

Den skattemæssige behandling af udbytterefusion i forbindelse med aktielån

The tax treatment of dividend refund in relation to share lending

af LINETTE KROGSDAL JACOBSEN og LINE GJØRUP ERIKSEN

Formålet med denne afhandling er at fastlægge, hvornår man har ret til at modtage en udbytterefusion i forbindelse med et aktielån. Afhandlingerne indleder med at beskrive et aktielån og de forskellige fordele og ulemper i forbindelse med et aktielån. Herudover analyserer afhandlingen, hvordan et aktielån skal kvalificeres i henhold til dansk skatteret. Kvalifikationen af aktielån fastlægges på baggrund af dansk administrativ praksis. Afhandlingen vil også uddybe det skatteretlige grundlag for udbytteskat og udbytterefusion. I forlængelse heraf, vil afhandlingen indeholde en analyse og vurdering af betingelserne for at søge om udbytterefusion. Dette har især været et problem for Skattestyrelsen at afklare, hvem der er beneficial owner af en udbytteudlodning ved et aktielån. Derfor vil afhandlingen ydermere indeholde en analyse af begrebet beneficial owner i både et nationalt-, internationalt- og EU-retligt perspektiv. Endelig vil afhandlingen vurdere den økonomiske værdi af at opfylde betingelserne for udbytterefusion.

På baggrund af afhandlingens indhold konkluderes det, at man er berettiget til at modtage en udbytterefusion i forbindelse med et aktielån, når betingelserne for udbytterefusion er opfyldt, herunder følgende betingelser (1) man skal være begrænset skattepligtig til Danmark, (2) der skal være modtaget et udbytte, (3) der skal være indeholdt kildeskat af det udbytte, som der søges refusion for, og (4) den indeholdt kildeskat skal overstige den endelige skat i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet, herunder at modtageren af udbyttet er beneficial owner, og at der ikke foreligger misbrug. Det konstateres, at långiver er beneficial owner af udbyttet, medmindre låntager har foretaget et videresalg til tredjemand, så er det tredjemand, som er beneficial owner af udbyttet. Hvis en begrænset skatteyder opfylder betingelsen for udbytterefusion, vil det være muligt at opnå en betydelig skattefordel, hvorfor det er vigtigt at have nogle klare regler for, hvornår man er beneficial owner i henhold til dansk skattelovgivning.

Abstract

Due to several cases concerning financial fraud with dividend refunds in Denmark, the Danish Tax Agency has decided to tighten the attention around the arrangements that intends to achieve a better tax position in relation to dividend tax, including the possibility of achieving a lower taxation of dividend distributions through shares lending.

The purpose of this thesis is to determine when you are entitled to receive a dividend refund in relation with a share lending. It begins by describing shares lending and the various advantages and disadvantage related to shares lending. Furthermore, this thesis analyzes how shares lending are qualified in accordance with Danish tax law. The qualification of shares lending will be qualified through the use of Danish administrative practice. This thesis will also elaborate

the legal basis of withholding tax on dividends and dividend refunds. In continuation of, this thesis will contain an analysis and assessment of the conditions of applying for a dividend refund. It has in particular been a problem for the Danish Tax Agency to clarify who is the beneficial owner of a dividend distribution in share lending. Therefore, this thesis will contain an analysis of the concept of beneficial owner in both a national, international and EU perspective. Further this thesis assesses the economic value of meeting the conditions for dividend refund.

Based on the findings, this thesis concludes that you are entitled to receive a dividend refund in relation to shares lending once the conditions for a dividend refund is met, including the following conditions: (1) limited tax liability in Denmark, (2) a dividend must be received, (3) withholding tax must be included in the amount of which the dividend refund is sought and (4) the withholding tax withheld must exceed the final tax according to the common system of taxation in the case of parent companies and subsidiaries of different Member states or a tax treaty, including that the recipient of the dividend is the beneficial owner and there does not exist abuse. It is found that the beneficial owner of the dividend distribution in a share lending is the lender, unless there is a resale. In this situation, the third party is the beneficial owner of the dividend distribution. If a limited taxpayer meets the condition for dividend refunds, it will be possible to gain a significant tax benefit, why it is important to have some clear rules for when you are a beneficial owner according to Danish Tax Law.

Indholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| 1. Indledning | 3 |
| 1.1 Problemformulering | 4 |
| 1.2 Afgrænsning | 4 |
| 1.3 Metode | 5 |
| 1.3.1 Juridiske metode | 5 |
| 1.3.2 Økonomisk metode | 5 |
| 2. Aktielån | 5 |
| 2.1 Aktielånsaftaler | 6 |
| 2.1.1 Indholdet af aktielånsaftaler | 6 |
| 2.2 Motiver for at indgå i et aktielån | 8 |
| 2.2.1 Short selling | 8 |
| 2.2.1.1 Market maker | 10 |
| 2.2.2 Aktieemission | 10 |
| 2.3 Fordele og ulemper ved aktielån | 11 |
| 2.3.1 Fordele ved aktielån | 11 |
| 2.3.2 Ulemper ved aktielån | 11 |
| 3. Den civile retlige behandling af aktielån | 11 |
| 3.1 Ejendomsretten | 12 |
| 3.2 Ejendomsrettens overgang | 13 |
| 3.3 Afståelse af ejendomsretten | 13 |
| 4. Den skatteretlige behandling af aktielån | 13 |
| 4.1 Kvalifikation af aktielån | 14 |
| 4.2 Kvalifikation af udbytte | 16 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2.1 Det skatteretlige udbyttebegreb..... | 16 |
| 4.2.2 Princippet om rette indkomstmodtager | 17 |
| 4.2.3 Beskatning af udbytte udbetalt under et aktielån | 18 |
| 4.2.3.1 Aktielån uden videresalg til tredjemand | 18 |
| 4.2.3.2 Aktielån med videresalg til tredjemand..... | 20 |
| 5. Refusion af indeholdt udbytteskat..... | 21 |
| 5.1 Begrænset skattepligtig til Danmark..... | 22 |
| 5.2 Modtagelse af udbytte..... | 23 |
| 5.3 Indeholdelse af dansk udbytteskat | 23 |
| 5.3.1 Undtagelser til indeholdelse af dansk udbytteskat | 24 |
| 5.4 Den indeholdt udbytteskat skal overstige den endelige skat..... | 24 |
| 5.4.1 Moder-/datterselskabsdirektivet | 24 |
| 5.4.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomsten | 25 |
| 5.4.3 Beneficial owner | 26 |
| 5.4.3.1 OECD's modeloverenskomst | 27 |
| 5.4.3.2 Autonom eller internretlig fortolkning | 28 |
| 5.4.3.3 Beneficial owner i dansk praksis | 29 |
| 5.4.3.3.1 SKM2012.121 ØLR..... | 29 |
| 5.4.3.3.2 Skatteministeriet mod NetApp Denmark ApS..... | 32 |
| 5.4.3.3.3 Skatteministeriet mod TDC A/S..... | 36 |
| 5.4.3.3.4 Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 | 41 |
| 5.4.3.3.4.1 EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål | 41 |
| 5.4.3.3.4.2 Østre Landsrets begrundelse og resultat | 45 |
| 5.4.3.3.4.2.1 Skatteministeriet mod NetApp Denmark ApS | 45 |
| 5.4.3.3.4.2.2 Skatteministeriet mod TDC A/S..... | 48 |
| 5.4.3.3.5 Sammenfatning af dansk praksis | 49 |
| 5.4.3.4 Beneficial owner i aktielån | 50 |
| 6. Den økonomiske fordel ved udbytterefusion | 50 |
| 7. Konklusion | 53 |
| Litteraturliste..... | 55 |
| Bilag | 60 |

1. Indledning

I august 2015 indgav Skattestyrelsen en anmeldelse til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK) om formodet svindel med refusion af udbytteskat, og besluttede i denne sammenhæng midlertidigt at indstille alle ansøgninger om udbytterefusion for at gennemføre yderligere undersøgelser.¹ På baggrund heraf indledte Skatteministeriets Interne Revision (SIR) en undersøgelse, der konkluderede, at kontrollen af refusionsanmodningerne ikke havde været tilstrækkelige, og at sagsbehandlingsprocesserne omkring udbytterefusion ikke havde været tilrettelagt forsvarligt.²

Som følge af denne manglende kontrol, har Skattestyrelsen opgjort den formodede økonomisk svindel til ca. 12,7 mia. kr., hvoraf størstedelen vedrører uberettiget refusion af udbytteskat

