsskatterettens kendelse

Sagens faktum er meget lig faktum i HHU- sagen, og Landsskatteretten når også til samme resultat. Indledningsvist konstaterede Landsskatteretten, at begrebet ”beneficial owner” (retmæssig ejer) skal fortolkes autonomt:

”i sammenhæng med den betydning, som begrebet tillægges i retskilder og praksis indenfor dobbeltbeskatningsområdet...”

og konstaterede herefter, at begrebet ikke uden videre kan antages at skulle fortolkes i overensstemmelse med det internretlige begreb ”rette indkomstmodtager”

Videre citerede Landsskatteretten Kommentarerne til Modeloverenskomsten fra 2003, og konkluderede at:

¹¹⁶ SKM2011.485LSR

”Via den gennemførte omstrukturering og de i den forbindelse etablerede gældsforhold, der er udtryk for transaktioner mellem interesseforbundne parter, overførte H2 AB ved brug af de svenske regler om koncernbidrag de fra selskabet modtagne renteindtægter til H3 AB, mens H3 AB førte beløbene videre til H4 Ltd. som renteudgifter.”

Med andre ord, lagde Landsskatteretten vægt på, at transaktionen blev indgået mellem *interesseforbundne parter*, og at der ved transaktionen blev overført rentebetaling ubeskåret fra Danmark til Cayman Islands via Sverige¹¹⁷

Landsskatteretten konkluderede videre, at:

”Ingen af de ved omstruktureringen etablerede selskaber havde anden aktivitet end holdingvirksomhed, hvorfor deres forventelige fremtidige indtægter alene var de, der naturligt er knyttet til holdingaktivitet. Ved etableringen af gældsforholdene i forbindelse med omstruktureringen må det derfor have været en forudsætning - såfremt debitorselskaberne skulle kunne opfylde de herved påtagne forpligtelser - at disse selskaber ville få tilført midler fra øvrige koncernselskaber. Dette må have været en fra starten forudsat præmis.”

På baggrund heraf anså Landsskatteretten H2 AB for et gennemstrømningsselskab med så få beføjelser over de modtagne beløb, at selskabet ikke kunne anses for at være beneficial owner af de modtagne renter, hverken efter den nordiske DBO eller i relation til rente-/royaltydirektivet.

Det essentielle forhold i Cook-sagen synes dermed at være, at omstruktureringen ikke blev finansieret ved en tilførsel af koncernintern kapital, men at der i stedet stiftedes gældsforhold. Der lægges med andre ord afgørende vægt på omstændighederne vedrørende gældens opståen, og at disse var fastlagt på forhånd. Efter min mening er dette et højst besynderligt argument, eftersom det må anses for at være almindeligt i praksis, at gæld i holdingselskaber serviceres gennem indtægter, der er naturligt knyttet til holdingaktivitet.¹¹⁸ Med dette argument tillægger Landsskatteretten efter min mening selve intentionen og herunder også formålet med strukturen en betydning, selvom de ikke udtaler det eksplicit i kendelsen.

Sagen minder i høj grad om HHU-sagen, særligt ved den omstændighed, at kendelsen ikke præciserer hvilke konkrete forhold der medfører, at råderetten over en given betalingsstrøm er så ubetydelig, at modtageren ikke kan anses for at være beneficial owner af den pågældende betaling.

Dog er der enkelte forskelle imellem de to kendelser, som er værd at bemærke. Landsskatteretten undlader i Cook-sagen at omtale automatikken i viderebetalingen af renterne og koncernbidraget og kommer ej heller med en eksplicit omtale af selve formålet/intentionen med strukturen. Ligeledes lægges der heller ikke vægt på driften af de svenske selskaber, eller hvorvidt de har ansatte medarbejdere og et fast kontor eller ej.

En konkret omstændighed af særlig interesse i sagen er det faktum, at strukturens ultimative moderselskab rent faktisk ikke var H4 Ltd., men H5 Inc. hjemmehørende i USA. Selskabet havde i den forbindelse nedlagt påstand om, at hvis der skulle ses igennem H2 AB og H3 AB som beneficial owners af renterne på selskabets gæld, så skulle der også ses igennem H4 Ltd., hvorfor H5 skulle anses som beneficial owner af renterne, hvilket ville medføre, DBO'en mellem Danmark og USA skulle finde anvendelse. I denne forbindelse udtalte Landsskatteretten, at:

”Med hensyn til den eventuelle videreoverførsel af renterne til USA bemærkes, at renterne i første omgang er betalt til selskabet H2 AB, som er lovligt stiftet og indregistreret i Sverige, hvortil det også er skattepligtigt m.v.”

