

Beneficial owner i dansk og international skatteret – herunder i forhold til de generelle omgåelsesklausuler i ligningsloven § 3

Beneficial owner in approach to Danish and international tax law – including the application in terms of the internal GAAR's (general anti abuse regulation) in ligningsloven § 3

af THEIS FRILAND LARSEN

Resume

Formålet med dette speciale er at analysere begrebet beneficial owner i forhold til anvendelsen i den danske og internationale skatteret. Begrebet er anvendt som klausul i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, i EU's rente/royalties direktiv og fra 2012 også i dansk intern lovgivning. Beneficial owner er et velkendt begreb i lande med en common law retstradition. Men i lande med en civil law retstradition, herunder Danmark, har begrebet ikke en klar definition hvorfor fortolkningen har været besværlig.

Begrebet anvendes som klausul mod treaty shopping med skatteomgåelse som formål. Dette for eksempel i en situation hvor et dansk datterselskab udlodder udbytte eller betaler renter til et udenlandsk moderselskab i et andet EU land, eller et land som Danmark har en DBO med, og selskabet kun anvendes som gennemstrømningselskab for et ultimativt moderselskab i et land udenfor EU eller som ikke er omfattet af en DBO. Hvis gennemstrømningselskabet ikke kan anses som beneficial owner kan fordelene af DBO'en eller rente/royalties direktivet ikke anvendes. Begrebet analyseres i forhold til danske og internationale kilder og retspraksis.

Det konkluderes at fortolkningen af begrebet ikke direkte kan fastlægges. Det kan dog udledes at begrebet skal fortolkes autonomt i forhold til den internationale skatteret, herunder med OECD modeloverenskomst som fortolkningsbidrag og ikke i forhold til de interne regler. Beneficial owner er herudfra en transaktionsbestemt vurdering af hvem der retten til at råde over og nyde godt af de omhandlende midler.

I maj 2015 blev der introduceret to generelle skatteretlige omgåelsesklausuler i dansk ret i ligningslovens §3. Den ene omhandlende EU's moder/datterselskabsdirektiv, rente/royalties direktiv og fusionsskattedirektiv. Den anden omhandlende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Specialet analyserer danske og internationale retskilder i forhold til at udlede rækkevidden af disse omgåelsesklausuler, for herefter at sammenholde denne med rækkevidden af beneficial owner klausulen.

Det konkluderes at rækkevidden af omgåelsesklausulerne synes bredere end rækkevidden af beneficial owner klausulen. Omgåelsesklausulerne anvendes ud fra en vurdering af hele arrangementet og ikke kun enkelte transaktioner som beneficial owner klausulen. Dette da omgåelsesklausulerne skal anvendes i sammenhæng med det ikke helt klare EU retlige misbrugsbegreb hvis rækkevidde endeligt vil skulle fastlægges af EU domstolen.

Omgåelsesklausulerne vil formodentlig ikke blive anvendt direkte, men vil i stedet udvide rækkevidden af beneficial owner klausulen som var gældende for en tidligere generalklausul på arve- og gaveafgifts området. Dette vil dog i sidste ende skulle endeligt klarlægges af domstolene.

Abstract

The purpose of this thesis is to make an analysis of the international tax term known as “beneficial owner”. The term is included in the double taxation conventions, DTC, in the European Union “Directive on taxation of interest and royalties” and as of 2012 also in the Danish legislation.

Beneficial owner is a well-known term in the Anglo-Saxon countries with a common law legal tradition. In the countries with a Civil law legal tradition, including Denmark, the term is not a concept widely used which is why the interpretation of the term has been difficult.

The term is applied to avoid treaty shopping in order to gain tax savings, for example in a situation where a Danish subsidiary distributes dividends or pays interest or royalties to a parent company, also called a conduit company, either residing inside the European Union or in a country with which Denmark has a DTC and where the funds will be passed on to an ultimate parent company residing in a country outside the European Union or in a country with which Denmark does not have a DTC.

To accomplish this goal the conduit company has to be considered the beneficial owner of these funds. With the purpose of determining the interpretation of the term the thesis analyses both the international and the internal Danish sources of law and the case law.

It is to be concluded that the interpretation of the term cannot be determined precisely. However, it can be inferred that the term is to be interpreted autonomously compared to the OECD model convention. It can also be inferred that the term is to be interpreted according to an assessment of who the actual owner is, and who has the availability and the control of the funds.

In May 2015 two general anti abuse regulations, GAARs, were introduced in Danish law. The first GAAR is about the EU Parent/Subsidiary directive, the Interest/Royalties directive and the Merger tax directive. The other GAAR is about the double taxation conventions.

This thesis analyses Danish and international sources of law to infer the extent of these GAARs, in order for it to be compared with the extend of the beneficial owner clause.

It is to be concluded that the extend of the GAARs is broader than the extend of the beneficial owner clause. This, as the assessment according to the GAARs is based on the actual arrangement and not only on the actual ownership according to a single transaction. This, as the GAARs are to be interpreted according to the not entirely established concept of abuse in EU law. This will probably mean that the extent of the beneficial owner clause is to be expanded by the extent of the GAAR, but this will have to be corroborated by the court of law.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	3
2. Problemformulering	4
3. Afgrænsning	5
4. Metode	5
5. Økonomisk effekt af kapitalflytning med skattehensyn	6
6. Beskatning af udbytte og renter	6
6.1 Dansk lovgivning	6

6.1.1 Renter	6
6.1.2 Udbytte.....	7
6.2 EU-lovgivning og OECD's modeloverenskomst.....	7
6.2.1 Moder-/datterselskabsdirektivet.....	7
6.2.2 Rente-/royaltydirektivet.....	8
6.2.3 OECD's modeloverenskomst.....	8
7. Gennemstrømningselskaber	9
7.1 Gennemstrømningselskabsstrukturen og hensigten.....	9
7.2 Gennemstrømningselskabet som beneficial owner	10
8. Fortolkningen af beneficial owner	11
8.1 Begrebet beneficial owner.....	11
8.2 Beneficial owner - international fortolkning.....	11
8.2.1 OECD's modeloverenskomst.....	11
8.2.2 Rente-/royaltydirektivet.....	14
8.2.3 International retspraksis.....	14
8.3 Sammenfatning - international fortolkning af beneficial owner	19
8.4 Beneficial owner - dansk fortolkning.....	19
8.4.1 Dansk skattelovgivning - Selskabsskattelovens §2, stk. 1, litra c	20
8.4.2 Rette indkomstmodtager.....	21
8.4.3 National retspraksis.....	22
8.5 Sammenfatning - dansk fortolkning af beneficial owner	29
9. Delkonklusion	30
10. Omgåelsesklausulerne i ligningsloven §3	31
10.1 Rækkevidden af omgåelsesklausulerne i ligningslovens § 3.....	32
10.1.1 Ligningslovens § 3, stk. 1-2 imod omgåelse af direktiverne	32
10.1.2 EU domstolens praksis om misbrug/det EU-retlige misbrugsbegreb	33
10.1.3 Ligningslovens §3, stk. 3 imod omgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.	34
10.1.4 Sammenfatning	35
11. Omgåelsesklausulerne og beneficial owner	36
12. Konklusion.....	38
13. Litteraturliste.....	39

1. Indledning

Den øgede globalisering og ønsket fra EU om en fri bevægelighed på det indre marked har over de sidste mange år ført til en række, til dels, nye skattemæssige problemstillinger. Dette i forbindelse med at der er opstået forskellige selskabskonstruktioner og selskabstransaktioner, som har forsøgt at flytte beskatningen til det land med de mest lempelige skatteforhold. Undersøgelser peger på, at denne "treaty shopping" har ført til en manglende beskatning på 3-5 mia. kroner.¹

I skattelovgivningen er disse omgåelsesmetoder forsøgt bekæmpet blandt andet med henblik på reglerne om tynd kapitalisering, CFC beskatning og transfer pricing.²

De seneste års bevågenhed har særligt rettet sig mod de konstruktioner, der forsøger, at omgå beskatning ved hjælp af "conduit companies" eller på dansk gennemstrømningselskaber. Særligt

¹Skatteministeriet: Rapport om Styrket indsats mod skattely – Bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner: November 2014, Side 2.

² Tynd kapitalisering jf. Selskabsskattelovens §11, CFC beskatning jf. Selskabsskattelovens §32 og Transfer Pricing jf. Ligningslovens §2

har der været stor fokus på private equity fondes opkøbs- og holdingstruktur, der ofte har været tilrettelagt med et gennemstrømningsselskab i et af de lande, der har haft en lempelig beskatning. Man ser desuden også, at større koncerner har benyttet denne struktur til at omgå beskatning.³

Grundlæggende er der en begrænset dansk kildebeskatning af udbytter, renter og royalties overført fra et dansk datterselskab til et udenlandsk moderselskab.⁴ Den begrænsede skattepligt er dog ikke gældende i det tilfælde, at den kan frafalde i henhold til et EU direktiv⁵ eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.⁶

Der kan i en sådan gennemstrømningsselskabsstruktur stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt det er gennemstrømningsselskabet eller det ultimative moderselskab der er beneficial owner af de overførte midler. Her opstår hovedemnet for dette speciale, som netop omhandler begrebet "beneficial owner".

Begrebet har været særlig aktuelt i Danmark siden, at der i 2001 og 2004 blev indført begrænset skattepligt for udenlandske selskaber, som er hjemmehørende udenfor EU eller i et land som ikke er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.⁷ Skattemyndighederne har siden da rejst et større antal sager i forbindelse med udlodning af udbytte eller betaling af renter mellem et dansk datterselskab og et udenlandsk gennemstrømningsselskab, hjemmehørende i EU, eller i et land, hvormed der findes en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Disse sager med henblik på, at man ikke anser gennemstrømningsselskabet som beneficial owner, da transaktionerne bliver kanaliseret til det ultimative moderselskab, som ofte er beliggende i skattelylande. Herved udnyttes fordelene af direktiverne eller dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, og der undgås dansk beskatning.⁸

Med virkning fra 1. maj 2015 har man indført to generelle omgåelsesklausuler i ligningslovens § 3. Den ene er en implementering af ændringen af moder-/datterselskabsdirektivets Art. 1, hvori der er indsat en identisk generel misbrugsklausul. Ydermere har man fra dansk side valgt at indføre endnu en omgåelsesklausul omhandlende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne i lovgivningens stk. 3. Med klausulerne har man forsøgt at tildele skattemyndighederne et mere direkte regelsæt til at modvirke omgåelse af dansk beskatning.⁹ Derfor bør det med henblik på omgåelsesklausulerne undersøges, hvilken virkning disse vil få i forhold til fortolkningen og anvendelsen af beneficial owner klausulen.

2. Problemformulering

Specialet vil behandle begrebet beneficial owner i forhold til den danske og internationale skatteret.

Fokus vil være rettet på beskatningen af udlodning af udbytte og betaling af renter mellem et dansk datterselskab og et udenlandsk moderselskab indenfor EU, eller hvormed Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Endvidere mod den situation hvor det udenlandske moderselskabet indgår, som gennemstrømningsselskab, i en holdingstruktur, hvorved selskabet ultimativt

³ Bundgaard, Jakob og Bendtsen, Moalem Weitemeyer: Beneficial ownership – nyt nederlag og skærpede regler på vej: SU 2010.387, s. 910

⁴ jf. Selskabsskattelovens § 2, stk.1, litra c, d og g

⁵ I det nævnte tilfælde, Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater.

⁶ Hansen, Hans Severin: Det store hykleri - om "beneficial owner" sagerne: TFS 2011.537. side 3502

⁷ Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering - 1. Del: SR 2007.0395, side 1.

⁸ Hansen, Hans Severin: Det store hykleri - om "beneficial owner" sagerne: TFS 2011 537, side 3500

⁹ Ottosen, Arne Møllin og Andersen, Stine: Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen: SU 2015 203, side 1-2

ejes af et moderselskab i et land udenfor EU, og hvormed Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst - typisk et skattelyland.

Afslutningsvist vil specialet behandle omgåelsesklausulerne i ligningslovens § 3 og disses formodentlige indvirkning på den skattemæssige behandling i forhold til beneficial owner begrebet.

Der søges derfor i specialet afklaret:

Hvordan forstås begrebet ”beneficial owner” i den danske og internationale skatteret?

Hvordan behandles de koncerninternforbundne transaktioner skattemæssigt i forbindelse med begrebet beneficial owner - særligt med fokus på gennemstrømningsselskabsstrukturen?

Hvilken indvirkning vil omgåelsesklausulerne i ligningslovens § 3 have på fortolkningen af beneficial owner begrebet?

3. Afgrænsning

Specialet omhandler transaktionerne mellem et dansk datterselskab og et EU eller dobbeltbeskatningsoverenskomst omfattet moderselskab, der fungerer som et gennemstrømningsselskab for et ultimativt moderselskab, der ikke er EU eller dobbeltbeskatningsoverenskomst omfattet. De grundlæggende beskatningsregler, der gennemgås, omhandler derfor kun reglerne om den begrænsede skattepligt for udenlandske selskaber. Endvidere kun beskatningsreglerne der omfatter koncernselskaber og en gennemstrømningsselskabsstruktur. Specialet vil derfor ikke omhandle området omkring international personbeskatning.

En grundlæggende forudsætning for specialet er, at de omhandlede transaktioner mellem selskaberne er sket på armslængdevilkår. Der sker derfor ikke nogen videre granskning af transaktionerne i forhold til transfer pricing reglerne i ligningslovens §2.

Der bliver i specialet ikke taget udgangspunkt i en specifik dobbeltbeskatningsoverenskomst. De fleste danske overenskomster tager udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst, hvorfor specialets udgangspunkt også tages i denne. I domsanalyserne er der inddraget specifikke overenskomster i forhold til hjemstedet for de omfattede selskaber i de omhandlede sager.

Specialet omhandler primært udbytte og renter, men der inddrages dog en international dom omhandlede royalties i forhold til at analysere fortolkningen af beneficial owner. Der tages udgangspunkt i udbyttereglerne til fortolkningen i forhold til OECD's modeloverenskomst, men rentereglerne inddrages også i et vist omfang.

Opgaven omhandler som udgangspunkt kun rente-/royaltydirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomster i det, der heri er en beneficial owner klausul. Moder-/datterselskabsdirektivet inddrages indledningsvist med en kort beskrivelse, og udover det kun i det omfang, at den har en relevans i forhold til fortolkningen og anvendelsen af beneficial owner begrebet i specialets første del. I specialets anden del inddrages direktivet dog i forhold til rækkevidden af omgåelsesklausulerne.

Omgåelsesklausulerne i ligningsloven §3 behandles med henblik på at udlede og sammenholde rækkevidden af disse med rækkevidden af beneficial owner klausulen.

4. Metode

Specialet tager udgangspunkt i relevante kilder i forhold til at fastlægge fortolkningen af beneficial owner begrebet. Dette i form af en gennemgang af kilderne, samt en analyse ud fra disse. Da beneficial owner er et internationalt udviklet begreb, tages der udgangspunkt i den internationale skatterets tre dimensioner i form af den interne, den folkeretlige og den EU-retlige.

Specialet udarbejdes med en retsdogmatisk tilgang i forhold til princippet om de lege lata – den gældende ret. Derfor gennemgås loven først. I forlængelse heraf gennemgås lovens forarbejder, på trods af, at disse ikke har samme retskildeværdi.¹⁰ Herefter analyseres domspraksis omhand-

¹⁰ Wegener, Morten: Juridisk Metode: 3. Udgave, 2000, side 187.

lende begrebet. Hertil bemærkes det, at her også inddrages administrativ praksis fra landsskatte- retten, dog med opmærksomhed på, at denne instans ikke har samme retskildeværdi, som domsto- lenes afgørelser. Til sidst inddrages bindende svar fra skatterådet for at klarlægge myndigheder- nes fortolkning af begrebet, igen med opmærksomhed på, at dette er en administrativ instans. Samme retskildeorden benyttes til gennemgangen af den internationale fortolkning af begrebet. Der er i specialet medtaget kilder og domspraksis frem til d. 22. april 2016.

5. Økonomisk effekt af kapitalflytning med skattehensyn

I Danmark estimeres det, at man har et manglende skatteprovenu på 3-5 milliarder kroner i for- bindelse med kapital i skattely.¹¹ Der findes ikke et nøjagtigt tal for, hvor mange penge statskas- sen mister fra den manglende beskatning i forbindelse med overflytningen af midler fra danske datterselskaber til moderselskaber i skattelylande ved anvendelsen af gennemstrømningsselska- ber. Det må dog antages at skulle tillægges de 3-5 milliarder kroner, da beløbet kun omhandler den manglende skattebetaling af midler, der allerede befinder sig i skattely.

På EU plan estimeres det, at der tabes omkring 1 billion Euro. Igen kan der ikke redegøres for, hvor mange midler der direkte kan henføres til brugen af gennemstrømningsselskaber.

Samlet set er manglende skatteindtægter til staten både på nationalt og EU plan en problemstilling i forhold til at opretholde den sociale model, vi har. Samlet set udgør tallet på EU plan et tab, der overstiger, hvad der af alle medlemslandene bruges på sundhedssystemet samt en firedobling af, hvad der bruges på uddannelsessystemet.¹²

Den manglende skattebetaling har derfor altid været en central politisk problemstilling, som har krævet meget opmærksomhed. Opmærksomheden har igennem de sidste år været rettet mod ka- naliseringen af udbytte, renter og royalties til skattely uden at indeholde en sådan beskatning i for eksempel Danmark. De generelle regler om beskatning af disse udlodninger og betalinger be- handles nedenfor, efterfulgt af en analyse af fortolkningen og anvendelsen af beneficial owner.

6. Beskatning af udbytte og renter

6.1 Dansk lovgivning

Udgangspunktet for beskatningen af udbytte og renter mellem et dansk datterselskab og et uden- landsk moderselskab er, at moderselskabet er begrænset skattepligtig af disse overførsler jf. sel- skabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c og d.

Reglerne om den begrænsede skattepligt af disse selskaber og undtagelserne for denne skattepligt behandles i dette afsnit.