¹ Rapport om administration af udbyttebeskatning, side 4

² Rigsrevisionens notat om SKATs forvaltning af og Skatteministeriets tilsyn med refusion af udbytteskat, side 5

baseret på fiktivt ejerskab af aktier, og en mindre del vedrører uberettigede refusioner baseret på en reel aktiebesiddelse, men hvor der er tale om et udlån af aktier.³

Dette har medført, at Skattestyrelsen efterfølgende har forsøgt at sikre den fremtidige kontrol af refusionsanmodninger ved at udvide kontrolindsatsen mod udenlandske skatteydere (såvel fysiske personer som selskaber) investeringer i danske selskaber. Kontrolindsatsen har skærpet opmærksomheden omkring arrangementer, som har til formål at opnå en bedre skatteretlig retstilling i forhold til refusion af udbytteskat, herunder at der ikke gennem aktielån uberettiget er mulighed for at opnå en lavere beskatning af udbyttet.⁴

Når der sker et udlån af aktier, registreres dette som et salg i værdipapircentralen (CSD), uagtet at der reelt er tale om et udlån af de pågældende aktier. Dette medfører, at låntager fremstår som ejer af aktierne fremfor långiver, så længe låntager ikke videresælger aktierne til tredje-mand. På baggrund heraf opstår spørgsmålet om, hvem der skattemæssigt skal betragtes som beneficial owner (retmæssig ejer) af udbyttet, der udloddes i udlånsperioden, og hvorvidt långiver, låntager og tredje-mand har retten til at modtage en udbytterefusion.⁵

1.1 Problemformulering

På baggrund af ovenstående søges følgende problemformulering besvaret:

Hvornår har man ret til at modtage en udbytterefusion i forbindelse med et aktielån?

For at afdække ovenstående, vil der, med udgangspunkt i en redegørelse for aktielån, foretages en analyse af den civilretlige og skatteretlige behandling af aktielån. I forlængelse heraf vil kildeskattelovens § 69 B blive analyseret med henblik på at vurdere, hvad betingelserne for refusion af udbytteskat er, og hvilken økonomisk værdi en udbytterefusion har.

1.2 Afgrænsning

Med nærværende afhandling er det ikke tilsigtet at behandle den ubegrænsede skattepligt af udbytter, hvorfor det kun er selskabsskattelovens § 2 og kildeskattelovens § 2 vedrørende begrænset skattepligt af udbytter til udenlandske selskaber og fysiske personer, som inddrages i afhandlingen.

Denne afhandling vil ikke indeholde en dybdegående analyse af, hvornår der civilretligt anses for at være sket en endelige overdragelse af ejendomsretten og herved afståelse. Analysen heraf ligger uden for rammerne af denne afhandling, som primært har fokus på at anse et aktielån som lån til eje.

Afhandlingen indeholder ikke en gennemgang af reglerne til hindring af misbrug, men der vil i forbindelse med analysen af begrebet beneficial owner inddrages sager fra EU-Domstolen, som tager stilling til misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. I forbindelse med analyse af begrebet beneficial owner nævnes yderligere EU-Domstolens afgørelser om rentesagerne, men afhandlingen begrænses til udbytte, hvorfor der ikke foretages en gennemgang af renter, herunder rente-/royaltydirektivet.

³ Skattestyrelsen: Status: Bankordning og aktieudlån på udbytteområdet, side 10

⁴ Rapport om administration af udbyttebeskatning, side 7

⁵ Skattestyrelsen: Status: Bankordning og aktieudlån på udbytteområdet, side 10

Afhandlingen vil ikke tage udgangspunkt i en analyse af specifikke dobbeltbeskatningsoverenskomster, men anvender udelukkende OECD's modeloverenskomst, eftersom langt de fleste af Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster er baseret herpå.

I forbindelse med gennemgangen af det skatteretlige udbyttebegreb, nævnes undtagelserne her til, men der foretages ikke en uddybende analyse heraf. I afhandlingen skelnes der ikke mellem begrebet beneficial owner og begrebet retmæssig ejer, hvorfor disse to begreber anvendes synonymt.

Endeligt skal det bemærkes, at denne afhandling er udarbejdet i perioden den 1. februar 2021 til den 31. maj 2021. I forbindelse hermed er litteratursøgningen afsluttet den 15. maj 2021, hvorfor denne afhandling ikke indeholder nyere publikationer og retspraksis herefter.