Med denne udtalelse understregede Landsskatteretten, at bedømmelsen i fastlæggelsen af rette indkomstmodtager, i forhold til at fastlægge skattesubjektet for den begrænsede skattepligt, er en anden end bedømmelsen af, hvem der er beneficial owner af indkomsten. Dette medfører, at det udenlandske mellemholdingselskab meget vel kan anses som rette indkomstmodtager efter intern dansk ret samtidigt med, at selvsamme selskab kan få underkendt sin status som beneficial owner efter den relevante DBO eller rente-/royaltydirektivet.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Se til støtte herfor, Bundgaard, Jakob: *Sagen fortsætter - om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership*, SU 2012, 98.

5.5. Østre Landsrets dom af 20. december 2011 – ISS sagen

Østre Landsret afsagde d. 20/12 2011 dom i den første danske sag om beneficial ownership, der blev behandlet ved domstolene¹¹⁹. Dommens resultat er en stadfæstelse af Landsskatterettens kendelse af 3/3 2010 (TfS 2010, 502 som omtalt ovenfor). Landsskatterettens kendelse blev indbragt for København Byret af Skatteministeriet med påstand om, at ISS Equity A/S skulle anses for forpligtet til at indeholde udbytteskat af det udbytte, som selskabet havde udloddet til FSI II S.a.r.l. Byretten henviste sagen til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1 som værende principiel. Sagen vedrørte udbytte udbetalt fra et dansk selskab til moderselskabet i Luxembourg. Østre Landsret frifandt i overensstemmelse med Landsskatteretten det danske selskab for indeholdelse af kildeskat.

5.5.1. Sagens faktum

Idet Landsskatterettens kendelse er kommenteret ovenover i afsnit 5.1, henvises dertil for så vidt angår sagens faktum og illustration af holdingstrukturen. Derfor følger i nærværende afsnit blot en kort opsummering af sagens hovedpunkter.

I den pågældende sag havde et dansk selskab udloddet udbytte til sit moderselskab hjemmehørende i Luxembourg. Det er imidlertid værd at erindre, at udbyttet ikke blev videreudloddet til de ultimative ejere, der blev udgjort af en række kapitalfonde. Udbyttet blev derimod udlånt af moderselskabet til datterselskabet.

Efter skattemyndighedernes opfattelse var det danske datterselskab indeholdelsespligtigt af udbytteskat efter KSL § 65 stk. 1 og stk. 5, jfr. SEL § 2, stk.1, litra c. Landsskatteretten gav i sin kendelse af 3/3 2010 (TfS 2010, 502) selskabet medhold i, at udbyttet ikke var skattepligtigt i Danmark.

Efterfølgende indbragte Skatteministeriet kendelsen for domstolene og gjorde gældende, at moderselskabet ikke var beneficial owner af det modtagne udbytte, jf. art. 10, stk.2 i DBO'en mellem Danmark og Luxembourg, idet moderselskabet var et "gennemstrømningselskab". Skatteministeriet var derfor af den opfattelse, at det danske datterselskab skulle have indeholdt kildeskat i forbindelse med udbetalingen, og som følge af selskabets manglende opfyldelse heraf, havde selskabet handlet forsømmeligt, hvorfor selskabet hæftede for kildeskatten, jf. KSL § 69, stk.1.

Parterne procederede overordnet set i overensstemmelse med de anbringender, som tidligere var blevet fremsat for Landsskatteretten, hvorfor der ligeledes henvises til afsnit 5.1. for så vidt angår disse.

5.5.2. Østre Landsrets dom

Østre Landsret indledte sine præmisser med en analyse af begrebet "beneficial owner" ("retmæssig ejer") og konstaterede i den forbindelse, at der ikke eksisterer en nærmere definition af begrebet, hverken i OECD Modeloverenskomsten fra 1977, som ligger til grund for DBO'en mellem Danmark og Luxembourg fra 1980, eller i modeloverenskomsten fra 2003. Østre Landsret henviste i stedet til kommentarerne til Modeloverenskomsterne og til formålet med OECD Modeloverenskomsterne og finder, at kravet om, at modtageren af skal være beneficial owner så vidt muligt må fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, der er kommet til udtryk i kommentarerne til Modeloverenskomsten. I den forbindelse henviser Østre Landsret til *Indofoods*-dommen "for så vidt angår en selvstændig international fortolkning"¹²⁰, hvorved retten tilsluttede sig synspunktet om, at der skal foretages en autonom fortolkning af beneficial owner-begrebet. Landsretten tilsluttede sig tillige Landsskatterettens *dynamiske fortolkning* af DBO'erne, idet der blev henvist til OECD's kommentar til Modeloverenskomstens art. 10 fra 2003, selvom sagen vedrører fortolkningen af en DBO fra 1980. Landsretten understregede videre, at anvendelsen af kommentarerne fra 2003 var under forudsætning af, at:

¹¹⁹ Journal nr. B-2152-10 jf. SKM2012.121Ø

¹²⁰ Ibid.

*”de nye kommentarer ikke i realiteten indebærer en ændret forståelse af artikel 10, stk. 2 set i forhold til de oprindelige kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977”*¹²¹.

Landsretten fandt, at ændringerne i 2003 havde karakter af præciseringer, hvorfor de blev inddraget i fortolkningen af begrebet retmæssig ejer.

Landsretten henviste herefter til de indledende kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977, vedrørende traktatmisbrug og fremhævede muligheden for at vedtage bestemmelser i bilaterale DBO'er med henblik på at hindre misbrug. Endvidere henvistes til OECD Committee on Fiscal Affairs' rapport fra 1986 og kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003, der ligeledes omtaler muligheden for at indsætte specifikke bestemmelser i de bilaterale overenskomster, med henblik på at hindre misbrug. Helt konkret fremhævede Landsretten tre eksempler fra pkt. 12 i kommentaren til 1977 modeloverenskomsten og pkt. 12.1. i 2003-kommentaren og konkluderede, at de tre eksempler:

*”har det til fælles, at det indskudte mellemed er undergivet den egentlige beløbsmodtagers kontrol og således jf. 2003- kommentaren, er ”a mere fiduciary or administrator. Når dette sammenholdes med, at det i såvel kommentarerne til de to modeloverenskomster som i rapporten fra 1986 erkendes, at man ikke ved brugen af begrebet retmæssig ejer kan ramme enhver form for misbrug - som de kontraherende stater i stedet opfordres til at regulere bilateralt- kan det ikke antages, at udbyttmodtagende holdingselskaber, hvis ledelse selskabsretligt er beføjet til at råde over selskabet og herunder over udbytte fra underliggende datterselskaber, ikke normalt skal anses for retmæssige ejere.”*¹²²

Landsretten fastslog herefter, at dette også måtte gælde i det tilfælde, hvor der indskydes et eller flere mellemholdingselskaber i en stat, som Danmark har indgået en DBO med, mens de bagvedliggende ejere af mellemholdingselskabet er hjemmehørende i et tredjeland uden DBO.

Videre slog Landsretten fast, at for at et mellemholdingselskab som nævnt ovenfor ikke kan anses for beneficial owner, må det kræves, at:

*”ejeren udøver en kontrol med selskabet, som ligger udenfor den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner jf. tilsvarende rapporten fra 1986, afsnit II, B, litra b, 7.pkt.”*¹²³.

Slutteligt slog Landsretten fast, at det i den konkrete sag er uforholdsmæssigt at tage stilling til, om der fra de bagvedliggende investorers side var udøvet en kontrol af denne karakter med FSI II S.a.r.l. Landsretten henviste i den forbindelse til, at det følger af definitionen på misbrug, som følger af hhv. 1977- og 2003-kommentarerne, at selskabet i den stat, hvormed DBO'en er indgået, skal være skudt ind mellem udbetaleren og den egentligt berettigede som et mellemed, der:

”viderefører den skattefrie udbetaling til den kontrollerende person i et tredjeland uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det må på den baggrund antages, at tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelands uden dobbeltbeskatningsoverenskomst.” (min egen fremhævning).

Landsretten konkluderede endvidere, at forudsætningen ikke var opfyldt i den konkrete sag, idet det udbetalte udbytte fra det danske selskab ikke var ført videre til de bagvedliggende ejere af moderselskabet, men tværtimod tilbageført som et lån til ISS A/S. Endvidere bemærkede Landsretten, at der efter de foreliggende oplysninger heller ikke var truffet bestemmelse om en senere videreførelse, og at FSI II følgelig må anses for at være retmæssig ejer af det modtagne udbytte og er dermed ikke skattepligtig med hensyn til udbyttet jf. SEL § 2, stk. 1, litra c og DBO'en mellem Danmark og Luxembourg art. 10, stk.2.