6.1.1 Renter

Selskabsskattelovens §2, stk.1 litra d definerer reglerne for den begrænsede skattepligt af renter mellem et dansk datterselskab og udenlandsk moderselskab. Ifølge lovgivningen er der begrænset skattepligt for et udenlandsk selskab, når denne modtager renter af kontrolleret gæld, som det følger af skattekontrollovens § 3B.¹³

Dette betyder, at for at der er begrænset skattepligt af renter på gæld, skal der være tale om kon- cernforhold efter skattekontrollovens §3b, stk. 3. Dette sker ved, at den samlede kreds af delta- gende selskaber har bestemmende indflydelse over det underliggende selskab. Bestemmende indflydelse betyder, at man har direkte eller indirekte ejerskab over mere end halvdelen af aktier- ne eller råderet over halvdelen af stemmerne i selskabet.¹⁴

¹¹ Skatteministeriet: Rapport om Styrket indsats mod skattely – Bekæmpelse af grænseoverskridende skat- teunddragelse og skattelykonstruktioner: november 2014, side 2.

¹² EU Økonomi og Valutaudvalget: Betænkning af 3. Maj 2013, om bekæmpelse af skattesvig, skatteund- dragelse og skattely: 2013/2060INI

¹³ Selskabsskattelovens §2, stk. 1, litra d, 1. pkt.

¹⁴ Schmidt, Peter Koerver, Tell, Michael og Weber, Katja Dyppe: International beskatning, i et dansk per- spektiv: 1. Udgave, 2015, side 64

Jf. selskabsskattelovens § 2, stk.1, litra d, bortfalder den begrænsede skattepligt i en række tilfælde.

Beskatningen bortfalder grundlæggende, hvis det modtagende selskab kan godtgøre, at den udenlandske beskatning ikke udgør mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske beskatning, eller at renterne ikke videregives til et andet udenlandsk selskab, hvor beskatningen er mindre end $\frac{3}{4}$.¹⁵ Beskatningen bortfalder også, hvis den skal nedsættes eller frafalder i henhold til rente-/royaltydirektivet. Efter direktivet skal de omhandlede selskaber være associeret i en sammenhængende periode på et år efter direktivets bestemmelser.¹⁶ Beskatningen bortfalder endvidere, hvis denne skal nedsættes eller frafalder i forbindelse med en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor det modtagende selskab er hjemmehørende.¹⁷

6.1.2 Udbytte

Selskabsskattelovens §2, stk.1, litra c definerer reglerne for den begrænsede skattepligt af udbytte udloddet til et udenlandsk selskab. Skattepligten omhandler de former for udbytter, der er reguleret i ligningslovens §§ 16A og 16B.

Der findes, som ved rentebeskatningsreglerne, ligeledes nogle undtagelser til den begrænsede skattepligt for udbytte. Det omhandler reglerne om datterselskabsaktier, som er defineret i aktieavancebeskatningslovens § 4A¹⁸ og reglerne for koncernselskabsaktier i aktieavancebeskatningslovens §4B.¹⁹ Hvis beskatningen kan nedsættes eller frafalder efter moder-/datterselskabsdirektivet²⁰ eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor det modtagende selskab er hjemmehørende, så frafalder skattepligten i forhold til disse typer af aktier. Det kan derfor udledes, at der gives udenlandske selskaber mulighed for at modtage udbytte uden beskatning, som det også er gældende for danske selskaber efter selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2. I 2012 indførtes en undtagelse til fravigelsen af skattepligten i forbindelse med udlodning af udbytte til udenlandske selskaber jf. selskabsskatteloven §2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. Skattepligten fraviges herefter ikke i tilfælde, hvor udbyttet videreudloddes, og hvor det danske selskab ikke anses som beneficial owner af udbyttet.

Det gælder dog ikke hvis beskatningen skal frafalder i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet, da der ikke findes en beneficial owner klausul. Klausulen skal anses som en værnsregel mod, at internationale koncerner tidligere har fundet det fordelagtigt at investere via holding-/gennemstrømningsselskaber i Danmark, for derved at omgå udenlandsk beskatning.²¹

6.2 EU-lovgivning og OECD's modeloverenskomst

Som tidligere nævnt fraviges den begrænsede skattepligt til Danmark i tilfælde, hvor skattepligten skal nedsættes eller frafalder i henhold til et relevant direktiv, eller hvis transaktionen er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Nedenfor gennemgås de grundlæggende regler i de relevante direktiver og i OECD's modeloverenskomst.

6.2.1 Moder-/datterselskabsdirektivet

Det oprindelige moder-/datterselskabsdirektiv er vedtaget i 1990 og blev implementeret i intern dansk ret i 1992 ved lov nr. 219 3/4 1992. Siden er direktivet blevet opdateret, og det nuværende direktiv er fra 2011 ved 2011/96/EU. Direktivet er blevet ændret ved rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar 2015, hvor der blandt andet i Art. 1 er tilføjet en generel omgåelsesklausul (se nærmere herom i afsnit 10).

¹⁵ Selskabsskattelovens §2, stk.1, litra d, 7. pkt.

¹⁶ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater.

¹⁷ Selskabsskattelovens §2, stk.1, litra d, 3.pkt

¹⁸ Ved datterselskabsaktier forstås nærmere aktier hvor det aktiebesiddende selskab ejer over 10% af aktierne i datterselskabet.

¹⁹ Ved koncernselskabsaktier forstås aktier hvor det aktiebesiddende selskab og selskabet hvori der ejes aktier er sambeskattede efter reglerne i SEL §31 eller kan sambeskattes efter reglerne i SEL §31A

²⁰ Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

²¹ Banner-Voigt, Erik: L 10 - Udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber: SR 2013 0022

Direktivet har til formål at fritage beskatning af udloddet udbytte mellem datter- og moderselskaber for at undgå, at der sker dobbeltbeskatning af sådanne overførsler.²² Man har indført disse beskatningsfordelingsregler mellem EU medlemslandene for at øge konkurrencemulighederne for koncernselskaberne internationalt. Dette da disse så ikke begrænses af de forskellige ikke-harmoniserede beskatningsregler, der foreligger mellem medlemslandene.²³ Af direktivets bestemmelser følger det, at selskaberne skal være hjemmehørende i EU. Definitionen som hjemmehørende anses at være op til den interne skattelovgivning i hvert enkelt medlemsland at definere i forhold til, hvor selskabet har skattemæssigt hjemsted.²⁴

De tidligere omtalte danske regler om datterselskabsaktier, er en implementering af moder-/datterselskabsdirektivet. Definitionen af de danske regler følger af direktivets Art. 3, hvormed et selskab har status som moderselskab når der ejes minimum 10% af aktierne i datterselskabet. Det er en yderligere betingelse, for at kunne benytte direktivet, at kapitalandelene, der giver ret til status som moderselskab, skal være ejet i 2 år.²⁵

Selvom der er en generel omgængelsesklausul i direktivet, så har der aldrig været en beneficial owner klausul, hvorfor direktivet ikke bidrager til fortolkningen af begrebet, og derfor ikke medtages i analysen af begrebets fortolkning.²⁶

6.2.2 Rente-/royaltydirektivet

Rente-/royaltydirektivet blev vedtaget i 2003 og er implementeret i dansk ret ved lov nr. 321 af 31/3 2004. Formålet med rente-/royaltydirektivet er sammenfaldende med formålet med moder-/datterselskabsdirektivet, nemlig at undgå dobbeltbeskatning samt at harmonisere beskatningen af renter og royalties mellem associerede selskaber, der er hjemmehørende indenfor EU.²⁷ Rente-/royaltydirektivet er gældende for koncerninterne rente og royalties betalinger og fritagelse for beskatningen af disse.

Der stilles krav til, at selskaberne skal være hjemmehørende indenfor EU. Som i moder-/datterselskabsdirektivet forstås hjemmehørende, som der hvor selskabet har hjemsted i forhold til det enkelte medlemslands skattelovgivning. Ydermere kræves det, at selskaberne er i en selskabsform, der følger af direktivets bilag, og at de er underlagt selskabsbeskatning i medlemslandene i forhold til de oplyste beskatningsformer i direktivet.²⁸

Med associerede selskaber menes, i direktivets forstand, selskaber, hvori der ejes minimum 25% af selskabskapitalen.²⁹

I direktivet er der indskrevet en beneficial owner klausul jf. Art. 1, stk. 4, hvorfor denne vil anvendes til fortolkningen af begrebet i nedenstående afsnit 8.2.2.

6.2.3 OECD's modeloverenskomst

Grundlæggende er det vigtigt at bemærke at modeloverenskomsten kun kan lempe beskatningen men ikke ændre eller fritage beskatningen uden intern hjemmel.³⁰

Overenskomsten er som udgangspunkt til for, at der ikke sker en dobbeltbeskatning af selskaber, der er hjemmehørende i to kontraherende lande. Med hensyn til hvorvidt selskaberne anses som hjemmehørende, er det jf. modeloverenskomstens Art. 4, stk. 1 overlagt til de enkelte landes interne ret at bestemme, hvor hjemstedet er for selskaberne.³¹

²² Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater indledende nr. 3

²³ Ibid. Indledende nr. 4

²⁴ Ibid. Art. 2, stk. 1, litra a, nr. 2

²⁵ Ibid. Art. 3, stk. 2, litra b

²⁶ Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3: 6. Udgave, 2013, side 249

²⁷ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, indledende 1-3

²⁸ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater. Art. 3, stk. 1, litra a, nr. 2

²⁹ Ibid. art. 3, stk.1, litra b

³⁰ International skatteret, Michelsen, Aage, 3. udgave 2003, s.48-50

³¹ Michelsen, Aage: International skatteret: 3. udgave, 2003, side 156 samt Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3: 6. Udgave, 2013, side 75

Art. 10, 11 og 12 i modeloverenskomsten indeholder reglerne om hvornår udbytte, renter og royalties er omfattet af overenskomsten.³² Det kan udledes, at reglerne som udgangspunkt tildeler domicillandet den fulde beskatningsret. Det skal hertil bemærkes at i forbindelse med beskatningen af udbytte, kan kildelandet beskatte med en mindre procentsats jf. Art. 10, stk. 2. Kildelandet kan som udgangspunkt beskatte 15% af udbyttet, medmindre der ejes minimum 25% af kapitalandelene i det udloddende selskab, hvorved der kun kan beskattes 5% af udbyttet. En lignende bestemmelse er gældende jf. Art. 11 stk. 2 med henblik på renter, hvor kildelandet kan beskatte med maksimalt 10%.

I Art. 10, 11 og 12 er indbefattet en beneficial owner klausul for anvendelse af overenskomstens fordele. Disse klausuler anvendes i forhold til fortolkningen af beneficial owner begrebet.

7. Gennemstrømningselskaber

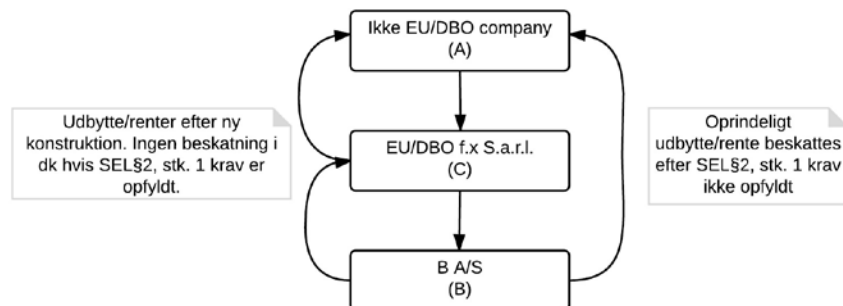
I dette afsnit gennemgås hvad der forstås ved et gennemstrømningselskab, og hvordan et sådant indskydes i en selskabsstruktur for at opnå skattebesparelser. Afslutningsvis kobles definitionen af et gennemstrømningselskab med beneficial owner begrebet, inden begrebet analyseres nærmere i afsnit 8.

7.1 Gennemstrømningselskabsstrukturen og hensigten

Der tages udgangspunkt i figur 1 i forhold til at udlede, hvorfor det kan være hensigtsmæssigt at indsætte et gennemstrømningselskab mellem to eksisterende koncernforbundne selskaber.

I forhold til tidligere beskrevne regler om den begrænsede skattepligt i henhold til selskabsskatte-

lovens §2, stk.1, vil et moderselskab beliggende i et land uden for EU eller et land, hvormed Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som udgangspunkt være skattepligtig af udbytte eller renter fra et dansk datterselskab.



Figur 1 - Illustration - gennemstrømningselskab eksempel

Det vil teoretisk være muligt at nedsætte eller undgå den danske beskatning ved skatteplanlægning i form af "treaty shopping". Dette igennem en selskabskonstruktion med hensigten at udnytte de bedste skatteregler eller de mest gunstige dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Dette kræver, at det udenlandske moderselskab, A, opretter et selskab, C, indenfor EU eller i et land, med hvem Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Herefter overdrages aktierne eller anparterne i det danske selskab, B, således, at kravene i direktiverne eller overenskomsten opfyldes. Situationen vil herefter være, at C vil være moderselskab for B med A som ultimativt moderselskab.

Hensigten og resultatet med denne konstruktion er, at udbyttet eller renterne kanaliseres igennem holdingselskabet C og videre til A, hvormed kravene i selskabsskatteoven §2, stk. 1 opfyldes, og den danske beskatning enten nedsættes eller frafalder.

For at denne selskabskonstruktion skal have den tilsligtede effekt, er det et krav, at der er en mere lempelig beskatning, end den danske beskatning, både i landet, hvor det mellemliggende selskab er oprettet, og i landet med det ultimative moderselskab.³³

³³ Hansen, Hans Severin: Det store hykleri - om "beneficial owner" sagerne: TFS 2011 537, side 3502

Der findes overordnet to former for gennemstrømningsselskaber. Det første er et direkte gennemstrømningsselskab som benyttes, når der ikke foretages nogen beskatning af en videreudlodning i landet med det indskudte selskab. Dette indebærer, at der kan ske en direkte udlodning eller overførsel af midlerne til det ultimative moderselskab uden beskatning. Det andet er et stepping stone gennemstrømningsselskabet som benyttes i en situation, hvor det mellemliggende selskab ikke er hjemmehørende i et land, hvor der sker en beskatning af videreudlodningen. Man vil i en sådan situation forsøge at placere fradragsberettigede poster i det mellemliggende selskab for at udligne den beskatning, der vil forekomme i videreudlodningen til det ultimative moderselskab.³⁴ Nedenfor gennemgås nærmere, hvad der forstås ved begrebet gennemstrømningsselskab og dets sammenhæng med beneficial owner klausulen.

7.2 Gennemstrømningsselskabet som beneficial owner

Den internationale forståelse af begrebet gennemstrømningsselskaber, eller "conduit companies", kan udledes gennem OECD, som definerer begrebet som:

*"Company set up in connection with a tax avoidance scheme, whereby income is paid by a company to the conduit and then redistributed by that company to its shareholders as dividends, interest, royalties etc."*³⁵

Et gennemstrømningsselskab betegnes altså som et selskab, der indskydes mellem det udbetalende selskab og det ultimative moderselskab. Dette for at omgå beskatning i det land, hvor det udbetalende selskab er hjemmehørende.

Spørgsmålet er i forhold til dette speciale, hvorvidt et sådant gennemstrømningsselskab skal anses som beneficial owner. Det nærmere spørgsmål i den sammenhæng er, om et gennemstrømningsselskab **aldrig kan** anses som beneficial owner, eller om dette **kan** være tilfældet.

OECD har defineret sammenhængen mellem de to begreber i kommentarerne til 2010 udgaven af OECD's modeloverenskomst. Her henledes til rapporten "Double Taxation Conventions and the use of conduit companies" fra 1986:

*"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)"*³⁶

Heraf kan det udledes, at et gennemstrømningsselskab normalt ikke kan anses som værende beneficial owner, da det kun er en nullitet eller en administrator. I formuleringen "cannot normally" må der antages at være mulighed for, at dette ikke altid er tilfældet, hvorfor et gennemstrømningsselskab **kan** være beneficial owner.

Denne antagelse kan sammenholdes med en lignende dansk forståelse, hvor tidligere skatteminister Kristian Jensen har tillagt OECD's kommentarer betydning i forhold til at anse gennemstrømningsselskaber som beneficial owner:

*"Et rent gennemstrømningsselskab, som er hjemmehørende i udlandet, f. eks. Luxembourg, vil ikke være retmæssig ejer af udbyttet, jf. bemærkningerne til artikel 10 i OECDs modeloverenskomsten (afsnit 12.1)."*³⁷

Det kan udledes, at kun et **rent** gennemstrømningsselskab ikke vil kunne anses som beneficial owner. Den nationale forståelse er altså lig med den internationale, hvorfor det ikke kan afvises,

³⁴ 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 R(6).2-3

³⁵ OECD: Glossary of tax terms: www.oecd.org

³⁶ OECD: "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of dividends": In *model tax convention on income and on capital 2010*: OECD Publishing: Paris, pkt. 12.2, 5

³⁷ L30 2006/2007 Forslag til Lov om indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forende Stater. Endeligt svar til spørgsmål 2

at selskabet kan være beneficial owner.

Samlet kan det udledes, at det, at der er et gennemstrømningselskab til stede i koncernstrukturen, ikke er lig med, at selskabet ikke kan anses som beneficial owner. Denne konstatering ligger til grund for analysen i afsnit 8 omhandlende fortolkningen af beneficial owner begrebet.

8. Fortolkningen af beneficial owner

8.1 Begrebet beneficial owner

Beneficial owner er et kendt og udviklet begreb i common law landene. Her benyttes det i forbindelse med trustretten om ejerskabsforhold. Der sondres mellem et juridisk formelt ejerskab (legal ownership) og et økonomisk reelt ejerskab (beneficial ownership). I disse lande er der derfor en klar betydning af begrebet modsat i civil law landene, herunder Danmark, hvor der ikke er en sådan sondring. Hovedreglen her er i stedet, at det juridiske og økonomiske ejerskab ligger hos én og samme person, og at ejer rettigheden derfor er hos den person, der kan anses at have de sædvanlige ejerbeføjelser.³⁸ Der har ud fra forskellen i forståelsen af begrebet været fokus på, om begrebet skal fortolkes autonomt i forhold til den internationale skatteret, eller om den interne skatteret skal inddrages, hvorved der kan opstå en forskellig forståelse alt efter de forskellige retstraditioner.³⁹

Nedenfor analyseres denne fortolkning af begrebet. I første del af afsnittet analyseres begrebet i forhold til de internationale regler samt den internationale retspraksis. I anden del analyseres begrebet i forhold til den danske lovgivning og den danske retspraksis.