1.3 Metode

1.3.1 Juridiske metode

I den juridiske del af afhandlingen er den retsdogmatiske metode blevet anvendt til at systematisere, beskrive, analysere og fortolke gældende ret (*de lege lata*) indenfor aktielån og udbytte-refusion.⁶ Til brug for denne *de lege lata* fortolkning anvendes relevante retskilder, herunder nationale, internationale og EU-retlige retskilder.

Afhandlingen tager udgangspunkt i en gennemgang af de relevante lovbestemmelser i forbindelse med lovgrundlaget for udbytte-refusion. Til fastlæggelse af lovbestemmelsernes nærmere indhold anvendes såvel domspraksis som administrativ praksis. Det skal hertil bemærkes, at administrativ praksis ikke har samme retskildeværdi som domstolenes afgørelser, men til trods herfor har administrativ praksis, ved fastlæggelsen af hvad der skal forstås ved gældende ret, en betydelig rolle.⁷

I afhandlingen anvendes endvidere ikke bindende regulering, såsom den juridiske vejledning, herunder SKATs styresignaler og SKATs meddelelser. Den juridiske vejledning har cirkulærestatus og er bindende for Skatteforvaltningens medarbejdere, og borgere kan støtte ret herpå i det omfang, at vejledningens indhold ikke er i uoverensstemmelse med højere rangerede retskilder.⁸

1.3.2 Økonomisk metode

Den økonomiske del af afhandlingen tager udgangspunkt i en økonomisk beskrivelse af aktielån, motiverne for at indgå et aktielån samt fordelene og ulemperne ved et aktielån. Til brug for dette anvendes figurer og tabeller. Herudover ekspliceres virkningerne af skattelovgivningen med henblik på at vurdere fordelene af at være berettiget til at modtage en udbytte-refusion.

2. Aktielån

Et aktielån er generelt karakteriseret som et lån på aktier optaget til handel på et reguleret marked (*børsnoterede aktier*), hvorefter en part (*långiver*) udlåner sine børsnoterede aktier til en

⁶ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: Retskilder og retsteorier, side 29-30

⁷ Michelsen, Aage m.fl.: Lærebog om indkomstskat, side 112

⁸ SKM2009.105.SKAT, side 1-3

anden part (*låntager*) i en bestemt periode. I denne periode opnår låntager den fulde råden over aktierne.⁹

Aktielån er aftaler om *lån til eje*, idet de faktiske lånte aktier ikke skal leveres tilbage, men kan erstattes af et tilsvarende antal aktier med samme rettigheder (modsat lån til brug), dvs. der er tale om en genusvarer.¹⁰

2.1 Aktielånsaftaler

En aktielånsaftale er en aftale om udlånte (evt. begrænsede) ejerrettigheder, som kan indgås direkte af långiver og låntager, men den kan også indgås af to mellemmand (långivers og låntagers mellemmand), som arrangerer, administrerer og rapporterer om udlånsaktiviteten. Disse mellemmand er ofte custodians, investeringsforvaltere, tredjepartsagenter, brokers og investeringsbanker.¹¹

Aktielånsaftaler er ofte baseret på master agreements, såsom Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA) og Overseas Securities Lender's Agreement (OSLA), som er udarbejdet af International Securities Lenders Association (ISLA).¹² Disse master agreements kan ligestilles med Finansrådets og Børsmæglerforeningens standardvilkår for lån af aktier, jf. afsnit 4.1. Udgangspunktet for standardvilkårene er et almindeligt låneforhold, og indeholder bl.a. præciseringer af indgåelsen af aftalen, indberetning, løbetid, udbytte, sikkerhedsstillelse, vederlag og misligholdelse. Standardvilkårene kan således supplere den almindelige låneaftale, der sædvanligvis indeholder oplysninger om parterne, de lånte aktier, tidspunktet for levering og tilbagelevering samt vederlag og sikkerhedsstillelse.