Dermed kom en hæftelse for det danske selskab for manglende indeholdelse af udbytteskat ikke på tale, hvorfor FSI II blev frifundet.

¹²¹ Ibid n. 119.

¹²² Ibid n. 119, p. 88 ø.

¹²³ Ibid n. 119, p. 88 ø

5.5.3. Dommens betydning

Østre Landsret har afsagt en ”allerede fordi” afgørelse, idet retten i den pågældende sag fandt det uforholdsmæssigt at tage stilling til, om der fra de bagvedliggende investorers side var udøvet den fornødne kontrol med moderselskabet i Luxembourg. Der blev med andre ord ikke taget stilling til, hvad der skal til for at opfylde kravet om manglende beføjelser i forhold til udbyttet, hvorfor der kan argumenteres for, at der heller ikke kan udledes generelle retningslinjer for den skatteretlige bedømmelse af begrebet beneficial owner, som anført af blandt andet Jakob Bundgaard.¹²⁴

Endvidere bliver der ikke taget principiel stilling til 1) hvorvidt FSI II havde ret til skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet, 2) hvorvidt der forelå en skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft og 3) om ISS A/S hæftede for udbytteskatten som følge af ”forsømmelighed”.

På trods af, at der som følge af resultatet vedrørende beneficial owner spørgsmålet ikke blev taget stilling til de tre ovenstående spørgsmål, mener jeg alligevel, at der kan udledes enkelte principielle retningslinjer af dommen.

Først og fremmest udtalte landsretten, at det **ikke kan antages**, at udbyttmodtagende holdingselskaber, hvis ledelse selskabsretligt er beføjet til at råde over selskabet, herunder over udbytter fra underliggende datterselskaber, **ikke normalt skal anses for retmæssige ejere**. Med udtalelsen pointerede landsretten, at man ikke ved brugen af begrebet beneficial owner kan ramme enhver form for misbrug og specificerer videre, at det må kræves, at **ejeren** af mellemholdingselskabet udøver en kontrol med selskabet, som ligger ud over den planlægning og styring, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner.

Selvom Landsretten kun refererede eksplicit til *Indofoods*-dommen i forbindelse med konstateringen af, at beneficial owner-begrebet skal fortolkes autonomt, ligger der efter min mening en henvisning til *substance-over-form*-tankegangen i ovenstående udtalelse. Princippet om *substance-over-form* kom netop til udtryk i *Indofoods*-dommen. I denne dom blev kriteriet om det *reelle ejerskab* slået fast som det afgørende og det konstateredes endvidere, at et selskab ikke kan anses som beneficial owner, såfremt dets reelle beføjelser er så snævre, at det i realiteten er en *nullitet* eller *administrator*.¹²⁵

Endvidere lagde Landsretten til grund, at der skal foreligge traktatmisbrug, og i afgørelsen blev definitionen fra 1977-modeloverenskomsten lagt til grund, hvorefter traktatmisbrug udgøres af:

*”det forhold, at en person disponerer via en juridisk sammenslutning, der er dannet i en stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som ikke ville kunne opnås af personen direkte.”*¹²⁶

På den ene side anførte landsretten, at det udbyttmodtagende holdingselskab som udgangspunkt skal anses som beneficial owner, hvis dets ledelse er selskabsretligt beføjet til at råde over selskabet, og at der må kræves en vis grad af kontrol, ud over, hvad der er sædvanligt for internationale koncerner, fra de bagvedliggende ejere, hvis et sådant mellemholdingselskab *ikke* skal anses for beneficial owner. Efter min mening tyder denne præmis på en forudsætning om, at såfremt selskabet opfylder kravet til graden af beføjelser, er det beneficial owner, uanset hensigten eller formålet med transaktionen.

På den anden side blev det lagt til grund, at der skal foreligge traktatmisbrug, og at dispositionen skal have som formål at opnå overenskomstfordele, som ellers ikke ville kunne opnås. Som jeg læser denne præmis, lægger det, modsat ovenstående, op til, at det netop ikke er tilstrækkeligt, at selskabet opfylder kravet til graden af beføjelser, men at det overordnet set også afhænger af formålet med dispositionen, hvorvidt selskabet kan anses som beneficial owner eller ej.

Modsat afgørelserne i *Prévost*-sagen¹²⁷ og *Velcro Canada*¹²⁸ kom Landsretten derfor, efter min vurdering, frem til, at det ikke er tilstrækkeligt, at selskabet opfylder en række kriterier¹²⁹ og dermed kan anses for at

¹²⁴ Ibid n. 119, p. 189.