8.2 Beneficial owner - international fortolkning

Beneficial owner klausulen er indskrevet i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og i rente-/royaltydirektivet. Udgangspunktet for analysen af den internationale fortolkning af begrebet bliver derfor i disse.

8.2.1 OECD's modeloverenskomst

Der er i modeloverenskomsten indskrevet en beneficial owner klausul, der betyder, at det modtagende selskab skal være beneficial owner, før overenskomstens fordele kan anvendes.

De danske dobbeltbeskatningsoverenskomster er udarbejdet med udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst. Derfor analyseres fortolkningen af begrebet med udgangspunkt i modeloverenskomsten og kommentarerne til denne. Dette i sammenhæng med OECD rapporten "*double taxation conventions and the use of conduit companies*" fra 1987⁴⁰, som ligger til grund for ændringen af kommentarerne til modeloverenskomsten i 1992 der havde til formål at klarlægge begrebet.⁴¹

Beneficial owner begrebet blev introduceret i revisionen af modeloverenskomsten i 1977 i Art. 10, 11 og 12 omhandlende udbytte, renter og royalties.

Således var teksten af Art. 10 forinden indførelsen af beneficial owner klausulen:

*"However, such dividends may be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident, and according to the law of that State, but the so charged shall not exceed..."*⁴²

³⁸ Michelsen, Aage: Kommentarer til udvalgte afgørelser. Rette indkomstmodtager – Retmæssig ejer (Beneficial owner) – Misbrug – Bevis – Ansvar for manglende indbetaling af skat: RR.SM.2015.080071, side 2

³⁹ Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. Del: SR.2007.0395, side 4

⁴⁰ Michelsen, Aage: Kommentarer til udvalgte afgørelser. Rette indkomstmodtager – Retmæssig ejer (Beneficial owner) – Misbrug – Bevis – Ansvar for manglende indbetaling af skat: RR.SM.2015.080071, side 2

⁴¹ Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3: 6. Udgave, 2013, side 243

⁴² OECD: "Article 10 Dividends", In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris: 2015, side M28

I 1977 ændres teksten til:

*"However, such dividends may also 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..."*⁴³
(egen overstregning af ændringen)

Formålet var grundlæggende at klarlægge betydningen af ordlyden "resident". Man forsøgte at værne mod, at der blev indsat et mellemliggende selskab mellem det udloddende selskab og den ultimative modtager af udbyttet, som ikke var hjemmehørende i et kontraherende land, og at overenskomsterne deraf blev udnyttet til at omgå beskatning.⁴⁴

En videre definition af begrebet og forklaring af anvendelsen følger ikke for denne ændring af kommentarerne til overenskomsten.

Kommentarerne til modeloverenskomsten er ændret flere gange med henblik på at definere begrebet.

Teksten er for eksempel ændret i 1995 til:

*"However, such dividends may also 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 beneficial owner of the dividends is a resident of the other contracting State, the tax so charged shall not exceed..."*⁴⁵ (egen overstregning af ændringen)

Man forsøgte heraf at klarlægge, at intentionen ikke var at ramme den ultimative modtager, når denne var hjemmehørende i samme land, som den umiddelbare modtager, da der her ikke forelå en hensigt om skatteunddragelse.⁴⁶

I 2003 udvides forklaringen af begrebet i kommentarerne til modeloverenskomsten. Dette med reference til OECD's rapport fra 1987.⁴⁷

Det uddybes i kommentarerne at begrebet beneficial owner:

*"is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words "paid ... to a resident", and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance".*⁴⁸

Heraf kan udledes, at begrebet ikke skal fortolkes med henblik på den snævre tekniske betydning, som begrebet tillægges i common law landene, men i en bredere kontekst i forhold til formålet med overenskomsten. Dette ud fra en betragtning om, at begrebet kun er udviklet og forklaret i enkelte lande, men at mange lande ikke har en klar definition af begrebet i intern ret.⁴⁹

Begrebet defineres herefter at omhandle to specifikke tilfælde.

For det første et tilfælde hvor det mellemliggende selskab er "agent or nominee", agent eller mellemmand. Det vil ikke være i overensstemmelse med overenskomstens formål, hvis en sådan agent eller mellemmand skulle kunne lempes for beskatning i kildelandet, da disse ikke beskattes

⁴³ Ibid. side M28

⁴⁴ OECD: "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of dividends": In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris: 2015, pkt. 12

⁴⁵ OECD: "Article 10 Dividends", In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris: 2015, side M28

⁴⁶ Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. Del: SR.2007.0395, side 3

⁴⁷ 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

⁴⁸ OECD: "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of dividends": In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris: 2015, pkt. 12.1

⁴⁹ OECD: Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft, 15.7.2011, side 3

i domicillandet, og at der derfor ikke forekommer en dobbeltbeskatning. For det andet i forbindelse med "conduit companies":

*"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."*⁵⁰

Der er altså tale om en realitetsbedømmelse i forhold til hvorvidt et gennemstrømningselskab kan anses som beneficial owner. Der skal foretages en bedømmelse af det reelle ejerskab og ikke det formelle juridiske set-up.⁵¹ Dette i forhold til en bedømmelse af de beføjelser gennemstrømningselskabet har med de omhandlende midler.

OECD udgav i 2011 et diskussionsoplæg⁵², der skulle præcisere fortolkningen af beneficial owner begrebet, og i 2012 udkom en revideret udgave af dette diskussionsoplæg.⁵³ Indholdet af disse oplæg er indsat i den nyeste reviderede udgave af kommentarerne til modeloverenskomstens fra 2014.

Teksten herfra er som følgende:

*"In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the dividend is not the "beneficial owner" because that recipient's right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on 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 right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person"*⁵⁴ (egne fremhævelser af de vigtigste punkter)

Det modtagende selskab skal altså have retten til at råde over og nyde godt af midlerne, uden at være kontraktuelt eller juridisk forpligtet til at videreføre disse for at kunne anses som beneficial owner. Som udgangspunkt skal denne forpligtelse foreligge ud fra juridiske dokumenter. Forpligtelsen kan dog også være til stede, hvis de faktuelle omstændigheder bærer præg af, at modtageren ikke har retten til at råde over og nyde godt af udbyttet. Der er dog uklarhed omkring hvilke faktuelle omstændigheder, der skal foreligge for, at en sådan forpligtelse er til stede, og hvorved det modtagende selskab derfor ikke kan anses som beneficial owner.⁵⁵

Det kan ud fra ovenstående gennemgang sammenfattes, at udviklingen af modeloverenskomsten i høj grad har bidraget til fortolkningen af begrebet beneficial owner. Endvidere kan det fra de løbende revisioner af overenskomsten udledes, at OECD har en opfattelse af, at begrebet skal fortolkes autonomt uden inddragelse af intern ret.⁵⁶

⁵⁰ OECD: "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of dividends": In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris: 2015, pkt. 12.3

⁵¹ Werlauff, Erik: *Selskabsskatteret 2014/15*: 16. Udgave, 2014, Side 400

⁵² OECD: Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft, 15.7.2011

⁵³ OECD: Revised proposals concerning the meaning of Beneficial owner in articles 10, 11 and 12 – discussion draft, 19 October 2012 to 15 December 2012

⁵⁴ OECD: "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of dividends": In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris: 2015, pkt. 12.4

⁵⁵ Lang, Michael m.fl.: *The OECD-Model-Convention and its Update 2014*: 1. Udgave, 2015, side 42-45

⁵⁶ Winther-Sørensen, Niels m.fl.: *Skatteretten 3*: 6. Udgave, 2013, side 245.

8.2.2 Rente-/royaltydirektivet

Beneficial owner kravet er indskrevet i rente-/royaltydirektivets Art. 1, stk. 4. Det har følgende tekst:

”Et selskab i en medlemsstat anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.”⁵⁷

Af teksten kan det udledes, at for at kunne anses som beneficial owner skal rentebetalingen være til eget forbrug og ikke formidles videre til andre selskaber. Der skal forelægge et reelt ejerskab og ikke kun et formelt ejerskab i forhold til de oplyste former, ”agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person”.

Yderligere definition findes ikke, og en sådan ventes at skulle klarlægges af EU-domstolen. Da der foreligger dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem de fleste EU lande, har rente-/royaltydirektivet ikke en stor betydning, og overenskomsterne vil i stedet anvendes i de fleste tilfælde.

Det må forventes, at domstolen vil fortolke begrebet i forholdet til formålet med direktivet, altså fællesskabsretligt, samt at man vil drage analogi til OECD’s kommentarer.⁵⁸

Ud fra dette kan det sammenfattes, at rente-/royaltydirektivet bidrager i mindre grad til den samlede fortolkning af beneficial owner begrebet.

8.2.3 International retspraksis

8.2.3.1 Indofoods

Sagen er en civilretlig tvist, om hvorvidt virksomhedsobligationer kunne kræves tilbagekøbt før tid i forhold til en underliggende aftale. Sagen er den første, hvor beneficial owner klausulen behandles i forhold til revisionen af kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst i 2003. Derfor inddrages sagen i forhold til den internationale fortolkning af begrebet.⁵⁹

Sagens faktiske forhold

Indofoods afgørelsen omhandlede det indonesiske selskabet, *Indofoods*, der primært havde drift med produktion og distribution af fødevarer. I 2002 ønskede selskabet at rejse kapital i forbindelse med udstedelsen af virksomhedsobligationer på det internationale marked. Hvis disse blev udstedt direkte fra selskabet i Indonesien, ville rentebetalingen blive pålagt en beskatning på 20% i forhold til Indonesisk ret. For at nedsætte denne beskatning oprettede man i stedet et helejet selskab på Mauritius, *Finco*, som skulle agere det udstedende selskab. Provenuet fra disse obligationer blev derefter videreudlånt til Indofoods på vilkår, der gjorde, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Mauritius og Indonesien kunne anvendes. Resultatet af dette var, at den indonesiske kildeskat på renterne blev begrænset til 10%

⁵⁷ Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater. Art. 1, stk.4

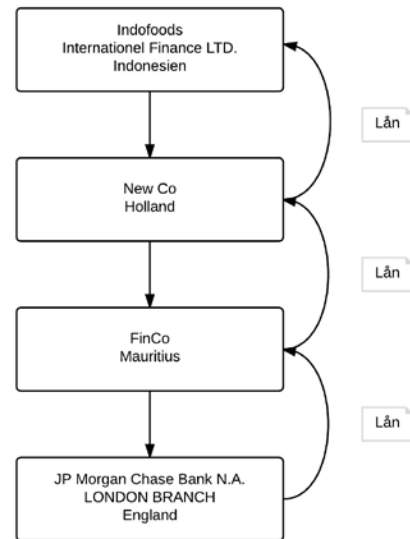
⁵⁸ Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. Del: SR.2007.0508. side 1

⁵⁹ Booker, Thomas: *Beneficial Owner*, SU 2011.415, side 2

I 2005 opsagde Indonesien dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Mauritius, hvorfor beskatningen af renterne igen blev de oprindelige 20%. I forhold til den aftale der forelå mellem Indofoods og ”trustee”, som var *JP Morgan*, ville Indofoods gerne tilbagekøbe obligationerne i forhold til ændringen af beskatningen. I forhold til den civilretslige tvist gjaldt denne tilbagekøbsmulighed dog ikke, hvis der kunne foretages ”reasonable measures” i forhold til ændringen i beskatningen.

JP Morgan gjorde derfor gældende, at der i stedet kunne indskydes et selskab i Holland, *NewCo*, hvorved dobbeltbeskatningsaftalen mellem Holland og Indonesien kunne anvendes til en lempeligere beskatning (se figur 2). Indofoods var dog ikke af samme opfattelse, da man ikke mente, at et sådant selskab ville kunne anses som beneficial owner af rentebetalingerne, som selskabet skulle være i forhold til en sådan klausul i overenskomsten mellem Holland og Indonesien.

Det skulle derfor afgøres, om denne konstruktion var en mulighed, og om det hollandske selskab kunne anses som beneficial owner.⁶⁰



Figur 2 - Illustration - Indofoods dommen

Kendelse og begrundelse

Ved High Court fik *JP Morgan* medhold i at en sådan konstruktion kunne anvendes. Court of Appeal ændrede dog denne afgørelse, da det ikke kunne godtgøres, at *NewCo* ville være beneficial owner af renterne.⁶¹

Court of Appeal gjorde gældende, at beneficial owner skulle fortolkes i forhold til:

“The passages from the OECD commentary and Professor Baker’s observations thereon show that the term “beneficial owner” is to be given an international fiscal meaning not derived from the domestic laws of contracting states. As shown by those commentaries and observations, the concept of beneficial ownership is incompatible with that of the formal owner who does not have “the full privilege to directly benefit from the income”.”⁶² (Egne fremhævelser af det vigtigste)

Samt at det nærmere skulle fortolkes:

*“But the meaning to be given to the phrase “beneficial owner” is plainly not to be limited by so technical and legal an approach. Regard is to be had to the substance of the matter.”*⁶³ (Egne fremhævelser af det vigtigste)

⁶⁰ Indofoods international finance ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch (Formerly J.P. Morgan Chase Bank London Branch), Royal Court of Justice, 2. marts 2006 pkt. 1-5

⁶¹ Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3: 6. Udgave, 2013, side 245-246

⁶² Indofoods international finance ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch (Formerly J.P. Morgan Chase Bank London Branch), Royal Court of Justice, 2. marts 2006. pkt. 42

⁶³ Ibid. pkt. 44

Det udledes heraf, at begrebet ikke skal fortolkes ud fra hvert enkelt kontraherende lands interne regler men efter en autonom international fortolkning i sammenhæng med kommentarerne til OECD's modeloverenskomst. På trods af dette bemærkes efterfølgende:

“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”⁶⁴

Bedømmelsen af det reelle, og ikke det formelle, ejerskab skal altså tillægges betydning i forhold til afgørelsen af hvorvidt selskabet er beneficial owner. Newco ansås i det henseende kun som en administrator og derfor ikke som beneficial owner.

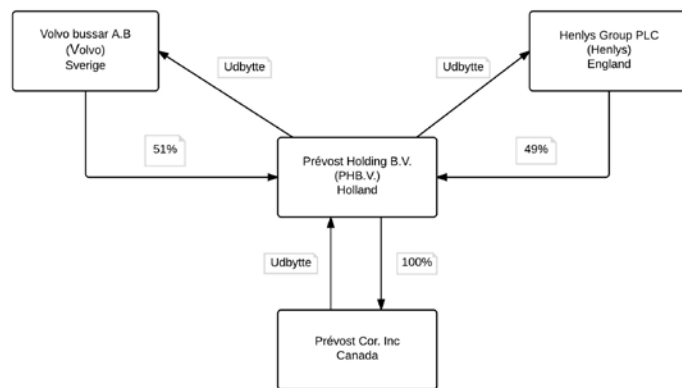
På trods af intentionen om at begrebet skal fortolkes autonomt, inddrog man alligevel elementer fra trust lovgivningen i common law landene. Dette kan ikke anses som den store overraskelse i forhold til, i hvilket land afgørelsen fandt sted.⁶⁵

8.2.3.2 Prévost

Beneficial owner behandles igen i sagen om Prévost car Inc. i forhold til et indskudt mellemliggende selskab med henblik skattebesparelse.⁶⁶

Sagens faktuelle forhold

Prévost sagen omhandlede et canadisk selskab, der producerede busser. I 1995 blev aktierne i Prévost solgt til selskaberne Volvo i Sverige og Henleys i England. Der blev i Holland indskudt et holdingselskab, Prévost Holding B.V., PHB.V., hvori aktierne skulle ejes (se figur 3). Selskabet havde ingen ansatte, intet kontor og ingen anden aktivitet end ejerskabet af aktierne i Prévost samt kun en registreret adresse hos et management selskab. Volvo og Henleys havde ved købet af aktierne og oprettelsen af PHB.V. indgået en aktionæroverenskomst, hvori det var aftalt, at Volvo skulle eje 51% og Henleys skulle eje 49%.



Figur 3 - Illustration - Prévost dommen

Sagen omhandlede udlodning af udbytte fra Prévost gennem PHB.V. og videre til henholdsvis Volvo og Henleys og spørgsmålet om, hvorvidt PHB.V. kunne anses som beneficial owner af udbyttet. I aktionæroverenskomsten var det aftalt, at ikke mindre end 80% af overskuddet i Prévost, og PHB.V. skulle udloddes som udbytte til aktionærerne.

Kendelse og begrundelse

The Canadian Tax Court og The Federal Court of Appeal fandt begge, at PHB.V. kunne anses som beneficial owner af udbyttet. Der blev lagt vægt på, at PHB.V. ikke havde nogle retslige forpligtelser overfor hverken Volvo eller Henleys ved udlodningen af udbyttet i og med, at selskabet ikke var en del af aktionæroverenskomsten.

“PHB.V. was a statutory entity carrying on business operations and corporate activity in accordance with the Dutch law under which it was constituted. PHB.V.

⁶⁴ Indofoods international finance ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch (Formerly J.P. Morgan Chase Bank London Branch), Royal Court of Justice, 2. marts 2006, pkt. 44

⁶⁵ Michelsen, Aage: Kommentarer til udvalgte afgørelser. Rette indkomstmodtager – Retmæssig ejer (Beneficial owner) – Misbrug – Bevis – Ansvar for manglende indbetaling af skat: RR.SM.2015.080071, side 2

⁶⁶ Prévost Car Inc. vs. Her Majesty the Queen, The Federal Court of Appeal, 26/2-2009

was not party to the Shareholders' Agreement; neither Henlys nor Volvo could take action against PHB.V. for failure to follow the dividend policy described in the Shareholders' Agreement"⁶⁷. (Egne fremhævninger af det vigtigste)

Dommen gav anledning til en uddybning af, hvordan begrebet beneficial owner skal fortolkes. Det blev omtalt 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 beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership".⁶⁸ (egne fremhævelser af det vigtigste)

Det udledes altså, at et selskab, der modtager udbyttet til egen brug og nydelse samt bærer risikoen, skal anses som beneficial owner.

Det er ikke vigtigt, hvem der er den ultimative modtager af udbyttet, ej heller at holdingselskabet ikke havde nogle ansatte, yderligere aktivitet eller kontor.⁶⁹

På trods af at resultatet er anderledes end i Indofoods dommen, kan der ses en sammenhæng i de to sager med henblik, på hvornår gennemstrømningselskabet kan anses som beneficial owner. Prévost dommen udvider forståelsen af realitetsbedømmelsen fra Indofoods dommen. Der ses på de realiteter, der foreligger i forhold til, hvem der har råderet over midlerne, hvorfor PHB.V. anses som beneficial owner.