Standardvilkårene er blevet anvendt som et bidrag til at modvirke den tvivl, som der har været til aktielånsaftaler, ved at bidrage med nogle retningslinjer til udarbejdelsen af aftalen, så parterne er opmærksomme på nogle af de problemer og vilkår, som ofte findes i forbindelse hermed. Anvendelse af standardvilkårene indebærer derfor den fordel, at der findes en række standardiserede aftalevilkår, der medfører, at aktielån også er et standardprodukt med kendte vilkår, således at eventuelle uklarheder ved aktielån er reguleret i aktielånsaftalen. Standardvilkårene har desuden været forelagt for myndigheder, der på baggrund af deres godkendelser og fortolkninger har sikret, at vilkårene også kan fungere i praksis, både i skatteretlig og regnskabsmæssig henseende.

Standardvilkårene er dog kun et tilbud til parterne, og det fremgår tydeligt, at de kun gælder, såfremt parterne har indgået aftale herom, hvorfor parterne er frie til at fravige vilkårene og indgå særskilte aftaler.¹³ Såfremt parterne vælger at fravige de omtalte vilkår, skal de dog være opmærksomme på, at myndighedernes fortolkning og bidrag hertil ikke kan gøres gældende.

2.1.1 Indholdet af aktielånsaftaler

En aktielånsaftale indebærer, at en långiver udlåner børsnoterede aktier til en låntager, mod låntageren overfører en sikkerhedsstillelse i form af kontanter eller andre værdipapirer. Dette er illustreret i *figur 1*.

⁹ Weber, Katja D.: Tax Treaty Treatment of Dividend Related Payments under Share Loan Agreements, side 111

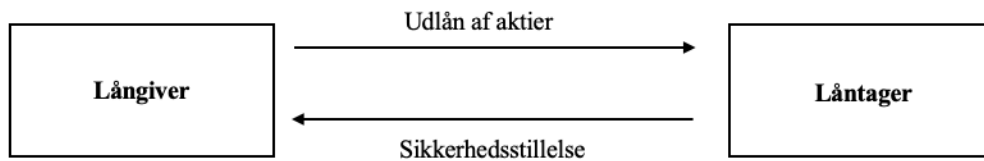
¹⁰ Børsmæglerforeningen og Finansrådets journal nr.: 613/03, Dok. Nr.: 28871 (bilag 1), side 2

¹¹ Weber, Katja D.: Tax Treaty Treatment of Dividend Related Payments under Share Loan Agreements, side 111-112

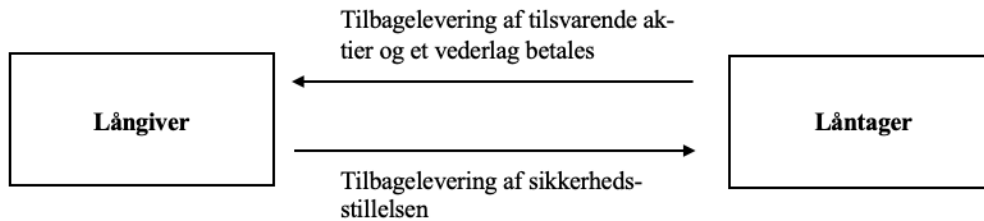
¹² Faulkner, Mark C.: An Introduction to Securities Lending, side 62

¹³ Børsmæglerforeningen og Finansrådets journal nr.: 613/03, Dok. Nr.: 48504, pkt. 1.2

Indgåelse af aktielån



Afvikling af aktielån



Figur 1. Forløbet under en aktielånsaftale

Aktielånsaftaler fastsætter generelt, at låntager er berettiget til at opnå ejerrettigheder over de lånte aktier i udlånsperioden, og låntager ved aftalens ophør er forpligtet til at tilbagelevere de lånte aktier eller tilsvarende aktier til långiver. Herudover fastsætter aktielånsaftaler, at låntager skal betale et vederlag, som ikke modsvarer en potentiel afståelsessum på udlånstidspunktet. Dette vederlag kan være et fast beløb eller et variabelt beløb, såsom en procentdel af kursværdien af de lånte aktier i løbet af lånets løbetid.¹⁴