¹²⁵ Se nærmere herom afsn. 4.2.2.1.

¹²⁶ Up. cit, n. 119

være beneficial owner. Der blev fra Landsrettens side også foretaget en vurdering af formålet med transaktionen for at vurdere, om der forelå traktatmisbrug.

En anden principiel retningslinje, som kan udledes af Østre Landsrets dom, er den præmis, at tilsidesættelsen af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er videreført, eller som minimum med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre, til personer i en tredjestat, som Danmark ikke har indgået en DBO med. Efter min mening er dette i fuld overensstemmelse med den definition af termen ”gennemstrømningsselskab”, som er lagt til grund i kommentaren til OECD’s Modeloverenskomst¹³⁰.

Som tidligere nævnt i afsnit 3.4., har der været flere modstridende udmeldinger fra skatteministeren, i forhold til, hvorvidt det må anses for at være et krav, at indkomsten er kanaliseret videre til de bagvedliggende ejere, for at det indskudte mellemholdingselskab ikke kan anses for beneficial owner af indtægten.

Efter min mening er der med landsrettens dom kommet en klar udmelding i forhold til de sager, hvor der ikke er sket en videreudlodning af udbyttet.

Det bliver herefter interessant at iagttage, hvordan skattemyndighederne vælger at fortsætte i forhold til de mange resterende sager, som de har rejst.

I den forbindelse er det værd at bemærke, at Skatteministeriet i SKM2012.100DEP har meddelt, at ministeriet har besluttet ikke at anke dommen. I pågældende meddelelse kommenterede Skatteministeriet på dommen og konstaterede, at der er tale om en klar dom, der i væsentlig grad er baseret på konkrete faktiske forhold. Af samme grund fandt skatteministeriet ikke, at en anke af dommen vil bidrage yderligere til afklaringen af retstilstanden. Det tilføjedes yderligere i meddelelsen, at de øvrige rejste sager omhandler situationer, hvor de udbetalte udbytter og renter rent faktisk føres videre, eller er bestemt til at blive videreført til de bagvedliggende ejere. Skatteministeriet finder det derfor fortsat relevant, at prøve de rejste sager ved domstolene, idet ministeriet finder, at det fortsat er uafklaret, hvordan domstolene vil dømme i de tilfælde.

5.6. SKM2012.26 LSR – Tfs 2012, 126 LSR

Landsskatteretten har d. 16. december 2011 afsagt yderligere en kendelse (SKM2012.26) i en beneficial owner-sag. Sagen drejede sig om opkrævning af kildeskat hos et dansk selskab, som skattefrit havde udloddet udbytte til sit moderselskab, som var hjemmehørende i et EU-land (Cypern). Landsskatteretten fandt, at udbyttet var fritaget for kildeskat efter moder-/datterselskabsdirektivet uanset at udbyttet var blevet videreudloddet til selskaber beliggende i et ikke-EU land eller et land, som Danmark ikke har indgået en DBO med. Det danske selskab blev på den baggrund frifundet for indeholdelsespligt af udbytteskat.

Kendelsen er beskrevet i detaljer i afsnit 2.3.1., hvorfor der henvises hertil for sagens faktum og en illustration af selskabsstrukturen.

Med kendelsen er der kommet en yderligere, om end foreløbig, afklaring i sager, hvor udbytte er blevet videreudloddet til de bagvedliggende investorer, som er hjemmehørende i et land, som Danmark ikke har indgået en DBO med.

Landsskatteretten analyserede begrebet ”beneficial owner” i OECD’s Modeloverenskomsts art. 10, stk. 1. samt den tilsvarende bestemmelse i art. 10, stk. 1 i DBO’en mellem Danmark og Cypern og fandt at begrebet ”beneficial owner” ikke uden videre var sammenfaldende med begrebet ”rette indkomstmodtager” i dansk ret.

Landsskatteretten fortolkede begrebet ”retmæssig ejer” autonomt og lagde afgørende vægt på, at selskabet ikke havde haft tilstrækkelig råderet over udbyttet. Denne vurdering skyldtes, at det var ubestridt, at selskabets udlodninger til moderselskabet blev viderekanaliseret til selskabet på Bermuda, og da selskabet på Cy-

¹²⁷ Se nærmere herom i afsnit 4.2.2.2.

¹²⁸ Se nærmere herom i afsnit 4.2.2.3.