8.2.3.3 Velcro

Velcro sagen omhandlede beskatning af royalty betalinger.⁷⁰ Sagen omhandlede et, i Holland, indsat holdingselskab, og hvorvidt dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Holland og Canada kunne gøres gældende i forhold til, hvorvidt holdingselskabet kunne anses som beneficial owner.

Sagens faktuelle forhold

Sagen omhandlede en oprettelse af en licensaftale i 1987 mellem Velcro Canada Inc., VCI, og Velcro Industries BV, VIBV. Sagen omhandlede hvorvidt VCI kunne benytte VIBVs immaterielle rettigheder i forbindelse med produktion og salg af et produkt imod betaling af royalties for dette. På dette tidspunkt var VIBV hjemhørende i Holland. VCI afholdte, på baggrund af royalties betalingerne, skattebetaling til Canada på 10% i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem disse lande. Dette var en reduceret skattebetaling i forhold til den normale beskatning på 25%.

I 1995 ændres dette, da VIBV gennemførte en omstrukturering, hvormed selskabet fik hjemsted på de Nederlandske Antiller, hvormed Canada ikke havde en dobbeltbeskatningsoverenskomst. VIBV overdrog efterfølgende både rettigheder og forpligtelser i forhold til aftalen med VCI til et datterholdingselskab, Velcro Holding BV, VHBV, som var hjemhørende i Holland (Se figur 4). VHBV stod herefter med rettighederne til at overdrage brugsrettighederne til VCI samt at modtage royalties herfor.

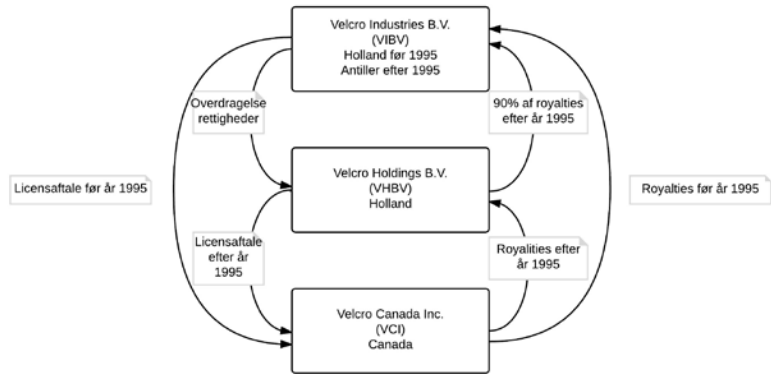
⁶⁷ Prévost Car Inc. vs. Her Majesty the Queen, The Federal Court of Appeal, 26/2-2009. Pkt. 103

⁶⁸ Prévost Car Inc. vs. Her Majesty the Queen, The Federal Court of Appeal, 26/2-2009. Pkt. 100

⁶⁹ Booker, Thomas: *Beneficial Owner*, SU 2011.415. Side 7-8

⁷⁰ Velcro Canada Inc. vs. Her Majesty the Queen, Canadian Tax Court 24/2-2012

VHBV og VIBV aftalte herefter, at 90 % af disse royalties, hvilket svarede til armslængde vilkårene i forhold til intern hollandsk ret, skulle betales til moderselskabet. VCI fortsatte med at indeholde canadisk beskatning på 10% af royaltybetalingerne i forhold til overenskomsten mellem Holland og Canada, hvilket dog i 1998 faldt til 0% i beskatning på grund af en ændring i overenskomsten mellem de to lande.



Figur 4 - Illustration - Velcro dommen

De canadiske myndigheder var ikke enig i denne skattebetaling. De anlagde sag ud fra at beskatningen, efter oprettelsen af ovenstående selskabskonstruktion, ikke var korrekt, da man mente, at der skulle indeholdes en beskatning på 25%.

Myndigheder mente at VHBV blot var et "conduit company" i forhold til VIBV og derfor ikke var beneficial owner af royaltybetalingerne. I stedet skulle moderselskabet VIBV, med hjemsted på de Nederlandske Antiller, anses som beneficial owner.

Kendelse og begrundelse

Domstolen kom frem til, at VHBV var beneficial owner af royaltybetalingerne, hvorfor den afholdte skattebetaling var korrekt.

Med henblik på beneficial owner fortolkningen tog domstolen udgangspunkt i Prévost afgørelsen. Det kan heraf udledes, at:

*"As affirmed by the Federal Court of Appeal in Prévost, supra, when asserting who is the beneficial owner of the items being considered (e.g. a payment of dividends or royalties), one must determine who has received the payments for his/her own use and enjoyment and assumed the risk and control of the payment he/she received."*⁷¹ (Egne fremhævninger af det vigtigste)

Afgørelsen opstiller endvidere, i forhold til Prévost dommen, fire elementer for, at selskabet skal anses som beneficial owner og skaber dermed en test til brug ved bedømmelse af begrebet:

*"From Prévost, there are really four elements in considering the attribution of beneficial ownership and those are: (a) possession; (b) use; (c) risk; and (d) control. The question therefore is, did VHBV have possession, use, risk and control of the royalties from VCI"*⁷²

De opstillede fire elementer er ejerskab, råderet, risiko og kontrol. Testen benyttes i form af en analyse af selskabets aktiviteter med de omhandlende midler. I afgørelsen af om VHBV skulle anses som beneficial owner, blev der derfor lagt vægt på nogle forskellige parametre i selskabskonstruktionen.

For det første at VHBV havde den juridiske ret til at modtage betalinger fra VCI, at disse midler var indsat på en konto i VHBV's besiddelse, samt at disse midler var indsat i canadiske dollars. For det andet var disse midler blandet med midler fra andre af virksomhedens aktiviteter, og VHBV stod selv for risikoen af kursudsving i forhold til at veksle disse midler til amerikanske dollars. Midlerne var altså ikke forsøgt særskilt i forhold til selskabets øvrige aktiviteter. Selvom de havde en forpligtelse til at viderebetale de fastsatte 90% af royalties betalingerne, var det ikke sikkert at denne viderebetaling stammede direkte fra disse betalinger.⁷³

⁷¹ Velcro Canada Inc. vs. Her Majesty the Queen, Canadian Tax Court 24/2-2012

. Pkt 27

⁷² Ibid. Pkt. 29

⁷³ Ibid . Pkt. 35-44

Dommen viderebygger på den bedømmelse Prévost dommen opstiller i forhold til fortolkningen af beneficial owner begrebet. Der udledes igen, at selve formen af selskabet ikke har stor betydning - altså om selskabet har kontor og ansatte eller blot er et "postkasseselskab". Det har endvidere ikke nogen betydning om selskabsstrukturen er opstillet i forhold til skatteomgåelse. Der ses ikke på selve formen af selskabsstrukturen men derimod på indholdet af denne. Der ses nærmere på i hvilket omfang selskabet har råderet over midlerne, og om de er direkte forpligtet til at viderebetale disse til et bagvedliggende moderselskab.

8.3 Sammenfatning - international fortolkning af beneficial owner

Som tidligere nævnt, har det været meget diskuteret, om beneficial owner skal fortolkes autonomt eller ud fra de enkelte landes interne regler. Dette udspringer af, at der i OECD's modeloverenskomst, og derved også i de enkelte overenskomster, ikke er en definition af begrebet. Overenskomsten har i Art. 3, stk. 2 en bestemmelse om, at når et begreb ikke er defineret i selve overenskomsten, skal den interne lov benyttes til fortolkning. Hvorvidt OECD's kommentarer tillægges retskildeværdi i forhold til denne bestemmelse, er derfor meget relevant i forhold til denne diskussion.

Hvis begrebet fortolkes efter intern lovgivning, vil det kunne give forskellige anvendelser af begrebet afhængig af hvilken retstradition, der anvendes i de enkelte lande. Dette kan også udledes af Indofoods afgørelsen, der blev afgjort af en instans i et common law land, som ikke havde stor ekspertise i international skatteret. Derfor ses der en lille forskel i, hvordan sagen behandles i Indofoods dommen i forhold til Prévost og Velcro dommene.

Samlet set er der i de tre afgørelser enighed om, at begrebet skal fortolkes autonomt.

I Indofoods afgørelsen kunne selskabet NewCo ikke anses som beneficial owner i det henseende, at selskabet blot var en administrator indsat med formålet at lempe beskatningen. Der var her tale om en automatisk kanalisering af midlerne, hvorfor det blot var et formelt mellemliggende selskab uden reelle beføjelser over midlerne.

Det udledes af Prévost og Velcro afgørelserne, at bedømmelsen af det formelle ejerskab ikke kan stå alene. Det har ikke nogen betydning, om det omhandlende holdingselskab ikke har kontor, ansatte og andre aktiviteter.

Derfor kan det af sagerne udledes, at fortolkningen og anvendelsen af begrebet i stedet skal foregå i forhold til, om de mellemliggende selskaber har de reelle rettigheder til at råde over og nyde godt af midlerne i den omfattende transaktion. Dette er også inddraget i den nyeste udgave af kommentarerne til modeloverenskomsten ved:

*"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 right to use and enjoy the dividend** unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person"*⁷⁴ (egne fremhævelse af det vigtigste)

I Velcro afgørelsen udbyggedes en test på fire parametre i forhold til, om et selskab er beneficial owner. Denne synes ikke umiddelbart at være videreført til OECD's kommentarer, men hensigten med testen synes at være samme, som udledes af kommentarerne til modeloverenskomsten.

8.4 Beneficial owner - dansk fortolkning

I den danske skatteret, samt i diverse oversættelser af direktiver og overenskomster, benyttes begrebet beneficial owner i form af oversættelsen retmæssig ejer. Som tidligere nævnt grunder de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster i OECD's modeloverenskomst, hvorfor beneficial owner klausulen også findes i disse.

⁷⁴ OECD: "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of dividends": In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris, 2015, pkt. 12.4

Spørgsmålet har igennem tiden været, hvordan man skulle fortolke begrebet og især, om begrebet skulle fortolkes autonomt i forhold til OECD's kommentarer til modeloverenskomsten eller ved hjælp af intern ret.⁷⁵

Før begrebet blev behandlet for domstolene, har der i den danske juridiske litteratur været en opfattelse af, at begrebet skulle fortolkes og anvendes i sammenhæng med begrebet rette indkomstmotager.⁷⁶ Rette indkomstmotager behandles derfor også kortfattet nedenfor.

Som behandlet i afsnit 6.1.2 så indførtes i dansk lovgivning ved lov nr. 1254 af 18. december 2012 en beneficial owner klausul mod danske gennemstrømningsselskaber, som havde det mål at undgå udenlandsk udbyttebeskatning.⁷⁷ Fortolkningen af beneficial owner begrebet analyseres derfor i forhold til lovgivningen nedenfor inden en analyse af den danske domstolspraksis og en kortfattet gennemgang af relevante bindende svar fra skatterådet følger.

8.4.1 Dansk skattelovgivning - Selskabsskattelovens §2, stk. 1, litra c

Med indførslen af reglerne i selskabsskattelovens §2, stk. 1, litra c, 7-8 pkt. begrænses de regler, der findes om frafald af beskatning af udbytte, der ellers gælder i forbindelse med datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier. Ordlyden af denne begrænsning er:

*"3. og 4. pkt. finder ikke anvendelse, hvis udbyttet fra det danske selskab er en videreudlodning af udbytte, som dette selskab har modtaget direkte eller indirekte af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A og 4 B, i et selskab hjemmehørende i udlandet, og det danske selskab ikke var retmæssig ejer af det modtagne udbytte. Dette gælder dog ikke, hvis beskatningen af udbytteudlodningen fra det danske selskab skal frafalde efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU."*⁷⁸ (egne fremhævelser af det vigtigste)

Af ovenstående lovtekst kan det udledes, at fritagelsen for den begrænsede skattepligt ikke er gældende, hvis udbyttet, modtaget af et udenlandsk selskab i forbindelse med datterselskabsaktier el. koncernselskabsaktier, blot videreudloddes, og det danske selskab ikke er retmæssig ejer af udbyttet.

I forhold til dette kan der grundlæggende udledes to parametre. For det første hvornår der er tale om en videreudlodning. For det andet, og for dette speciale mest relevant, hvornår der er tale om, at det danske selskab ikke er beneficial owner af udbyttet.

I forhold til fortolkningen af begrebet beneficial owner har forståelsen af, hvornår der forekommer en videreudlodning, ikke stor relevans. Der findes ikke en definition af begrebet videreudlodning - heller ikke i forarbejderne til loven. Dette kritiseres i den juridiske litteratur men der henvises blot til, at der i hvert enkelt tilfælde skal foretages en konkret vurdering.⁷⁹ Spørgsmålet er, om der er et sammenfald i de to begreber i det tilfælde, hvor begge fortolkninger kan bygge på, hvad udbyttet anvendes til af det danske modtagende selskab.⁸⁰

I forhold til en fortolkning af beneficial owner begrebet i selskabsskattelovens §2, stk.1, litra c, findes der i loven ingen definition. Udgangspunktet bliver derfor i lovens forarbejder.

Indledningsvist kan noteres, at OECD's kommentarer inddrages i bemærkningerne til loven i forhold til fortolkningen af begrebet. Det fremgår:

⁷⁵ Michelsen, Aage: Kommentarer til udvalgte afgørelser. Rette indkomstmotager – Retmæssig ejer (Beneficial owner) – Misbrug – Bevis – Ansvar for manglende indbetaling af skat: RR.SM.2015.080071, side 2

⁷⁶ Poulsen, Martin: Gennemstrømningsselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?: SU.2008.89, side 11 samt Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering - 1. Del: SR 2007.0395, side 8

⁷⁷ Banner-Voigt, Erik: L 10 - Udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber: SR.2013.0022

⁷⁸ Selskabsskatteloven §2, stk. 1, litra c, 7-8 pkt.

⁷⁹ Schmidt, Ole Steen og Sonne, Niclas Holst: L 10 – Gennemstrømningsselskaber: SU2013.1, side 4-5, samt Boch, Patrick: Decemberændring af Selskabsskatteloven - Dødsstødet for "gennemstrømningsselskaberne"?: SPO.2013.175, side 2.

⁸⁰ Banner-Voigt, Erik: L 10 - Udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber: SR.2013.0022, side 4-5 samt Boch, Patrick: Decemberændring af Selskabsskatteloven - Dødsstødet for "gennemstrømningsselskaberne"?: SPO.2013.175, side 2.

”Et gennemstrømningsselskab kan ikke anses som retmæssig ejer, hvis det - skønt det er den formelle ejer - reelt har meget snævre beføjelser, som - i relation til den pågældende indkomst - gør det til en administrator, der handler på vegne af andre parter. I tilfælde, hvor det danske selskab stort set ikke har anden virksomhed end at modtage udbytte direkte eller indirekte fra ét fremmed land og videreudlodde udbyttet til et andet fremmed land, kan det danske selskab ikke anses som retmæssig ejer.”⁸¹

Ligeledes inddrages lovgivers høringsvar i forbindelse med lovforslaget. Her udtales til spørgsmålet om, hvordan begrebet skal forstås:

*”Begrebet retmæssig ejer findes i OECD’s model til dobbeltbeskatningsoverenskomster, og forståelsen af begrebet er afgrænset i bemærkningerne til denne OECD model. **Den danske forståelse af begrebet følger OECD.**”⁸²* (Egne fremhævelser af det vigtigste)

OECD’s modeloverenskomst og fortolkningen af begrebet tillægges altså samlet set betydning i forhold til, hvordan begrebet skal fortolkes i dansk lovgivning. Det kan udledes, at den samme realitetsbedømmelse er gældende, hvor der ses på det reelle ejerforhold i stedet for det formelle, altså når et selskab ikke kan anses som beneficial owner i tilfældet hvor det *”reelt har meget snævre beføjelser”*

Endvidere anføres i bemærkningerne til lovforslaget, at skattemyndighederne skal afgøre, om selskabet er beneficial owner og:

”Ved afgørelsen skal der lægges vægt på de faktiske forhold i den enkelte sag, hvor der ses på, om det danske selskab er etableret af selskabet i det andet fremmede land med henblik på at opnå fordele efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som selskabet i det andet fremmede land ikke ville kunne opnå selv, og om selskabet i det andet fremmede land udøver en kontrol over det danske selskab, som ligger ud over den planlægning og styring på concernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner.”⁸³

Ud over at følge realitetsbedømmelsen synes også at skulle indgå en bedømmelse af om selskabet og koncernen er sammenfaldende med sædvanlig styring af internationale koncerner.⁸⁴

8.4.2 Rette indkomstmodtager

Begrebet rette indkomstmodtager og muligheden for at håndhæve dette har hjemmel i statsskatte-lovens §4. Det udledes heraf, at der er tale om den skattepligtiges samlede årsindtægt. Her er det altså kun den ene skattepligtige og ikke andres indtægter, der skal anses som værende dennes.⁸⁵ Rette indkomstmodtager benyttes sammen med rette omkostningsbærer som en allokationsmetode i forhold til hos, hvem beskatningen skal ske.

Med henblik på koncernforbundne selskaber er denne allokation aktuel i forhold til, at der er en interesse i at lade selskaber med hjemsted i lavskattelande bære indtægterne. Omvendt at lade selskaber med hjemsted i højskattelande bære omkostningerne. Dette især i forhold til flytning af midler til skattelylande gennem netop gennemstrømningsselskaber. Hensigten med rette indkomstmodtager og rette omkostningsbærer bliver derfor at fordele indkomster og udgifter til den, der bærer retten til disse.⁸⁶

Med henblik på formueafkast, som udbytte, kan det ud fra en omfattende behandling i retspraksis⁸⁷ udledes, at rette indkomstmodtager, er det skattesubjekt, der kan anses at have det civilretslige ejerskab til formuegodet for eksempel i form af aktiebesiddelse. I en nyere afgørelse,

⁸¹ Bemærkningerne til L10 – Forslag til lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven 2012. Side 3-4

⁸² Høringsvar i forbindelse med L10, 2012 bilag 4, side 41-42.