Långiver og låntager aftaler ofte, at långiver fortsat er berettiget til udbyttet på de udlånte aktier, enten ved at låntager tilbagebetaler det udbetalte bruttoudbytte, eller ved at låntager betaler et beløb, som svarer til det nettoudbytte, som udbetales i udlånsperioden. Baseret på ISLA Global Master Securities Lending Agreement samt Finansrådets og Børsmæglerforeningens standardvilkår vil låntager normalt skulle afregne hele udbyttet til långiver (dvs. det udbytte, som långiver normalt ville have ret til), og låntager ville således skulle betale en erstatning, der overstiger det nettoudbytte, som låntager modtager, hvis der er indeholdt udbytteskat. Det vil sige, at når låntager skal afregne udbyttet til långiver, vil der sædvanligvis ikke tages højde for skat.¹⁵ Dette kan illustreres ved nedenstående eksempel:

Et dansk selskab, X, har vedtaget beslutning om at udlodde et udbytte på 100 mio. kr. til selskabets aktionær (låntager), hvoraf der indeholdes udbytteskat på 27 pct.

| | Udbytte | Beskatningsprocent | Beskatning | Udbytte efter skat |
|-------------------|-----------------|--------------------|----------------|--------------------|
| Dansk udbytteskat | 100.000.000 kr. | 27 pct. | 27.000.000 kr. | 73.000.000 kr. |

Eksempel 1: Indeholdelse af dansk udbytteskat

¹⁴ Weber, Katja D.: Tax Treaty Treatment of Dividend Related Payments under Share Loan Agreements, side 112

¹⁵ Weber, Katja D.: Tax Treaty Treatment of Dividend Related Payments under Share Loan Agreements, side 113, jf. Børsmæglerforeningen og Finansrådets journal nr.: 613/03, Dok. Nr.: 48504, pkt. 8.2 og the ISLA Global Mater Securities Lending Agreement (2010), pkt. 6.2

Låntager modtager således et udbytte på 73 mio. kr. efter den indeholdte udbytteskat. Låntager skal dog kompensere långiver for det fulde udbytte på 100 mio. kr., idet der som beskrevet ovenfor ikke tages højde for skat. Låntager opnår derfor et tab på 27 mio. kr., svarende til udbytteskatten.

2.2 Motiver for at indgå i et aktielån

Det er grundlæggende långiver med en passiv investeringsstrategi, der har motiv for at indgå i et aktielån.¹⁶ Långivers motiv vil typisk være, at långiver modtager et vederlag for lånet ved udlånsperiodens udløb, og desuden i visse tilfælde modtager en kompensation for evt. udloddet udbytte i udlånsperioden. Långiver opnår således en økonomisk gevinst ved at udlåne sine aktier.

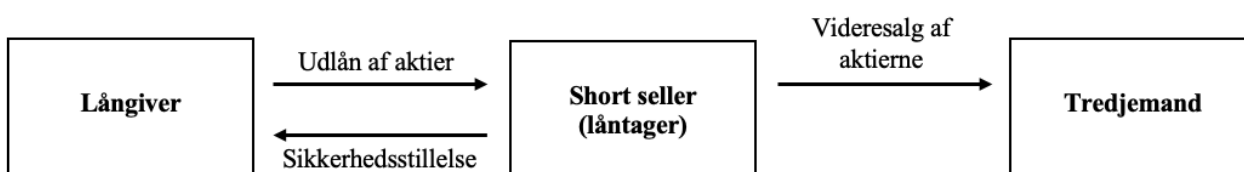
Låntager kan derimod have flere forskellige motiver for at indgå et aktielån. De to typiske økonomiske motiver, som låntager kan have i forbindelse med et aktielån, vil blive beskrevet i de efterfølgende afsnit.

2.2.1 Short selling

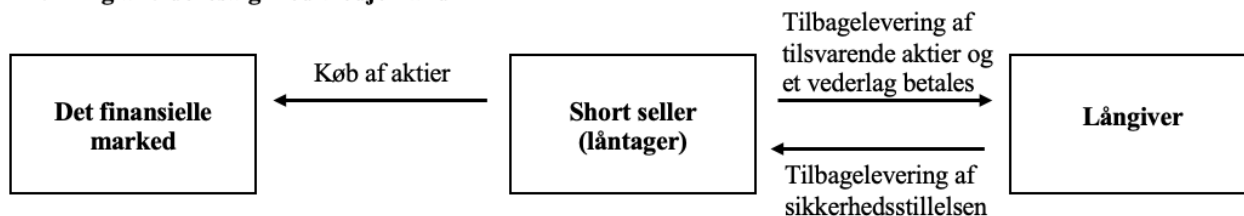
Låntagers motiv for at indgå i et aktielån vil typisk være en forventning om, at kursen på de lånte aktier falder i udlånsperioden, dvs. at låntager spekulerer i et kursfald, herunder ved at låntager sælger de lånte aktier dyrt til tredjemand og genkøber aktierne billigt i markedet, inden de skal leveres tilbage til långiver – dette betegnes også short selling.¹⁷