¹²⁹ ”*Possession, use, risk and control*” (”råderet, anvendelse, risiko og kontrol”) jf. afsnit 4.2.2.3.

¹³⁰ Se nærmere herom afsnit 3.4.

pern ikke havde egne lokaler eller personale og kun havde meget beskedne driftsudgifter fandt Landsskatteretten det ikke godtgjort, at det cypriotiske selskab var retmæssig ejer af det modtagne udbytte.

På trods af, at selskabet ikke kunne anses for at være beneficial owner af udbyttet, anså Landsskatteretten selskabet for at være rette indkomstmodtager efter dansk ret. Som tidligere nævnt kom Landsskatteretten frem til, at der ikke i moder-/datterselskabsdirektivet kan indlæses et generelt misbrugsforhold, hvorfor direktivets fordele alene kan nægtes, hvis der er intern hjemmel til det i medlemsstaten.

Landsskatteretten henviste til, at Danmark ikke har vedtaget lovbestemmelser til det formål, men at hjemmel til at se bort fra dispositioner, der ellers formelt er lovlige, i tilfælde af misbrug kan følge af almindelige retsgrundsætninger, herunder retspraksis.

I den forbindelse henviser retten bl.a. til *Finwill*-sagen og *Johnson Holding*-sagen og konstaterer, at hverken det faktum, at selskabet måtte være stiftet med skattebesparelseshensyn eller den omstændighed, at selskabets eneste væsentlig aktivitet er at eje anparter i det danske selskab ikke kan medføre tilsidesættelsen af et civilretligt set lovligt og fungerende selskab.

6.0 Konklusion

Ved en analyse af de udvalgte sager fremkommer ikke nogen endelig definition på, hvordan begrebet ”beneficial owner” skal fortolkes. Dog er det min vurdering, at de pågældende landskatterts kendelser og landsretsdommen har bidraget til fortolkningen, og at der kan udledes enkelte overordnede tendenser fra dem.

Først og fremmest er der gennemgående lagt en autonom, og i flere tilfælde også dynamisk fortolkning til grund for vurderingen af sagerne. Dette må betragtes som værende i overensstemmelse med formålet og hensigten med OECD’s Modeloverenskomst og den internationale retspraksis vedrørende beneficial owners¹³¹. Dog lægges der i det seneste diskussionsoplæg fra OECD¹³² op til et kompromis i form af en anerkendelse af en internretlig fortolkning, såfremt den er i overensstemmelse med de generelle retningslinjer i kommentaren. Som tidligere anført, mener jeg ikke at et sådant kompromis er hensigtsmæssigt.

Endvidere er det gennemgående for kendelserne og dommen, at der stilles krav om en faktisk viderekanaliserende af midlerne, eller som minimum en vished om at en sådan vil foregå, for at et mellemholdingselskab ikke skal kunne betragtes som beneficial udbytte af midlerne.

En anden væsentlig præmis, der kan udledes af flere af dommene er, at begrebet ”beneficial owner” ikke umiddelbart er sammenfaldende med begrebet ”rette indkomstmodtager” i dansk skatteret. Denne betragtning er særlig interessant i forhold til udgangspunktet om, at formueafkast i form af udbytte, rente og royaltbetalinger skal allokere til det skattesubjekt, der har det civilretlige ejerskab til det underliggende formuegode. Gennemstrømningsselskaber vil derfor som udgangspunkt anses som rette indkomstmodtager af henholdsvis udbytte, renter og royaltbetalinger, når selskabet er den civilretlige ejer af de aktier, fordringer eller rettigheder, der giver anledning til betalingerne.¹³³

Det bliver herefter relevant at overveje, om der ligger en selvstændig betydning og endvidere en udvidet korrektionsadgang for skattemyndighederne i begrebet ”beneficial owner”. Dette synspunkt synes som tidligere nævnt at have været skatteministerens udgangspunkt i hans udtalelser i forbindelse med Lovforslagene L 213 og L 202.

At flere af de her behandlede domme ikke sidestiller beneficial owner-begrebet med rette indkomstmodtager-begrebet er dog ikke et udtryk for, at skatteministerens opfattelse var korrekt. Tvært imod er det ydermere en gennemgående præmis i flere af kendelserne og landsretsdommen, at overenskomstfordele alene kan nægtes, såfremt der er hjemmel hertil i intern ret. En sådan hjemmel er i TfS 2010,502LSR forudsat at kunne findes i

¹³¹ Jf. afsn. 4.2.3.