⁸³ Bemærkningerne til L10 – Forslag til lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven 2012. Side 6

⁸⁴ Schmidt, Ole Steen og Sonne, Niclas Holst: L 10 – Gennemstrømningsselskaber: SU2013.1, side 6-7

⁸⁵ Michelsen, Aage et al.: Lærebog om indkomstskat: 16. udgave, 2015, Side 675-677

⁸⁶ Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3: 6. Udgave, 2013, side 367-368 samt side 444-445

⁸⁷ Herunder blandt andet: SKM2007.308HR og SKM2008.994HR

SKM2015.397.ØLR afviges, af Højesteret, fra denne fastlagte praksis. Det forventes dog at Højesteret vil omstøde landsrettens afgørelse, og derfor for første gang vil skulle tage stilling til fortolkningen af beneficial owner.⁸⁸

8.4.3 National retspraksis

8.4.3.1 SKM2012.121ØLR – ISS sagen

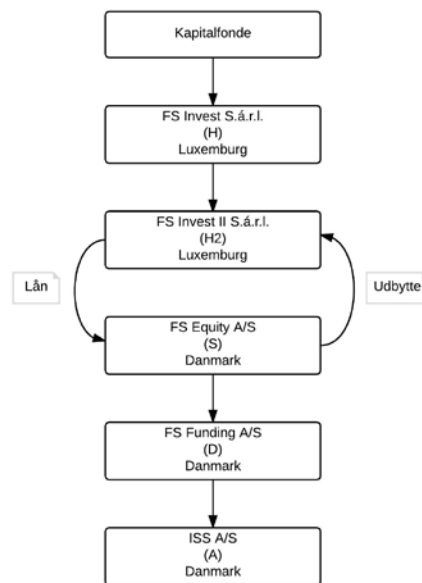
Indledningsvist skal det bemærkes, at den originale sag afgjort af Landsskatteretten både omhandlede en sag om beskatning af renter og en sag om beskatning af udbytte.⁸⁹ Kun sagen om beskatningen af udbytte blev anket til domstolene. Denne behandles i nedenstående, og afgørelsen om rentebetalinger behandles kort efterfølgende.

Sagen omhandler kapitalfondes opkøbsstruktur gennem flere forskellige holdingselskaber. Her ved indeholdelsen af skat i forhold til udloddet udbytte fra et dansk datterselskab til et luxemburgsk holdingselskab. Udbyttet videreføres til de oprindelige ejere i et land, hvormed Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Sagens faktuelle forhold

Det danske selskab ISS A/S, herefter A, var target-selskab for en række udenlandske kapitalfonde, og blev opkøbt af selskabet FS Funding A/S, herefter D, som var ejet af disse kapitalfonde. D blev derved holdingselskab for A. Efter dette oprettede man endnu et selskab i Danmark, FS Equity A/S, herefter S, og man apportindskød D således, at dette blev et datterselskab af S. Der opstod herved en dobbelt holdingstruktur i Danmark. Holdingstrukturen blev indskudt i en lignende dobbelt holdingstruktur i Luxembourg ved selskaberne FS Invest S.a.r.l., herefter H, og FS Invest II S.a.r.l., herefter H2 (Se figur 5). Ingen af disse selskaber havde anden aktivitet end at finansiere og eje deres datterselskaber, og havde ingen ansatte.

Man aflagde årsrapport for S og besluttede på den efterfølgende ordinære generalforsamling at udlodde udbytte til H2 i Luxembourg. H2 ydede, efter denne udlodning, to lån til S på et samlet beløb tilsvarende det udloddede udbytte.



Figur 5 - Illustration - SKM2012.121ØLR

Parternes anbringelser

Skattemyndighederne gjorde gældende, at der bestod en begrænset skattepligt jf. selskabsskatte-lovens §2, stk.1, litra c af det udloddede udbytte til selskabet i Luxembourg, og at denne beskatning ikke skulle frafaldes i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. Dette da H2 i Luxembourg ikke kunne anses som værende beneficial owner af udbyttet, som var et krav i forhold til overenskomsten.

Der henførtes i denne sammenhæng til den autonome fortolkning af begrebet både i forhold til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst samt OECD's rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies". Skattemyndighederne påstod i den sammenhæng, at:

⁸⁸ Poulsen, Martin: Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber: SU2009.278. Side 4 samt Witten-dorff, Jens: Rette indkomstmodtager af udbytte – i lyset af TfS 2015.574: Art20150012-Tfs

⁸⁹ SKM2010.268.LSR og SKM2010.729.LSR

”det udbyttmodtagende selskab, har haft så snævre beføjelser i relation til udbyttet, at dette selskab ikke kan kvalificeres som ”retmæssig ejer” i relation til dette. De bagvedliggende ejere eller disses repræsentanter havde på forhånd truffet beslutning om gennemførelse af det cirkulære arrangement, og var forpligtet til at genudlåne det udloddede udbytte...”⁹⁰

Skattemyndighederne mente altså, at H2, var et indskudt selskab uden særlige beføjelser i forhold til udbyttet, ikke kunne anses som beneficial owner. Derfor skulle beskatningen af udbyttet ikke fraviges hverken i forhold til den relevante overenskomst eller i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet. Man mente endvidere, at da den rigtige beneficial owner var et selskab udenfor EU, kunne EU-retten ikke gøres gældende.

Selskabet gjorde modsat gældende, at beskatningen skulle frafaldes både i henhold til den relevante overenskomst mellem Danmark og Luxemburg men også i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet.

Men henblik på det første blev det anført, at H2 skulle anses som beneficial owner i forhold til udbyttet. Hvis andet skulle gøres gældende i forhold til skattemyndighedernes anbringende om anvendelse af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, så skulle der være tale om, at H2 skulle være et gennemstrømningselskab. Da udbyttet ikke var videreudloddet til de bagvedliggende ejere, kunne H2 ikke anses for et sådant.

Endvidere blev det gjort gældende, at begrebet beneficial owner skulle fortolkes i forhold til den interne ret og derfor efter realitetsprincippet og det praksisbestemte begreb rette indkomstmodtager. I forhold til dette skulle H2 også anses som beneficial owner.

Sidst blev der gjort gældende, at H2 ikke kunne afskæres fra at benytte moder-/datterselskabsdirektivet i det henseende, at en beneficial owner klausul ikke var indskrevet heri.

I direktivet var en fakultativ misbrugsregel jf. Art. 1, stk. 2, men det anførtes at denne ikke kunne gøres gældende. Dette da der ikke fandtes en generel omgåelsesklausul i dansk intern ret.

Kendelse og begrundelse

Landsretten stadfæstede Landsskatterettens dom i det henseende, at H2 anerkendtes som beneficial owner af udbyttet. Derfor skulle det danske datterselskab S ikke indeholde skat i forhold til udlodning af udbyttet.

Landsretten udtalte, at beneficial owner begrebet skulle fortolkes autonomt i forhold til den internationale forståelse. OECD's kommentarer til modeloverenskomsten kunne derfor tillægges betydning i forhold til fortolkningen af begrebet. Landsretten henviste endvidere til rapporten fra OECD's Committee on Fiscal Affairs fra 1986 i forhold til, hvad der skulle forstås ved et gennemstrømningselskab.

Det skal deraf udledes, at for at H2 ikke kunne anses som beneficial owner, skulle der foreligge en kontrol fra de ultimative ejere ud over det sædvanlige, hvorved der også skulle ske en videreudlodning af udbyttet til ejerne. Dette var ikke tilfældet i sagen, da udbyttet tilbageførtes som lån. Derfor skulle H2 anses som beneficial owner.⁹¹

Landsretten tog ikke videre stilling til om selskabet skulle fritages fra beskatning i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet.

⁹⁰ SKM2012.121ØRL side 14

⁹¹ ”Note indsat efter aflevering og forsvar, i forbindelse med optagelse i RETTID” Skatteministeriet har efterfølgende kommenteret dommen i SKM2012.100.SKAT. Man har ikke ønsket at anke dommen til Højesteret, da man ikke mener at dette vil føre til en anden afgørelse. Dette da dommen synes klar, og at der skal ske en videreudlodning for at fordelene af overenskomsten kan nægtes. Skattemyndighederne har på tidspunktet for SKM2012.100.SKAT rejst et yderligere antal sager om beneficial owner, hvor de omhandlede midler videreføres. Man ville afvente afgørelsen af disse sager i stedet at anke sagen til højesteret i forhold til afklaring af retsområdet om beneficial owner.

8.4.3.2 SKM2010.729.LSR ISS rentesagen

Sagen omhandlede samme koncern og holdingstruktur som ovenstående afgørelse. Sagen omhandlede renterne på lånene, der blev ydet tilbage til det danske selskab S fra det luxemburgske holdingselskab H2 tilsvarende det udloddede udbytte. Sagen var, modsat udbyttesagen, ikke anket til Landsretten, hvorfor det er Landsskatterettens afgørelse der analyseres.

Mange af de samme punkter gøres gældende i denne afgørelse som i ovenstående. Dog inddrages rente-/royaltydirektivet som beskatningsfritagelsesgrund sammen med dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxemburg i stedet for moder-/datterselskabsdirektivet.

Landsskatteretten kom også frem til samme resultat. Da H2 ikke viderekaliserede rentebetalingerne til de bagvedliggende ejere, ansås H2 som beneficial owner af renterne i henhold til kommentarerne i modeloverenskomsten.

Afgørelsen bidrog med en præcisering af, beneficial owner begrebet, i rente-/royaltydirektivet. Det kan heraf udledes, at begrebet her skal fortolkes som i overenskomsten, og derfor ikke nærmere i forhold til selve ordlyden af beneficial owner klausulen i direktivet.

8.4.3.3 SKM2012.26.LSR

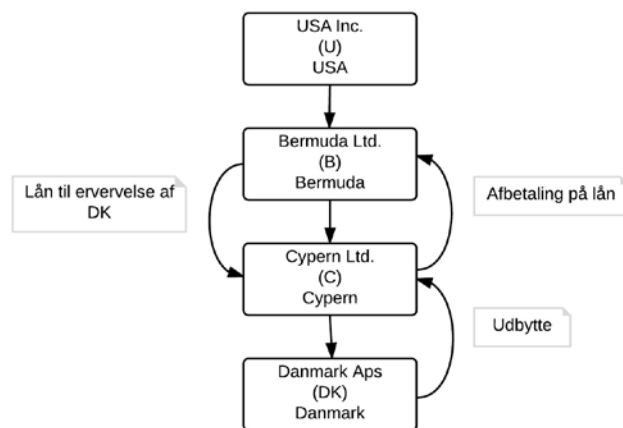
Sagen omhandlede, hvorvidt et cypriotisk gennemstrømmingsselskab skulle beskattes af udbytte udloddet af et dansk datterselskab i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Cypern eller moder-/datterselskabsdirektivet.

Sagens faktiske forhold

Sagen omhandlede selskabet Danmark ApS, herefter *DK*, der var en del af en stor multinational koncern. *DK* udførte alene salgs- og supportaktivitet. Selskabet havde været ejet af selskabet Bermuda Ltd., herefter *B*, men anparterne i selskabet blev solgt ved en omstrukturering i september 2005 til et af *B* oprettet selskab Cypern Ltd, herefter *C*. USA Inc., herefter *U*, var den ultimative ejer i den internationale koncern (Se figur 6). Salget af *DK* fra *B* til *C* skete til en pris på 670 millioner kroner, og dette blev finansieret i form af et lån fra *B* til *C*.

I september 2005 udloddede *DK* 566 millioner kroner i udbytte til *C*, som

benyttede disse midler til at afbetale på lånet til *B*. I oktober 2006 udloddede selskabet igen udbytte til *C*, på 92 millioner kroner, hvilket også blev benyttet til afbetaling.



Figur 6 - Illustration - SKM2012.26LSR

Sagen omhandler beskatningen af udbyttet ud fra reglerne om begrænset skattepligt til udenlandske selskaber, og hvorvidt denne kan frafalde i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet eller i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Cypern. Endvidere om *C* i det henseende kan anses som beneficial owner af udbyttet.

Parternes anbringelser

Det er skattemyndighedernes opfattelse, at *C* ikke kan betegnes som beneficial owner af udbyttet i forhold til fritagelse for beskatning af dette i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Cypern. Dette da *C* har haft meget snævre beføjelser i forhold til udbyttet.

Der tages udgangspunkt i, at begrebet skal fortolkes autonomt og derfor med anvendelse af OECD's modeloverenskomst og OECD rapporten fra 1986 om gennemstrømmingsselskaber.

Det bemærkes, at:

"Det cypriotiske selskab har alene skullet tjene den funktion at blive anvendt som led i et forsøg på at tilegne koncernen skattemæssige fordele. Selskabet har reelt ikke været beføjet til at træffe selvstændige ledelsesbeslutninger om, hvorledes der skulle disponeres over ud-

bytterne, der hidrørte fra danske selskab. Dette understøttes af at selskabet er uden nogen reel substans”⁹²

Der henvises til den internationale retspraksis i henholdsvis Prévost og Indofoods afgørelserne. Endvidere til at omstændighederne i Indofoods sagen minder om denne sag. Der har både i denne sag og i Indofoods sagen ikke været tale om, at modtageren af udbyttet har været juridisk forpligtet til at videreføre udbyttet, men at der i praksis er disponeret med udbyttet på en måde, hvor der reelt ikke, for modtageren, har været en råderet over midlerne.

Skattemyndighederne gør ydermere gældende, at beskatningen ikke skal frafalde i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet. Dette da beneficial owner klausulen i overenskomsten kan benyttes som misbrugsbestemmelse efter den fakultative bestemmelse i direktivets Art. 1, stk. 2.

Selskabet anfører, at man ikke mener, at der skal ske beskatning af udbytte til C. Der redegøres for, at den primære grund er, at man kan anvende moder-/datterselskabsdirektivet. Beskatningen kan endvidere ikke frafaldes i henhold til direktivets Art. 1, stk. 2. Dette da den eneste interne misbrugsbestemmelse der kan gøres gældende i forhold til nægtelse af fordelene af direktivet, er rette indkomstmodtager. De gør gældende at C skal anses som rette indkomstmodtager efter gældende praksis.

Sekundært gøres gældende, at C også skal fritages for beskatning i henhold til overenskomsten mellem Danmark og Cypern, da selskabet kan anses som værende beneficial owner af udbyttet. Dette sker på baggrund af, at C har rettigheder til at råde over udbyttet, og at der derfor ikke blot sker en direkte videreudlodning af udbyttet, men at dette sker gennem tilbagebetaling af gæld. Endvidere gøres gældende, at beneficial owner begrebet ikke er nærmere defineret, hvorfor det i forhold til dansk intern ret skal fortolkes i sammenhæng med rette indkomstmodtager, hvorfor rette indkomstmodtager også må være beneficial owner.

Det gøres yderligere gældende, at i forhold til den fortolkning skattemyndighederne gør gældende af beneficial owner, så er det eneste selskab der opfylder denne det amerikanske ultimative moderselskab, hvorfor beskatningen så skulle fritages i forhold til overenskomsten mellem Danmark og USA.

Kendelse og begrundelse

Landsskatteretten udtalte, at begrebet beneficial owner ikke var sammenfaldende med princippet om rette indkomstmodtager. Landsskatteretten udleder altså, at begrebet skal fortolkes autonomt og henviser til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst og rapporten fra Committee on Fiscal Affairs. Her udledes det, at et gennemstrømningselskab ikke kan anses som beneficial owner.

Landsskatteretten fandt, med henblik på tidligere praksis, at C ikke var beneficial owner af udbyttet. Der skete en nærmere granskning af C's råderet over udbyttet, hvormed det udledtes, at C ikke havde nogen råderet over udbyttet og derfor ikke kunne anses som beneficial owner. Der blev i mindre grad lagt vægt på, at C var stiftet umiddelbart forud for omstruktureringen, samt at selskabet ikke havde egne lokaler eller personale.

Det klarlægges i denne afgørelse, at selvom C ikke ansås som værende beneficial owner, så var det den dansk/cypriotiske overenskomst, der skulle benyttes i det, at C ansås som værende rette indkomstmodtager. Derfor havde det ingen betydning, at udbyttet videreførtes til det ultimative moderselskab i USA.

Beskatningen af udbyttet frafaldes dog i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet. Dette da der i dansk ret ikke fandtes en misbrugsbestemmelse i henhold til direktivets Art. 1, stk. 2. Da C ansås som værende rette indkomstmodtager efter tidligere praksis, kunne direktivet anvendes, og beskatningen fraviges.

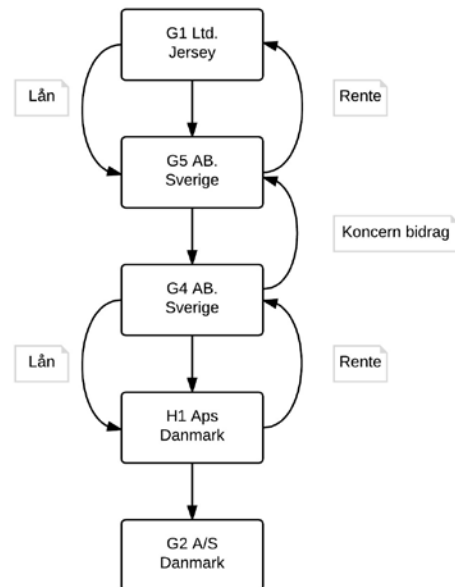
⁹² SKM2012.26.LSR

8.4.3.4 SKM2011.57.LSR - HHU sagen

Sagen er i sammenhæng med dette speciale interessant i det, det er første gang, at skattemyndighederne kommer igennem med kravet om, at det modtagende selskab ikke er beneficial owner, hvorfor den begrænsede skattepligt ikke skulle fraviges.

Sagens faktuelle forhold

Sagen omhandlede et selskab beliggende på Jersey, G1 Ltd., herefter *G1*, og dette selskabs erhvervelse af en koncern beliggende i Danmark med selskabet G2 A/S, herefter *G2*, i spidsen. Efterfølgende oprettede G1 to svenske selskaber, henholdsvis G4 AB, herefter *G4*, og G5 AB, herefter *G5*. Ingen af disse havde nogen reel erhvervsmæssig aktivitet og blev derfor anset som skuffeselskaber. Aktierne i G2 tilførtes herefter G4, og aktierne i G4 tilførtes G5. Ydermere erhvervede G4 et på dette tidspunkt udestående selskab H1 Aps, herefter *H1*, og tilførte dette selskab aktierne i G2, der finansieredes ved lån (Se figur 7). I forbindelse med omstruktureringerne oprettedes to gældsbreve. Ét udstedes mellem H1 til G4 og ét mellem G5 og G1. Begge gældsbreve udstedes på samme vilkår og forrentes ens. De to svenske selskaber havde ingen anden aktivitet end at eje aktierne i H1. Renterne, som sagen omhandler, er renterne mellem H1 og G4. Disse førtes videre til G5 via koncernbidrag. Dette i forhold til de svenske regler herom, hvorfor G4 var fradragsberettiget, og G5 var skattepligtig. G5 kunne således betale renter til G1.