Når låntager (som i short selling kaldes *short seller*) vurderer, at aktiekurserne er faldet tilstrækkelig, tilbagekøber short seller aktierne eller tilsvarende aktier fra det finansielle marked. Dette kan dog senest ske ved udlånsperiodens udløb. Short seller tilbageleverer herefter aktierne til långiver og betaler et vederlag, mens långiver tilbageleverer sikkerhedsstillelsen til short seller. Dette er illustreret i figur 2.

Indgåelse af aktielån med videresalg



Afvikling af videresalg med tredjemand



Figur 2. Forløbet under en aktielånsaftale med videresalg til tredjemand

¹⁶ Banner-Voigt, Erik og Preben Underbjerg Poulsen: Aktieavancebeskatning, side 393

¹⁷ Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 1

Short seller må som udgangspunkt kun sælge de lånte aktier videre til tredjemand, hvis denne er i besiddelse af aktierne (dvs. at aktierne er beliggende i sælgers værdipapirdepot forinden salget af værdipapiret) på handelstidspunktet (*dækkede korte positioner*). Dækkede korte positioner er således, ud fra en økonomisk betragtning, det forhold, at short seller er i besiddelse af aktierne på salgs- og afviklingstidspunktet. Den juridiske beskrivelse af dækkede korte positioner findes i forordningen om short selling og visse aspekter af credit default swaps (*SSR-forordningen*)¹⁸, og må tillægges vægt ved den endelige definition af dækkede korte positioner. SSR-forordningen indeholder ikke direkte en definition af dækkede korte positioner, men forordningens artikel 12, stk. 1, litra a-c beskriver hvilke betingelser, der skal være opfyldt, for at en fysisk eller juridisk person kan indgå i short selling af en aktie, og indeholder derfor en positiv afgrænsning af dækkede korte positioner.

En fysisk eller juridisk person kan indgå i short selling af børsnoterede aktier, når mindst én af følgende betingelser er opfyldt:

- 1) *"Den fysiske eller juridiske person har lånt aktien eller truffet alternative foranstaltninger, der resulterer i tilsvarende retsvirkning*
- 2) *Den fysiske eller juridiske person har indgået en aftale om at låne aktien eller har et andet fuldstændig retskraftigt krav i henhold til aftaleretten eller ejendomsretten om at få overført ejerskab af et tilsvarende antal værdipapirer af samme klasse, således at afviklingen kan gennemføres på forfaldstidspunktet, eller*
- 3) *Den fysiske eller juridiske person har en ordning med en tredjepart, ifølge hvilken tredjeparten har bekræftet, at aktien er tilgængelig, og har truffet foranstaltninger vis-à-vis tredjeparter, der er nødvendige for, at den fysiske eller juridiske person kan have en rimelig forventning om, at afviklingen kan gennemføres på forfaldstidspunktet."*¹⁹

Den juridiske beskrivelse synes umiddelbart at være i overensstemmelse med den økonomiske betragtning af begrebet dækkede korte positioner. Den juridiske beskrivelse indeholder dog, modsat den økonomiske, flere måder, hvorpå en short seller kan indgå i dækkede korte positioner, hvorfor denne lægger op til en bredere fortolkning end den økonomiske beskrivelse.

Juridisk kan en short seller desuden indgå i dækkede korte positioner, hvis short seller har foretaget alternative foranstaltninger, der vil resultere i samme retsvirkninger som ved et aktielån. Der er endnu ikke afsagt domspraksis, der fastlægger, hvad der skal forstås ved alternative foranstaltninger, hvorfor det stadig er op til fortolkning, hvad der skal forstås herved. Det er dog vores opfattelse, at der ved alternative foranstaltninger bl.a. må forstås den situation, hvor en short seller har indgået en aftale med en bank, der sikrer, at short seller kan stille aktierne til rådighed på afviklingsdagen (terminskontrakter)²⁰, dvs. banken sikrer, at short seller har aktierne i sit værdipapirdepot på afviklingstidspunktet.