¹³² OECD: up. cit, n. 96.

¹³³ Poulsen, Martin: *Gennemstrømningsselskaber i EU- misbrug eller lovlig skatteminimering?*, SU 2008, 89, afsn. Om ”rette indkomstmodtager og ”beneficial owner”.

retspraksis, og i den forbindelse understreges det endvidere, hvilke faktorer, der *ikke* kan anses for tilstrækkelige til at tilsidesætte et selskab, der er civilretligt lovligt stiftet.

Med henvisningerne til *Finwill*-sagen og *Johnson Holding*-sagen understreges således, at det faktum, at medlemholdingselskabet måtte være stiftet med skattebesparelseshensyn eller den omstændighed, at selskabets eneste væsentlige aktivitet er at eje anparter i det danske selskab ikke er tilstrækkeligt, hvilket også bliver bekræftet af SKM2012.26LSR.

Omvendt bliver der i TfS 2011,277LSR og TfS2011, 676LSR netop lagt vægt på, at selskaberne ikke har anden aktivitet, end hvad der er sædvanligt for et holdingselskab, men i de konkrete sager bliver der endvidere lagt vægt på, at der er tale om interesseforbundne parter, hvilket kan være en del af forklaringen.

I SKM2012.121Ø konstaterer Østre Landsret at det kræver en grad af kontrol fra de bagvedliggende ejere ud over, hvad der er almindeligt i koncernforhold, hvis gennemstrømningselskabet skal underkendes som beneficial owner. Henset til hvad der er almindelige aktiviteter for et holdingselskab og til, hvordan disse selskaber anvendes i praksis, er det efter min vurdering en fuldstændig korrekt anskuelse.

Samme dom understreger, at man ikke med beneficial owner-begrebet kan ramme enhver form for misbrug og forudsætter således, at der skal være tale om traktatmisbrug, for at et selskab kan underkendes som beneficial owner. Heri mener jeg fortsat, at der ligger en vurdering af formålet med dispositionen, og det er ligeledes min opfattelse, at en sådan vurdering, næppe heller vil ramme enhver form for misbrug. Dette problem kan muligvis imødegås ved, som Landsretten påpeger, at anvende muligheden i kommentaren til OECD's Modeloverenskomsts art. 10, pkt. 22 til at indsætte specifikke bestemmelser i de bilaterale overenskomster med henblik på at imødegå misbrug.

Henset til de nyeste afgørelser i beneficial owner-sager og til skattemyndighedernes vanskeligheder med at bringe misbrugsbestemmelsen i moder/-datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2 i anvendelse, er det næppe heller utænkeligt at skatteministeren vil søge at indføre en korrektionshjemmel, som har direkte støtte i lovarbejder eller skatteloven.

Uanset hvad der sker i forhold til beneficial owner-begrebet, må konklusionen for nu være, at på trods af, at det er mere end 30 år siden at begrebet blev introduceret i OECD's modeloverenskomst, og på trods af en betragtelig mængde opmærksomhed omkring begrebet, er dets betydning stadig ikke fuldstændigt afklaret.

7.0. Domsliste

7.1. Danske afgørelser

Højesterets dom af 18/12 1992

TfS 2010, 502 LSR	SKM2010.268LSR
TfS 2010, 974 LSR	SKM2010.729LSR
TfS 2011,676 LSR	SKM2011.485LSR
TfS 2011,277LSR	SKM2011.57 LSR
	SKM2012.26LSR
Journal nr. B-2152-10	SKM2012.121Ø

7.2. EU- Domstolens afgørelser

Sag C-196/04 Cadbury Schweppes

Sag C-28/95 Leur Bloem

7.3. Internationale afgørelser

Indofoods International Finance Limited v JP Morgan Chase Bank NA, London Branche, 2/3 2006

Prévost Car Inc. V Her Majesty the Queen, 26/2- 2009

Velcro Canada Inc. V: Her Majesty the Queen, 24/2-2012

8.0. Litteraturliste

8.1. Bøger

Werlauff, Erik: *Selskabsskatteret 2010/11*, 12. Udgave, Thomson Reuters, 2010

Michelsen, Aage: *International Skatteret*, 3. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson 2003

Dam, Henrik: *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, 1. udgave, 1. oplag, Thomson 2005