Figur 7 - Illustration - SKM2011.57LSR

Parternes anbringender

Skattemyndighederne redegjorde for, at renterne skulle beskattes i forhold til den begrænsede skattepligt i selskabsskattelovens §2, stk.1, litra d, og at denne beskatning skulle udlignes af H1. Dette ud fra en betragtning om, at beskatningen ikke kunne frafalde i henhold til rente-/royaltydirektivet eller den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, da de svenske selskaber ikke kunne anses som beneficial owner af rentetransaktionerne. Man henførte til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst samt Indofoods og Prévost afgørelserne. Man begrundede derudfra, at de svenske selskaber skulle anses som gennemstrømningsselskaber, der blot havde til formål at omgå beskatning. Man begrundede endvidere, at de bagvedliggende ejere allerede havde truffet beslutningen om, at rentebetalingerne skulle videreføres, og at dette skete samme dag:

*"Samme dag som H1 ApS betaler renter til G4 AB, overføres rentebetalingen fra G4 AB til G5 Ab, således at G5 AB atter samme dato kan foretage den præcise samme rentebetaling til G1 Ltd."*⁹³

Der henføres endvidere til, at betalinger heller ikke kan undgå beskatning i henhold til rente-/royaltydirektivet, da denne også indeholder en klausul om beneficial owner, og at de svenske selskaber i forhold til ordlyden i denne ikke antages at modtage betalingerne til egen brug på baggrund af deres formelle status som gennemstrømningsselskaber.

Selskabet gjorde gældende, at man mente, at beskatningen af rentebetalingerne til moderselskab skulle frafalde.

Man mente ikke, at skattemyndighedernes argumentation om, at de svenske selskaber kun var gennemstrømningsselskaber var korrekt. Man henviste til definitionen af et gennemstrømningsselskab i OECD's rapport fra 1986⁹⁴:

⁹³ SKM2011.57.LSR. side 2

”Herefter kræves for at kunne tilsidesætte et selskab som den ”retmæssige ejer” (”beneficial owner”), at det rentemodtagende selskab har meget snævre beføjelser, som i relation til den pågældende indkomst gør det til en ”nullitet” eller administrator, der handler på vegne af andre parter. Dette er ikke tilfældet for G4 ABs vedkommende i nærværende sag.”⁹⁵

Kendelse og begrundelse

Landsskatteretten stadfæstede skattemyndighedernes afgørelse om, at der skulle pålignes skat af rentebetalinger til det svenske selskab.

Dette ud fra betragtningen om, at det svenske selskab ikke var beneficial owner af betalingen.

Indledningsvist bemærkedes, at beneficial owner var et ukendt begreb i dansk ret, hvorfor der ikke kunne sættes lighedstegn mellem rette indkomstmotager og beneficial owner. Beneficial owner skulle fortolkes i forhold til den harmoniserede fortolkning.

Landsskatteretten begrundede endvidere i forhold til bedømmelsen af de svenske selskaber:

”Da koncernbidraget vil være fradragsberettiget for det indskydende selskab, medens der vil være skattepligt for det modtagende selskab, vil der ikke komme skattepligtig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i de svenske selskaber, der således må anses som gennemstrømmingsselskaber uden reelle beføjelser til/muligheder for at træffe afgørelse om disposition af de modtagende overførsler.”⁹⁶

Det kan altså udledes, at beneficial owner i denne sammenhæng skal fortolkes autonomt i forhold til den internationale skatterets definition. Derfor afgøres sagen med vægt på, at der i de svenske selskaber ikke var tilstrækkelig med reelle beføjelser til at råde over rentebetalingerne.

8.4.3.5 SKM2011.485.LSR – COOK sagen

Sagen omhandlede beskatningen af renter mellem et dansk datterselskab og et udenlandsk svensk holdingselskab. Landskatteretten stadfæstede, som i HHU sagen, skattemyndighedernes afgørelse om, at disse rentebetalinger ikke kunne skattefritages i henhold til, at det udenlandske indskudte selskab ikke var beneficial owner.

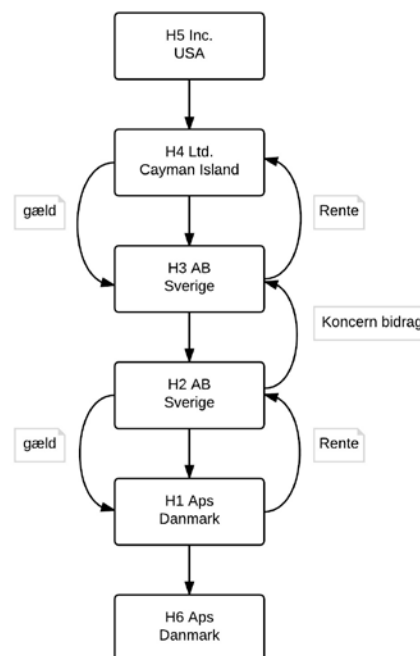
Sagens faktiske forhold

Et selskab på Cayman Island H4 Ltd., herefter *H4*, ejede et dansk moderselskab til en underliggende koncern, H6 ApS, herefter *H6*. Der blev foretaget en omstrukturering, hvor der blev indsat et dansk holdingselskab, H1 ApS, herefter *H1*, og to svenske holdingselskaber, H2 AB, herefter *H2*, og H3 AB, herefter *H3*. Der udstedtes i forbindelse med omstruktureringen to gældsbreve. Ét mellem H1 og H2 samt ét mellem H3 og H4. Disse gældsbreve var identiske med henblik på rentebetalingerne. Der opstod derfor fordringer mellem disse, hvoraf der skulle betales renter. Sagen omhandlede rentebetalingerne mellem H1 og H2 (se figur 8).

Det oplystes endvidere, at de to svenske selskaber ikke havde egne lokaler og ingen ansatte.

Parternes anbringende

Skattemyndighederne mente ikke, H2 kunne betegnes som beneficial owner af de modtagende rentebetalinger, hvorfor skattebetalingen ikke kunne frafaldes, og den begrænsede skattepligt skulle bestå efter reglerne i sel-



Figur 8 - Illustration - SKM2011.485LSR

⁹⁴ 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

⁹⁵ SKM2011.57.LSR. side 4

⁹⁶ Ibid. side 7

skabsskattelovens §2, stk. 1, litra d. De gjorde gældende, at H2 ikke kunne anses som beneficial owner i forhold til den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst og rente-/royaltydirektivet. Skattemyndighederne lagde vægt på den manglende substans i de svenske selskaber, hvorfor disse kun var en del af et kunstigt arrangement, der havde til formål at trække midler ud af den danske koncern for at omgå beskatning i det, at:

”Selskaberne har ingen ansatte, selskaberne har ingen intern fakturering af løn eller lignende administrationsomkostninger, selskaberne har ingen særskilt kontorindretning, huslejekontrakt eller omkostninger til fysisk ophold.... de svenske selskaber har ingen anden aktivitet eller plan om aktivitet ud over at eje aktier i de danske selskaber, selskaberne har ingen reel risiko, idet gældsbrevene Danmark/Sverige og Sverige/Cayman er identiske.”⁹⁷

Selskabets påstande var, at de ikke mente, at der skulle betales skat af renterne. For det første mente selskabet ikke, at rette indkomstmodtager og beneficial owner kunne være forskellige selskaber. For det andet mente selskabet, at H2 var beneficial owner af rentebetalingerne i henhold til den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsten og i henhold rente-/royaltydirektivet. Endvidere anførtes det, at der ikke forelå nogen juridisk forpligtigelse for de svenske selskaber, således at der kunne være en indskrænkning i råderetten over rentebetalingerne.

Kendelse og begrundelse

Landsskatteretten kom frem til samme resultat som i HHU sagen, og stadfæstede derfor skattemyndighedernes afgørelse om, at der kunne pålignes skat af rentebetalingerne.

Grundlæggende afklaredes det, at begrebet beneficial owner skulle fortolkes autonomt:

”Begrebet retmæssig ejer må skulle forstås i sammenhæng med den betydning, som begrebet tillægges i retskilder og praksis indenfor dobbeltbeskatningsområdet.”⁹⁸

Begrebet var derfor heller ikke sammenfaldende med det interne begreb rette indkomstmodtager. Rentebetalingerne blev ført gennem de svenske selskaber som koncernbidrag for ultimativt at blive videreført til H4 som renter. Landsskatteretten noterede, at der i den sammenhæng ikke kom noget til beskatning i Sverige. H2 ansås ikke som værende beneficial owner af rentebetalingerne i det henseende, at det kun kunne anses som et gennemstrømningsselskab i forhold til, 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.”⁹⁹

Landsretten lægger, i forhold til spørgsmålet om hvorvidt selskabet ikke kan anses som beneficial owner, afgørende vægt på, at:

”Ved etablering af gældforholdene 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”¹⁰⁰

Det kritiseres i den juridiske litteratur, at det netop er dette, der ligger til grund for denne bedømmelse. Normalt ses, at en sådan gæld i holdingsstruktur kan opretholdes af for eksempel rentebetaling eller udbytte, som selskabskonstruktionen giver adgang til.¹⁰¹

Det udledes samlet set, at sagen er meget lig HHU afgørelsen. Dog findes der nogle enkelte forskelle i bedømmelsen af, hvorvidt holdingselskabet er et rent gennemstrømningsselskab. I denne COOK afgørelse tillægges stor værdi i det faktum, at det var nødvendigt for de svenske holding-

⁹⁷ SKM2011.485 side 2

⁹⁸ SKM2011.485. side 10

⁹⁹ Ibid. side 10

¹⁰⁰ Ibid. side 10

¹⁰¹ Bundgaard, Jakob: Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership: SU2012.98

selskaber at få tilført midler fra de ultimative ejere, hvorimod HHU dommen tillagde stor værdi i den automatik, der foregik til videreførelsen af midlerne.

8.4.3.6 Bindende svar fra skatterådet

Nedenstående bindende svar fra skattemyndighederne gennemgås kort i forhold til myndighedernes fortolkning af beneficial owner begrebet.

8.4.3.6.1 SKM2014.13.SR

Dette bindende svar omhandlede udbytteudlodning fra et dansk selskab, B, til et cypriotisk holdingselskab, herefter A, og om det kunne bekræftes, at A ikke var begrænset skattepligtig af dette udbytte i forhold til selskabsskattelovens §2, stk.1, litra c.

Skatterådet svarede, at A skulle anses som beneficial owner for, at dette kunne være gældende. Beneficial owner er en transaktionsbestemt vurdering med henblik på, hvem der har retten til at disponere over udbyttet. Skatterådet afviste spørgsmålet, da det ikke kunne bestemmes, hvem der kunne anses at have råderetten over udbyttet. Det kunne dog ikke afvises, at A ikke kunne anses som beneficial owner, hvis blot denne havde råderetten over midlerne.

Det gjordes ligeledes gældende, at beneficial owner bestemmelsen også kunne benyttes i forhold til misbrug i henhold til moder-/datterselskabsdirektivets Art.1, stk.2.

8.4.3.6.2 SKM2014.741.SR

Dette bindende svar omhandlede et likvidationsprovenu, der var udloddet fra et dansk selskab til en ejerkreds af selskaber i EU og USA. Spørgsmålet var, om det kunne bekræftes, at denne ejerkreds ikke var begrænset skattepligtige i forhold til reglerne i selskabsskattelovens §2, stk. 1, litra c.

Skatterådet gjorde igen gældende, at vurderingen af beneficial owner er en transaktionsbestemt vurdering, hvorfor det skal afgøres ud fra, hvem der har dispositionsretten over udbyttet. Det bekræftes, at der ikke skal betales skat, da ejerkredsen er hjemmehørende i EU eller i et land, USA, hvormed Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Dette også hvis udbyttet skulle udloddes til de bagvedliggende ejere, da disse også var hjemmehørende i EU.

8.4.3.6.3 SKM2016.72.SR

Dette bindende svar fra skatterådet omhandlede udbyttet udloddet fra et dansk datterselskab til et cypriotisk moderselskab, og der spørges til, om dette selskab var begrænset skattepligtige efter reglerne i selskabsskattelovens §2, stk. 1, litra c.

Skatterådet henviste til tidligere afgørelser og tidligere bindende svar og svarede, at bedømmelsen skal foregå på baggrund af en vurdering af, hvorvidt moderselskabet er beneficial owner af udlodningen. Dette er en transaktionsbestemt vurdering af, hvem der har dispositionsretten til udbyttet.

Der redegøres umiddelbart for, at udbyttet ikke videreføres til de bagvedliggende ejere.

Spørgsmålet afvist i henhold til skatteforvaltningslovens § 24, stk. 2, da der ikke med sikkerhed kunne udledes, om det var tilfældet at udbyttet ikke videreudloddes.

Der ønskedes endvidere redegjort, om omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3¹⁰² skulle finde anvendelse, men også dette afvist, da det ikke ansås som værende en del af spørgsmålet stillet til skatterådet.

8.5 Sammenfatning - dansk fortolkning af beneficial owner

Indledningsvist må det bemærkes, at begrebet beneficial owner, og fortolkningen af denne klausul har afledt stor diskussion i gennem det seneste år. Der har ikke været, og er stadig ikke, udledt en generel definition af begrebet i intern ret, hvorfor domspraksis har været med til at belyse den nuværende danske fortolkning.

Som det tidligere er nævnt, har den interne fortolkning tidligere været, at begrebet beneficial owner skulle fortolkes efter interne regler og derfor i overensstemmelse med begrebet rette indkomstmottager.

¹⁰² Omgåelsesklausulen i ligningslovens §3 behandles i afsnit 11, og nærmere denne i forhold til beneficial owner i afsnit 12.

Ved analysen af de danske afgørelser, kan det udledes, at domstolene har klarlagt, at begrebet skal fortolkes autonomt i forhold til den internationale skatteret. Det udledes blandt andet af SKM2011.57LSR og SKM2012.26LSR, at begrebet rette indkomstmodtager ikke er sammenfaldende med begrebet beneficial owner. Der kræves dog stadig i forhold til intern hjemmel, at holdingselskabet karakteriseres som rette indkomstmodtager, før der kan foretages en beneficial owner bedømmelse. Som udgangspunkt er rette indkomstmodtager det selskab, der ejer det underliggende selskab, men det er spørgsmålet hvorvidt der er sket en praksisændring for dette efter SKM2015.397ØLR. Dette betvivles i den juridiske litteratur og højesterets behandling af ankesagen må forventes at klarlægge dette.

Det kan ud fra Landsrettens afgørelse i SKM2012.121ØLR, fastlægges, at det mellemliggende selskab er beneficial owner, når der ikke sker en videreudlodning til de bagvedliggende ejere. Da midlerne tilbageførtes til datterselskabet som lån i sagen, var det mellemliggende selskab beneficial owner. Dette stemmer overens med betingelsen om videreudlodning, der følger af begrebets tilføjelse til selskabsskatteloven §2, stk. 1, litra c i 2012.

Begrebet synes ellers, at skulle tillægges den samme fortolkning som anvendes i den internationale domspraksis. Det kan derfor samlet set udledes, at der i de forskellige afgørelser lægges vægt på, om det mellemliggende selskab har nogle reelle beføjelser over godet. I SKM2011.57LSR lægges der vægt på den automatik, hvorved rentebetalingerne blev videreført til de bagvedliggende ejere samme dag som betalingerne var overført til det mellemliggende selskab.

Det har i flere afgørelser været tillagt mindre betydning, at de mellemliggende selskaber ikke har haft ansatte, kontor eller yderligere aktivitet end at eje anparter eller aktier i de underliggende selskaber. At der tillægges betydning til denne fysiske form af det mellemliggende selskab synes dog ikke samlet set at skulle tillægges betydning i forhold til beneficial owner fortolkningen. Dette også ud fra en betragtning om, at et holdingselskab almindeligvis oprettes uden fysiske tilknytninger.

Skatterådet har ud fra bindende svar fastlagt skattemyndighedernes seneste opfattelse af fortolkningen af beneficial owner begrebet. Deraf kan udledes, at beneficial owner er en transaktionsbestemt bedømmelse af, hvem der har dispositionsretten over det omhandlede gode.

9. Delkonklusion

Der er overordnet set sket en stor udvikling i forhold til forståelsen af beneficial owner siden den blev indsat i modeloverenskomsten i 1977. Der findes stadig ikke en fastlagt definition af begrebet, men både kommentarerne til OECD's modeloverenskomst og den internationale domspraksis har i høj grad bidraget til fortolkningen.

Samlet set må det udledes, at den nuværende fortolkning af begrebet ikke bygger på de fysiske rammer af gennemstrømningsselskabet. Fortolkningen bygger på en bedømmelse af de reelle rettigheder til at råde over og nyde godt af midlerne i forhold til den omhandlede transaktion.

I forhold til de danske afgørelser kan det udledes, at beneficial owner skal fortolkes sammenhængende med den internationale forståelse af begrebet. Her tillægges det også betydning, om det mellemliggende selskab har retten til at disponere over midlerne. Det er altså ikke de fysiske rammer og formen af selskabsstrukturen, der er afgørende.

Der har i flere af de danske afgørelser, af skattemyndighederne været forsøgt at benytte beneficial owner begrebet i overenskomsterne som hjemmel i forhold til den fakultative misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivets Art. 1 stk. 2. Der er ikke en beneficial owner bestemmelse i direktivet. Man har i afgørelserne udledt, at begrebet ikke kan anvendes i forhold til den fakultative misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet, hvorfor det cypriotiske selskab i SKM2012.26LSR ikke skulle beskattes af udbyttet. Denne sag er dog anket til domstolene og verserer stadig, hvorfor dette ikke er endeligt afgjort.

I forhold til den interne hjemmel er der på nuværende tidspunkt indsat to generelle omgåelses-klausuler. Nærmere om disse, og hvordan de forholder sig i forhold til beneficial owner klausulen, behandles nedenfor fra afsnit 10.