Dam, Henrik m. fl.: *Skatteret- Speciel Del*, 7. udgave, 2007

Næsborg Jensen, Søren: *EU- selskabsskatteret*, 1. udgave, DJØF Forlag 1997

Dam, Henrik m.fl.: *Skatteret- Almen Del*, 8. udgave, 2007

Krüger Andersen, Pau m.fl.: *Dansk Privatret*, 13. udgave, Jurist- og Økonomforbundet

Dam, Henrik: *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, 1. udgave, 1. oplag, Thomson 2005

Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten 3*, 4. udgave, 2006,

Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten 2*, 4. udgave

Law and Practice of International Finance, Phillip Wood, 1. udgave, Sweet & Maxwell, 2008

8.2. Tidsskrifter

Juristen

Neville Mette: Aktieselskabers tilknytning, Juristen 1997, 79. Årgang

SR-SKAT Online

Michelsen, Aage: *Kommentarer til udvalgte afgørelser*, R&R Online, RR.SM.2007.050114

Wittendorff, Jens: International Skatteret 2011, SR- SKAT Online, SR.2011.0226 p.1 ø.

SU

Booker, Thomas: *Beneficial Owner*, SU 2011, 415

Bundgaard, Jakob: *Beneficial Ownership- nu en reel bestanddel af dansk skatteret*, SU 2011, 31

Bundgaard, Jakob: *Sagaen fortsætter-om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership*, Skat Udland, marts 2012, SU 2012, 98

Bundgaard, Jakob: *Beneficial ownership – nyt nederlag og skærpede regler på vej*, SU 2010

Bundgaard, Jakob: *Rente-/royaltydirektivet i national kontekst*, SU 2009

Michaels, Jesper og Føgh, Anne Kathrine: *Månedens land- Luxembourg*, SU 2006, 35

Poulsen, Martin: *Gennemstrømningselskaber i EU- misbrug eller lovlig skatteminimering?*, SU 2008, 89

Poulsen, Martin: *Gennemstrømningselskaber i EU- misbrug eller lovlig skatteminimering?*, SU 2008, 89

Severin Hansen, Mads: *Beneficial Owner*, TfS 2012, 10/3 2009

Andet

Hansen, Søren Friis og Stockholm, Jeppe R: *IFA Nationalrapport 2008- Nye tendenser i den skattemæssige behandling af rentebetalinger mellem selskaber*

Winther-Sørensen, Niels og Bundgaard, Jakob: *Beneficial Ownership in International Financing Structures*, Tax Notes Int'l, 19. Maj 2008

8.3. Lovforslag og skatteministerens udtalelser

- L 202 Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love. (Harmonisering af selskabers aktie- og udbyttebeskatning m.v.).
Lov nr. 525 af 12/6 2009
- Skatteudvalget 2008/2009 L 202, Kommentar på henvendelse af 20. maj 2009 fra Kromann-Reumert
- L30 Forslag til lov om indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater. Samling 2006/2007

Skatteudvalget 2006/07, L 30, endeligt svar på spørgsmål 2

L213 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre skattelove, (CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde m.v.) Samling 2006/2007

Skattedepartementets cirkulære nr. 120 af 11. juni 1951 (Dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og UK)

8.4. Erhvervsstyrelsen

Erhvervsankenævnets kendelse af 18. november 2003, j.nr. 02-219.129: Registreret hjemstedsadresse skal være der, hvor selskabets ledelse og administration rent faktisk foregår

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens notat af 10. marts 2009 om Ny praksis vedrørende hjemsted

8.5. Hyperlink

SKAT 's hjemmeside: <http://www.skm.dk/love/dbo/?group=all&page=all>

8.6. Direktiver mv.

COM(1998) 67, Commission of the European Communities: *Proposal for a council directive on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments, made between associated companies of different Member States*, explanatory memorandum nr. 13

KOM(2007) 785

COM(2011)714final: European Commission: *Proposal for a Council Directive on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*, 11/11/2011

Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003: *on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*

8.7. OECD

OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, in *International Tax Avoidance and Evasion*, Issues in International Taxation Series No. 1, 98, 1986

OECD, *La limitation du droit aux avantages des conventions fiscales, in questions de fiscalité internationale*, 2002, Nummer. 8

Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft, Prof. Dr. Robert Danon, Université de NEUCHÂTEL, 15.7.2011

8.8. Diverse

OPINION OF ADVOCATE GENERAL E. SHARPSTON: Delivered on 12 May 2011 Case C-397/09 Scheuten Solar Technology GmbH mod Finanzamt Gelsenkirchen-Süd (anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesfinanzhof (Tyskland)).