10. Omgåelsesklausulerne i ligningsloven §3

Omgåelsesklausulerne i ligningsloven § 3, der er indført ved lov nr. 540 af 29. april 2015, er en implementering af ændringen af moder-/datterselskabsdirektivets misbrugsbestemmelse i Art. 1, stk. 2, fra januar 2015.¹⁰³

Danmark var inden da et af de eneste medlemslande, der ikke allerede havde en sådan implementeret misbrugsbestemmelse i intern ret ud fra direktivets tidligere fakultative misbrugsbestemmelse. Formålet med ændringen af direktivet var en harmonisering af misbrugsbestemmelserne i de enkelte medlemslande.¹⁰⁴ Misbrugsbestemmelsen er indført som en minimumsbestemmelse, der skal implementeres i samtlige medlemslande. Lande, der allerede havde en lignende eller strengere misbrugsbestemmelse, skulle således ikke ændre på disse. Omgåelsesklausulerne vil formodentlig dække den manglende hjemmel, der tidligere har været i forbindelse med misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁰⁵ Landsskatteretten fandt i SKM2012.26LSR, at den danske begrænsede skattepligt efter selskabsskattelovens §2, stk. 1, litra c, kunne fraviges efter moder-/datterselskabsdirektivet. Dette på trods af at det omhandlende mellemliggende selskab ikke kunne anses som beneficial owner efter den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Som udgangspunkt behandler ligningslovens § 3, stk. 1 omgåelse i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet. Fra dansk side har man valgt at udvide klausulen således, at den også omhandler omgåelse i forhold til rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet.

Der er yderligere også indført en omgåelsesklausul i lovens stk. 3 med henblik på misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Denne omgåelsesklausul ud fra OECD's arbejde omkring Base Erosion and Profit Shifting, BEPS, Action Point 6, og planen om at der i fremtiden skal indfattes en omgåelsesklausul i modeloverenskomsten samt anbefalingen om, at en sådan også implementeres nationalt.¹⁰⁶

Dermed berøres beneficial owner klausulerne i både rente-/royaltydirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne af de to interne omgåelsesklausuler.

En generel omgåelsesklausul er ikke en ny idé i dansk skatteret. Der har i den juridiske litteratur været fokus på en tidligere lignende generel omgåelsesklausul i de danske arve- og gaveafgifts regler samt en lignende generel omgåelsesklausul i den svenske skatteret.¹⁰⁷ Der har i det henseende været en blandet opfattelse af nødvendigheden af en sådan omgåelsesklausul i dansk skatteret.

Omgåelsesklausulerne er inddraget i dette speciale med henblik på at undersøge, hvilken påvirkning klausulerne vil have på fortolkningen og anvendelsen af beneficial owner begrebet.

Hertil følger en redegørelse for rækkevidden af disse omgåelsesklausuler og afsluttende en sammenholdelse med rækkevidden af beneficial owner klausulen.

¹⁰³ Rådets direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber i forskellige medlemsstater.

¹⁰⁴ Ottosen, Arne Møllin og Andersen, Stine: Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen: SU-ART20150011, side 1-2

¹⁰⁵ Bundgaard, Jakob: International omgåelses- og misbrugsklausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 242-244

¹⁰⁶ Michelsen, Aage: Misbrug og omgåelse i dansk indkomstskatteret – oversigt over retsudviklingen og bud på den fremtidige udvikling: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 148-149

¹⁰⁷ Michelsen, Aage: Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten?: SPO.1984.96

10.1 Rækkevidden af omgåelsesklausulerne i ligningslovens § 3

Indledningsvist må det, af lovens forarbejder udledes, at man har en formodning om, at begge omgåelsesklausuler skal fortolkes ens på trods af, at der er en åbenlys forskel i ordlyden.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at:

*”Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne og omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er formuleret forskelligt. Det er imidlertid vurderingen, at der ikke er væsentlig forskel på de to omgåelsesklausuler. Efter ordlyden af den af EU vedtagne omgåelsesklausul gælder den ikke, hvis transaktionen eller arrangementet er udtryk for reel økonomisk aktivitet. Dette kan formentlig indfortolkes i den af OECD foreslåede omgåelsesklausul i kraft af henvisningen til hensigten og indholdet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.”*¹⁰⁸ (Egne fremhævelser af det vigtigste)

Samme antagelse gøres gældende ved kommentarerne til høringsspørgsmålene i forbindelse med det underlæggende lovforslag, L167, 2014-2015.¹⁰⁹

Udgangspunktet for den videre behandling af omgåelsesklausulerne er derfor, at de behandles og fortolkes ens. En anden opfattelse omtales kort i afsnit 10.1.3, men udelades ellers af specialet.

10.1.1 Ligningslovens § 3, stk. 1-2 imod omgåelse af direktiverne

Omgåelsesklausulen i ligningslovens §3, stk. 1-2 er en direkte implementering af den generelle omgåelsesklausulen i moder-/datterselskabsdirektivet, hvorfor EU domstolen har den endelige afgørelse ved fortolkningen af denne. Den danske omgåelsesklausul er ydermere en ordret implementering af direktivets bestemmelse.¹¹⁰

Loven har følgende ordlyd:

*”...til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.”*¹¹¹ (Egne fremhævelser af det vigtigste)

Der findes hverken i loven eller i direktivet en definition af, hvornår der foreligger misbrug af direktivets fordele.

En gennemgang af lovteksten kan derfor benyttes i forhold til at udlede en umiddelbar definition. Af lovteksten kan opstilles fem betingelser for fortolkningen af loven.¹¹²

1. ”Arrangementer eller serier af arrangementer”
2. ”Tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene”
3. ”Opnå en skattefordel”
4. ”Virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne”
5. ”Ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktisk forhold og omstændigheder”¹¹³

Ad den første betingelse udledes det af lovens forarbejder, at ordlyden arrangementer eller serier af arrangementer skal forstås bredt som alle aftaler, ordninger og fælles forståelser.¹¹⁴

Ad den anden betingelse udledes det, at der skal foretages en vurdering af, om hensigten har været at udnytte direktivet for at opnå en skattefordel. Ud fra ordlyden synes der ikke at være strenge krav herfor. Der redegøres dog for, at fortolkningen skal foretages analogt med den EU retlige

¹⁰⁸ Bemærkningerne i forslag til Lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love L 167. S 19

¹⁰⁹ Skatteudvalget 2014-15, L167, Bilag 1, Høringsskema. S. 22-23

¹¹⁰ Skatteudvalget 2014-15, L167, Bilag 1, Høringsskema. S. 24

¹¹¹ Ligningsloven § 3, stk. 1

¹¹² Debelva, Filip og Luts, Joris: The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive: European Taxation: 2015 (Volume 55), No. 6.

¹¹³ Ligningsloven §3, stk. 1

¹¹⁴ Bemærkningerne i forslag til Lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love L 167. S 18

praksis i forhold til samme kriterium i fusionsskattedirektivet. Derfor skal det, at opnå en skattefordel, være det overvejende formål med arrangementet.¹¹⁵

Ad den tredje betingelse kan det, ud fra lovens forarbejder udledes, at en sådan skattefordel kun gælder i forhold til beskatning i Danmark.¹¹⁶

Ad den fjerde betingelse udledes det, at der skal foretages en vurdering i forhold til den EU-retlige praksis om misbrug af hvorvidt arrangementet strider imod formålet med direktivet. Problemstillingen er, at misbrugsbegrebet ikke er klart defineret. Der kan derfor opstå fortolkningsproblemer, hvis der ikke umiddelbart kan findes en tidligere EU afgørelse som er lignende den omhandlede sag.¹¹⁷

Ad den femte betingelse præciserer lovens stk. 2, hvornår et arrangement ikke kan anses som værende reelt:

*”... betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.”*¹¹⁸ (Egne fremhævelser af det vigtigste)

Af dette udledes, at der er tale om et realitetskrav. I det stk. 2 er en direkte oversættelse fra direktivet, vækker et sådant realitetskrav dog undring i den internationale juridiske litteratur, da et sådant er ukendt i forhold til EU-retten. Man har her tidligere anvendt begrebet ”kunstigt arrangement” i forhold til misbrugsafgørelser. Selve ordlyden, ”*afspejler den økonomiske virkelighed*”, menes at læne sig op af dette begreb i forhold til EU domspraksis.¹¹⁹

Lovgiver havde i lovens forarbejder mulighed for at præcisere forståelsen af lovens stk. 2. Det kommenteres, at der skal tages hensyn til alle relevante forhold. Dette ud fra omstændighederne i hele arrangementet men også i de enkelte underlæggende transaktioner. Endvidere redegøres det for, at ordlyden af bestemmelsen er inspireret af EU-domstolens praksis om misbrug.¹²⁰

Der er i den juridiske litteratur enighed om, at omgåelsesklausulen skal fortolkes med henblik på EU-domstolens praksis om misbrug.¹²¹ Der er også enighed om, at begrebet ikke er direkte håndgribeligt. Derfor kan der i henhold til fortolkningen af begrebet opstå en stor usikkerhed, som i sidste ende vil skulle afgøres af EU-Domstolen.¹²²

10.1.2 EU domstolens praksis om misbrug/det EU-retlige misbrugsbegreb

Ønsket har været at forhindre misbrug af de fordele der gives i henhold til traktaten og de økonomiske frihedsrettigheder. Misbrugsbegrebet er udledt af en række sager der behandler de enkelte medlemslandes værnsregler mod misbrug af direktiverne, og hvorvidt disse værnsregler anses som værende i strid med EU-retten.

Udgangspunktet for det EU-retlige misbrugsbegreb er i henhold til C-270/83 Kommissionen mod Frankrig, at blot det at der er en risiko for skatteunddragelse, ikke er tilstrækkeligt til at fravige de økonomiske frihedsrettigheder. Begrebet blev i C-264/96 ICI udvidet med det selvstændige be-

¹¹⁵ Bundgaard, Jakob: International omgåelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave, 2015. Side 248-257

¹¹⁶ Skatteudvalget 2014-15, L167, Bilag 1, Høringsskema. S. 27

¹¹⁷ Poulsen, Martin: Skattelypakken – ny international omgåelses-klausul i dansk skatteret: SR.2015.0097, s. 4

¹¹⁸ Ligningsloven §3, stk.2

¹¹⁹ Debelva, Filip og Luts, Joris: The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive: European Taxation: 2015 (Volume 55), No. 6. Side 227

¹²⁰ Skatteudvalget 2014-15, L167, Bilag 1, Høringsskema. S. 27-28

¹²¹ Jensen, Dennis Ramsdahl – Misbrugsprincippet – djævlens i skyggerne: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 76

¹²² Ottosen, Arne Møllin og Andersen, Stine: Danmark implementerer EU-omgåelses-klausulen: SU-ART20150011 og Poulsen, Martin: Skattelypakken – ny international omgåelses-klausul i dansk skatteret: SR.2015.0097.

greb - ”kunstige konstruktioner”. Dette bidrog til, at de økonomiske frihedsrettigheder vil kunne fraviges i det henseende, at der foreligger misbrug modsat den tidligere opfattelse.

Misbrugsbegrebet udvikledes yderligere i C-196/04 Cadbury Schweppes. Domstolen gjorde gældende, at det i sig selv ikke var misbrug, hvis man drog fordel af en lavere skattesats i et andet medlemsland. Der kan foreligge misbrug i det henseende at der er benyttet rent kunstige konstruktioner til at opnå en sådan fordel. Det gjordes gældende, at vurderingen af begrebet indeholdte både et objektivt og et subjektivt element.

Det objektive element skulle udlede om arrangementet var i strid med formålet med traktaten.

Det subjektive element skulle udlede, om hensigten med arrangementet var at opnå en skattefordel. Det objektive element har heraf forrang for det subjektive element. Det betyder, at hvis arrangementet ikke kan anses som værende i strid med formålet af traktaten, så er den subjektive vurdering overflødig.

Det objektive element beror på en vurdering af, om det modtagende selskab blot anses som en fiktiv etablering uden nogen økonomisk virksomhed. Hvis dette er tilfældet, så taler det for, at der er tale om en kunstig konstruktion. De omhandlende CFC selskaber i Cadbury Schweppes dommen var postkasseselskaber, men det bemærkedes, at dette ikke var direkte afgørende for at der forelå misbrug. Det var mere afgørende, hvorvidt selskabet var reelt eller ej. Dette beror på en vurdering for hver individuel sag.

Det objektive element benyttes til at udlede en formodning om, at der foreligger misbrug.

Det subjektive element fremgår derefter som skatteyderens mulighed for at afkræfte denne formodning. Domstolene gjorde gældende at skatteyderen selv står i den bedste position til at dokumentere, at denne formodning ikke er korrekt.

Den seneste udvikling af misbrugsbegrebet angår anvendelsen af armlængdevilkår i forbindelse med en formodning om misbrug. Dette behandles ikke videre i dette speciale.¹²³

10.1.3 Ligningslovens §3, stk. 3 imod omgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

Ligningsloven §3, stk. 3 er en implementering af arbejdet omkring en generel omgåelsesklausul i BEPS projektet af OECD. Dette er endnu ikke godkendt og derfor endnu ikke tilføjet til OECD's modeloverenskomst. Det skal hertil bemærkes, at der i lovens forarbejder, samt i den juridiske litteratur, stilles spørgsmålstegn ved, at omgåelsesklausulen er indført i dansk lovgivning inden, den er endelig godkendt internationalt.¹²⁴ Til dette har lovgiver kommenteret, at man ikke forventer, at der sker store ændringer i forhold til OECD's fremsatte omgåelsesklausul, men at loven vil blive ændret, hvis dette skulle blive tilfældet.¹²⁵

Udgangspunktet er som tidligere nævnt, at begge klausuler skal fortolkes ens. Der er ikke fuld enighed om dette i den juridiske litteratur. Det fremføres, at der er forskel i lovteksten af de to omgåelsesklausuler, da stk.1 er direkte gengivet fra direktivet, og stk. 3 er tæt på at være direkte gengivet fra OECD's udkast til dennes Principal Purpose Test, PPT. Der synes ikke af ordlyden at være de helt samme betingelser i omgåelsesklausulen vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, som er gældende i omgåelsesklausulen vedrørende direktivet.

Omgåelsesklausulen i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er udformet således:

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

¹²³ Laursen, Anders Nørgaard. Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, Side 208-221

¹²⁴ Skatteudvalget 2014-15, L167, Bilag 1, Høringsskema. Side 8 og side 14 samt Michelsen, Aage: Misbrug og omgåelse i dansk indkomstkatteret – oversigt over retsudviklingen og bud på den fremtidige udvikling: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 153

¹²⁵ Skatteudvalget 2014-15, L167, Bilag 1, Høringsskema side 24-25

indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.”(Egne fremhævelser af det vigtigste)

Der kan af lovtæksten udledes fire betingelser, hvor betydningen af flere af dem er lignende omgængelsesklausulen vedrørende direktivet¹²⁶:

1. *”rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder”*
2. *”opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål”*
3. *”ethvert arrangement eller enhver transaktion”*
4. *”medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten”*

Ad første betingelse kræves det, at skattemyndighederne skal fastslå, om omgængelsesklausulen kan gøres gældende. Dette ud fra en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold.¹²⁷ Der ses her ikke forskel i forhold til omgængelsesklausulen i stk.1.

Ad den anden betingelse skal det af skattemyndighederne fremføres, at det var et af de væsentligste formål at opnå fordelene. Der er ikke givet nogen videre forklaring af, hvordan denne væsentlighed skal betragtes. Det anses i forhold til den lignende regel i OECD’s PPT, i den internationale juridiske litteratur, som meget vanskeligt at afgøre, hvornår en sådan væsentlighed er til stede.¹²⁸

Ad tredje betingelse fremgår det, som ved omgængelsesklausulen i stk.1-2, at klausulen omhandler en bred betegnelse i form af alle arrangementer, forståelser og transaktioner.

Ad den fjerde betingelse udledes skatteyderens mulighed for efterfølgende at modbevise skattemyndighedernes påstand om, at arrangementet har til hensigt at udnytte fordelene af overenskomsten.

Disse fire betingelser er lignende betingelserne i omgængelsesklausulen vedrørende direktivet. I forhold til OECD’s PPT og dermed omgængelsesklausulen i stk. 3 synes der ikke at være en betingelse om en realitet i arrangementet, som følger af den femte betingelse i forhold til omgængelsesklausulen i stk. 1-2. Lovgivers konstatering om, at en sådan realitetsbetragtning er indfattet i OECD’s PPT, kan derfor betvivles.

Det vil kunne diskuteres i hvilket omfang de to omgængelsesklausuler egentlig skal fortolkes ens. Det bliver op til domstolene at vurdere om dette er tilfældet, men det kan formodes, at man vil følge lovgivers intention om, at de skal fortolkes ens. Denne formodning behandles ikke videre i dette speciale.

Udgangspunktet for sammenligningen med beneficial owner klausulen bliver derfor, at begge omgængelsesklausuler skal fortolkes ens.

10.1.4 Sammenfatning

På trods af at der findes en forskel i lovtæksten af omgængelsesklausulerne, er udgangspunktet, at skattemyndighederne vil følge lovgivers vurdering af, at disse skal fortolkes ens. Derfor vil anvendelsen af begge omgængelsesklausuler også foregå på baggrund af samme analyse. Der redegøres i forarbejderne for, at dette udgangspunkt vil skulle klarlægges af domstolene med bidrag fra forelæggelse for EU-domstolen. Lovgiver gør endvidere gældende, at:

¹²⁶ Bundgaard, Jakob: International omgængelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgængelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 265-269

¹²⁷ Bundgaard, Jakob: International omgængelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgængelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 265-266

¹²⁸ Lang, Michael: BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties
International 19. May 2014, side 658

”man med rette kan skele til de bemærkninger, der knytter sig til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, ved fortolkningen af omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne.”¹²⁹

Derfor antages det, at fortolkningen af den ene omgåelsesklausul kan ske med henblik på bemærkningerne til den anden. Hvorvidt EU-domstolen, ved en eventuel præjudiciel forelæggelse, om fortolkning af omgåelsesklausulen vedrørende direktivet, vil inddrage OECD's fortolkning som kilde, kan dog diskuteres.¹³⁰

Det kan sammenfattes, at rækkevidden af omgåelsesklausulerne skal fortolkes i forhold til det EU-retlige misbrugsbegreb med inddragelse af EU-domstolspraksis i forbindelse med fusions-skattedirektivet.¹³¹

Dette misbrugsbegreb udledes af EU-domstolens praksis og indeholder et objektive og et subjektive element. Disse elementer afspejler den bevisrækkefølge, der er i forhold til omgåelsesklausulerne.

Det objektive element er skattemyndighedernes bevisbyrde for, at der er en formodning om misbrug af fordelene i direktiverne eller i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Af dette element kan det udledes, at når der, ud fra de faktisk forhold, kan konstateres, at der er et kunstigt arrangement eller en kunstig transaktion, så er der en formodning om misbrug. For eksempel i det tilfælde hvor der i realiteten er tale om en fiktiv etablering uden økonomisk virksomhed.¹³²

Det subjektive element beror på skatteyderens efterfølgende mulighed for at godtgøre, at dette misbrug ikke er til stede. Derfor er der mulighed for at redegøre for, at arrangementet eller transaktionen er sket med forretningsmæssige reelle hensyn.¹³³

Sammenfattende kan det derfor udledes, at realitetsbetragtningen af arrangementet bliver afgørende for, hvornår der sker misbrug i henhold til omgåelsesklausulerne.

Dette begreb er dog ikke entydigt, hvorfor der ikke med sikkerhed kan udledes en rækkevidde af omgåelsesklausulerne. Fortolkningen vil ske på baggrund af en bedømmelse af hver enkelt situation. Derfor vil det endeligt være op til domstolene, herunder EU-domstolen, at udstikke fortolkningen og derved også den endelige rækkevidde af reglerne.

Endeligt må det bemærkes, at omgåelsesklausulerne har en bred rækkevidde i forhold til ordlyden og definitionen af arrangementer, da disse:

”skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner”¹³⁴

11. Omgåelsesklausulerne og beneficial owner

I de seneste år har der i den internationale skatteret været stor fokus på beneficial owner problematikken. I flere tilfælde er der set forsøg på at udnytte de fordele der har været i direktiverne og i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med henblik på skattebetaling af renter og udbytter mellem

¹²⁹ Skatteudvalget 2014-15, L167, endeligt svar på bilag 1. Side 3

¹³⁰ Bundgaard, Jakob: International omgåelses- og misbrugs-klausuler i national skatteret – om den EU-retlige GAAR og OECDs Principal Purpose Test som bestanddele af dansk skatteret: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 247

¹³¹ Ottosen, Arne Møllin og Andersen, Stine: Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen: SU-ART20150011

¹³² C-196/04 Cadbury Schweppes

¹³³ Laursen, Anders Nørsgaard: Skattebasens integritet – om misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten: I Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening: 1. udgave 2015, side 218-222

¹³⁴ Bemærkningerne i forslag til Lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love L 167, side 18

internationale koncernforbundne selskaber. Dette blandt andet igennem oprettelse af gennemstrømningsselskaber.

Beneficial owner begrebet har aldrig været klart defineret, og man har igennem mange år forsøgt at udvide forståelsen af begrebet uden stadig at have en fastlæggelse af, hvordan begrebet skal fortolkes. Igennem retspraksis er det forsøgt at klarlægge fortolkningen af begrebet, hvilket har ført til et stort antal sager anlagt af skattemyndighederne. I det henseende er man nået frem til, at fortolkningen skal foretages ud fra en granskning af det reelle ejerskab af midlerne i den omhandlende transaktion.

En særlig fremtræden problemstilling der stadig verserer er problematikken omkring, at begrebet ikke har været indført i moder-/datterselskabsdirektivet. Det har i flere sager ført til, at fordelene i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er blevet nægtet i forhold til, at et gennemstrømningsselskab ikke har kunnet anses som beneficial owner, men at fordelene i direktivet så har kunne anvendes.

Man synes nu, at have skærpet muligheden for at nægte fordelene i direktivet ud fra den EU-retlige omgåelsesbestemmelse, som er implementeret i dansk ret i ligningslovens §3, stk. 1-2. Flere lande havde i forvejen indsat en sådan omgåelsesklausul. Det er forsøgt at harmonisere disse regler med EU-domstolen som sidste instans.

I Danmark har man valgt, at omgåelsesklausulen ligeledes skal gælde for rente-/royaltydirektivet samt fusionsskattedirektivet. Man har under kritik i den juridiske litteratur valgt at indføre en omgåelsesklausul, der omfatter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Som udledt af ovenstående afsnit er fortolkningen af omgåelsesklausulerne heller ikke håndgribelige, hvorfor rækkevidden af bestemmelserne endeligt skal udledes af domstolene.

Spørgsmålet i forhold til dette speciale er, hvordan de regler i omgåelsesklausulerne vil påvirke reglerne om beneficial owner.

Af lovens forarbejder kommenterer lovgiver, at:

”Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele. Dette indebærer, at en enkeltstående transaktion, såsom en udbytteudlodning, vil være omfattet af omgåelsesklausulen. Hertil skal yderligere bemærkes, at beneficial owner testen fortsat finder anvendelse”¹³⁵

Det kan heraf udledes, at rækkevidden af omgåelsesklausulerne synes at være bredere end rækkevidden af beneficial owner. Dette uden at beneficial owner bedømmelsen tilsidesættes af klausulerne. En tidligere lignende generalklausul i arveafgiftslovens §5c for arve- og gaveafgiftsområdet anvendtes som fortolkningsbidrag til de eksisterende specialregler, men blev ikke selvstændigt anvendt i praksis.¹³⁶ Man kan derfor have en formodning om, at dette også bliver tilfældet med omgåelsesklausulerne. De vil ud fra den formodning blive anvendt til at understøtte fortolkningen af de specialregler, der allerede anvendes som værnsregler mod omgåelse herunder beneficial owner i forhold til rente-/royaltydirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Der synes at være en sammenlignelighed i selve bedømmelsen af, hvornår der foreligger misbrug eller udnyttelse af fordelene. Omgåelsesklausulerne skal fortolkes på baggrund af det EU-retlige begreb om misbrug. Her laves en bedømmelse af det reelle arrangement, og om der foreligger reel økonomisk aktivitet, og ikke blot en kunstig konstruktion. En lignende bedømmelse tillægges beneficial owner reglerne, der bygger på en vurdering af selve realiteterne i den omhandlende transaktion og dispositionsretten over de omhandlende midler.

Det kan af lovgivers kommentarer udledes, at omgåelsesklausulerne omhandler hele arrangementet men også de enkelte transaktioner. Dette synes ikke at kunne tillægges beneficial owner klausulen, der kun er transaktionsbestemt.

¹³⁵ Skatteudvalget 2014-15, L167, endeligt svar på bilag 1. Side 7

¹³⁶ Michelsen, Aage: Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten?: SPO.1984.96, side 2

I bemærkningerne til lovforslaget fremsættes to eksempler i forhold til rækkevidden af omgælsesklausulerne - ét i forhold til stk. 1 og ét i forhold til stk. 3. Fælles for disse er, at der er tale om to gennemstrømningsselskabskonstruktioner, hvor der dog er forskel på det indskudte selskab og formen af transaktionerne. En sådan gennemstrømningsselskabskonstruktion synes dog allerede at være omfattet af beneficial owner reglerne, eller hvor der i hvert fald, i forhold til disse regler, kan stilles spørgsmål ved, om fordelene skal nægtes. Der sker altså et overlap i reglerne, hvoraf det kan udledes, at rækkevidden af omgælsesklausulerne er bredere end specialreglen om beneficial owner.

Det kan sammenfattes, at hele arrangementet herunder også enkelte transaktioner vil være omfattet af en bedømmelse efter det EU-retlige misbrugsprincip i forhold til omgælsesklausulerne. Heraf kan det udledes, at de generelle omgælsesklausuler formodentlig vil udvide rækkevidden af den eksisterende beneficial owner specialklausul i rente-/royaltydirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

12. Konklusion

Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne forsøger som udgangspunkt at undgå dobbeltbeskatning og skatteundgåelse. Beneficial owner klausulen i overenskomsterne bliver aktuel, når der foretages transaktioner, i form af renter og udbytte mellem koncernforbundne selskaber, og når det ultimative modtagende selskab er hjemmehørende i et land, hvormed der ikke er en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Beneficial owner klausulen er en værnsregel mod, at der indsættes et gennemstrømningsselskab i et land, hvormed der findes en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorved midlerne vil kunne kanaliseres gennem dette selskab til det ultimative moderselskab uden beskatning.

Beneficial owner begrebet optræder i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, rente-/royaltydirektivet og nu også i selskabsskatteloven.

Da der ikke har været en definition af begrebet kan OECD's kommentarer til modeloverenskomsten anses som den primære retskilde i forhold til at udlede en fortolkning af begrebet.

Det kan samlet set af specialets analyse udledes, at begrebet ikke skal fortolkes i forhold til den interne ret i hvert enkelte kontraherende land. Derved undgås risikoen for, at begrebet fortolkes forskelligt især i forhold til den snævre tekniske fortolkning, begrebet tillægges i common law landene.

Der kan også udledes, at begrebet skal fortolkes i forhold til det reelle ejerskab af midlerne. Beneficial owner bedømmelsen bygger derfor ikke på de fysiske forhold men nærmere på en realitetsbedømmelse af, hvem der har rådigheden over midlerne, og hvem der bærer risikoen for disse. Bedømmelsen bygger også på, hvorvidt der foreligger en forpligtigelse fra de bagvedliggende ejere til at videreføre midlerne. Endvidere om den kontrol de bagvedliggende ejere har med det mellemliggende selskab lægger udover, hvad der er sædvanligt i internationale koncernforhold.

I forhold til intern dansk ret kan det af analysen udledes, at beneficial owner begrebet ikke skal anvendes i sammenhæng med begrebet rette indkomstmodtager. Dette på grundlag af at beneficial owner netop skal fortolkes autonomt. Der er derved en væsentlig forskel i disse begreber, da det mellemliggende selskab kan anses som rette indkomstmodtager blot på baggrund af det faktiske ejerskab.

Samlet set kan det udledes, at begrebet, siden indførelsen i modeloverenskomsten i 1977, er blevet præciseret væsentligt. Dog må det hertil bemærkes, at begrebet forsat ikke kan defineres tydeligt, hvorfor anvendelsen bliver på baggrund af en individuel bedømmelse af den enkelte sags omstændigheder.

I 2015 indførtes det næste skridt imod skatteunddragelse og anvendelsen af gennemstrømningsselskaber til at kanalisere udbytte og renter til selskaber i skattely. Dette i form af indførelsen af to generelle omgælsesklausuler i dansk skattelovgivning nærmere i ligningslovens § 3.

I lovens stk. 1-2 indførtes en omgåelsesklausul i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet, der er en ordret implementering af en sådan klausul i moder-/datterselskabsdirektivet. Direktivet havde tidligere haft en fakultativ omgåelsesklausul, hvortil Danmark ikke har indført en gældende omgåelsesklausul. Den nuværende klausul forventes jf. lovens forarbejder anvendt til blandt andet at ramme udnyttelsen af fordelene i moder-/datterselskabsdirektivet, hvor en beneficial owner klausul ikke har været indført. De danske domstole havde endvidere afgjort, at en sådan klausul ikke kunne indfortolkes i den fakultative misbrugsbestemmelse jf. SKM2012.26.LSR. I afgørelsen ansås selskabet ikke som beneficial owner i forhold til overenskomsten med Cypern, men fordelene i direktivet kunne benyttes, da ingen dansk misbrugsbestemmelse kunne gøres gældende.¹³⁷

Ligeledes er der indført en omgåelsesklausul i ligningslovens §3, stk. 3, der omhandler dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Det kan udledes, at begge omgåelsesklausuler skal fortolkes ens i forhold til det EU-retlige misbrugsbegreb. Dette betyder, at der foretages en objektiv vurdering af alle relevante forhold for at fastslå, om der foreligger misbrug ud fra realiteterne i det omhandlende arrangement. Det EU-retlige misbrugsbegreb og denne realitetsbetragtning er ikke defineret tydeligt, hvorfor det i sidste ende vil være op til domstolene at sætte grænserne for klausulernes rækkevidde.

Der synes ikke at være den store forskel i realitetsbetragtningerne, der foretages i omgåelsesklausulerne og i klausulen om beneficial owner. Samlet kan det dog udledes, at hvor beneficial owner kun omhandler den enkelte transaktion, så omhandler omgåelsesklausulen hele arrangementet, hvorfor der er forskel i rækkevidden.

Heraf kan det konkluderes, at omgåelsesklausulen har en bredere rækkevidde, hvorfor denne formodentligt vil udvide beneficial owner klausulen. Det ventes dog endeligt afgjort af domstolene.

Med de nye omgåelsesklausuler står man med to meget elastiske generalklausuler i forhold til at nægte fordelene af overenskomsterne og direktivet i tilfælde af misbrug. Da det bliver op til domstolene at sætte de endelige grænser for rækkevidden, og da dette ikke synes at ville blive behandlet indenfor den nærmeste årrække, synes der derfor at opstå en væsentlig svækkelse af retssikkerheden for selskaber, der foretager grænseoverskridende transaktioner.

En ting er, at man har indført en omgåelsesklausul vedrørende direktiverne, der er en tvungen minimumsimplementering af samme generelle omgåelsesklausul i moder-/datterselskabsdirektivet. En anden ting er, som der også stilles skarp kritik af i lovens forarbejder og i den juridiske litteratur, er, at indføre en omgåelsesklausul i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dette på baggrund af OECD's BEPS projekt som endnu ikke er endeligt gennemarbejdet og vedtaget.

13. Litteraturliste

Bøger

- Bundgaard, Jakob m.fl. Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten, Festskrift i anledning af 50 års jubilæet for Dansk Skattevidenskabelig Forening. 1. udgave, 2015. Forlaget Extuto
- Lang, Michael m.fl.: The OECD-Model-Convention and its Update 2014: 1. Udgave, 2015 Forlaget Linde
- Michelsen, Aage: International skatteret: 3. udgave, 2003: Thomson – Gad Jura

¹³⁷ Sagen er anket til domstolene, hvor det forventes afklaret om det EU-retlige misbrugsprincip har kunne anvendes til at nægte fordelene af direktivet.

- Michelsen, Aage m.fl.: Lærebog om indkomstskat: 16. udgave, 2015: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Schmidt, Peter Koerver, Tell, Michael og Weber, Katja Dyppel: International beskatning, i et dansk perspektiv: 1. Udgave, 2015, Hans Reitzels Forlag
- Wegener, Morten: Juridisk Metode: 3. Udgave, 2000: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Werlauff, Erik: Selskabsskatteret 2014/15: 16. Udgave, 2014: Karnov Group
- Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3: 6. Udgave, 2013: Karnov Group

Tidsskrifter

- Boch, Patrick - Den Danske GAAR – Kamp for fællesskabet eller intellektuel træghed? SPO.2015.317
- Booker, Thomas: *Beneficial Owner*, SU 2011.415
- Banner-Voigt, Erik: L 10 - Udbyttebeskatning og gennemstrømningselskaber: SR 2013 0022
- Bundgaard, Jakob og Bendtsen, Moalem Weitemeyer: Beneficial ownership – nyt nederlag og skærpede regler på vej: SU 2010.387
- Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering - 1. Del: SR 2007.0395
- Bundgaard, Jakob og Winther-Sørensen, Niels: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. Del: SR.2007.0508
- Bundgaard, Jakob: Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership: SU2012.98
- Debelva, Filip og Luts, Joris: The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive: European Taxation, 2015 (Volume 55), No. 6.
- Hansen, Hans Severin: Det store hykleri - om "beneficial owner" sagerne: TFS 2011.537
- Lang, Michael: BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties : Tax Notes International 19. May 2014
- Michelsen, Aage: Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten?: SPO.1984.96
- Michelsen, Aage: Kommentarer til udvalgte afgørelser. Rette indkomstmodtager – Retmæssig ejer (Beneficial owner) – Misbrug – Bevis – Ansvar for manglende indbetaling af skat: RR.SM.2015.080071
- Ottosen, Arne Møllin og Andersen, Stine: Danmark implementerer EU-omgåelsesklausulen: SU 2015 203

- Poulsen, Martin: Gennemstrømningsselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?: SU.2008.89
- Poulsen, Martin: Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber: SU2009.278
- Poulsen, Martin: Skattelypakken – ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret
- Schmidt, Ole Steen og Sonne, Niclas Holst: L 10 – Gennemstrømningsselskaber: SU2013.1
- Wittendorff, Jens: Rette indkomstmodtager af udbytte – i lyset af TfS 2015.574: Art20150012-Tfs

Lovforslag

- L30: 2006/2007: Forslag til Lov om indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forende Stater
- L10: 2012/2013: Forslag til lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven
- L167: 2014/2015 1.samling: Forslag til Lov om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love

Direktiver

- Rente-/royaltydirektivet 2003/49/EF
- Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU
- Rådets direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber i forskellige medlemsstater.

Rapporter

- EU Økonomi og Valutaudvalget: Betænkning af 3. Maj 2013, om bekæmpelse af skattevig, skatteunddragelse og skattely: 2013/2060INI
- 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
- Skatteministeriet: Rapport om Styrket indsats mod skattely – Bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner: November 2014

OECD

- OECD (2015): "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of dividends": In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris
- OECD (2015): "Article 10 Dividends", In *model tax convention on income and on capital 2014* (Full Version): OECD Publishing: Paris
- OECD: Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft, 15.7.2011

- OECD: Revised proposals concerning the meaning of Beneficial owner in articles 10, 11 and 12 – discussion draft, 19 October 2012 to 15 December 2012

Websites

- www.oecd.org
- www.skm.dk
- www.ft.dk

Domme

Internationale afgørelser

- Indofoods international finance ltd. mod JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch (Formerly J.P. Morgan Chase Bank London Branch), England and Wales: The Royal Court of Justice, 2. marts 2006
- Prévost Car Inc. vs. Her Majesty the Queen, 26/2-2009, The Canadian Federal Court of Appeal
- Velcro Canada Inc. vs. Her Majesty the Queen, Canadian Tax Court 24/2-2012

EU afgørelser

- C-270/83 Kommissionen mod Frankrig
- C-264/96 ICI
- C-196/04 Cadbury Schweppes

Danske afgørelser

- SKM2010.268.LSR
- SKM.2010.729LSR
- SKM.2011.57LSR
- SKM.2011.485LSR
- SKM.2012.26LSR
- SKM.2012.121ØLR

Bindende svar

- SKM.2014.13SR
- SKM.2014.741SR
- SKM.2016.72SR