En short seller kan ligeledes indgå i dækkede korte positioner, hvis short seller har indgået en aftale om at låne aktien, men endnu ikke modtaget denne, så længe tredjeparten har bekræftet, at aktien er tilgængelig, dvs. at tredjeparten bekræfter, at denne forventer at kunne stille aktien til rådighed for afvikling på afviklingstidspunktet. Denne bekræftelse skal gives på baggrund

¹⁸ Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps

¹⁹ Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps, art. 12, stk. 1 litra a – c

²⁰ Jyske Banks notat om valutaterminskontrakter, side 1

af foranstaltninger truffet af tredjeparten, såsom tredjepartens allokering af aktier til lån eller køb, eller ved at tredjeparten bekræfter, at denne anser aktien for at være let tilgængelig, således at short seller har en begrundet forventning om, at afviklingen kan finde sted på afviklingstidspunktet.²¹ Forordningen åbner således for muligheden for, at short seller kan indgå i et aktielån på trods af, at short seller ikke er i besiddelse af aktierne på handelstidspunktet så længe det tilkendegives, at short seller er i besiddelse af aktierne på afviklingstidspunktet.

Det forhold, at short seller ikke er i besiddelse af aktierne på handelstidspunktet, vil i henhold til den økonomiske beskrivelse, defineres som udækkede korte positioner.²² Dette gælder, selvom der er truffet alternative foranstaltninger, der resulterer i samme retsvirkninger, eller en tredjepart har bekræftet, at aktierne er tilgængelige.

Af SSR-forordningen artikel 12, stk. 1, litra a-c kan det ligeledes udledes, hvad der juridisk skal forstås ved udækkede korte positioner. Bestemmelsen beskriver i hvilke situationer, der ikke er tale om udækkede korte positioner, og indeholder derfor en negativ afgrænsning af begrebet.²³ Af bestemmelsen kan det udledes, at der foreligger udækkede korte positioner, når short seller ikke har foretaget nogle foranstaltninger, som resulterer i samme retsvirkninger, når short seller ikke har indgået en aftale om at låne aktien eller på anden måde har krav på ejerskabet af aktierne, eller når short seller har solgt en lånt aktie uden at være i besiddelse heraf, og uden tredjeparten har bekræftet, at den er tilgængelig.

2.2.1.1 Market maker

Aktielån med videresalg til tredjemand kan også anvendes i forbindelse med market making. Market making betegner en markedsaktør, typisk en bank, der har forpligtet sig til at stille købs- og salgspriser i et værdipapir. En market maker sikrer således likviditeten ved at gøre det nemmere at handle værdipapiret.²⁴

En market maker kan vælge at sælge et værdipapir, som den ikke har i sin besiddelse på salgstidspunktet og derved indgå i en kort position. Dette skyldes, at en market maker vælger at indgå i en kort udækket position, da de ellers er begrænset til at sælge de værdipapirer, som de er i besiddelse af, og det vil derfor være sandsynligt, at de ikke hurtigt og effektivt er i stand til at gennemføre ordre. Market makers brug af korte udækkede positioner bidrager derfor til, at investorer hurtigt kan købe og sælge værdipapirer, og er derfor en vigtig del af market making samt nødvendigt for at kunne stille bedre priser.²⁵ Hvis en market maker indgår i korte dækkede positioner, vil dette begrænse deres evne til at skabe likviditet i markedet.

2.2.2 Aktieemission

Låntagers motiv for at indgå i et aktielån kan ligeledes være med henblik på, at aktielånet skal anvendes i forbindelse med en aktieemission i et allerede børsnoteret selskab, hvor en emissionsbank låner aktier af eksisterende aktionærer for at kunne sende dem på børsmarkedet og dermed sikre en stabil kursudvikling, således at kursen ikke stryger i vejret på emissionsdagen og falder drastisk to dage efter.²⁶ Det skal i forbindelse hermed nævnes, at dette afviger fra det

²¹ Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps, præamble pkt. 19

²² Finanstilsynets notat om short selling i Danmark, side 3

²³ Denne liste kan dog ikke forventes at være udtømmende.

²⁴ Finanstilsynets notat om short selling i Danmark, side 5

²⁵ Finanstilsynets notat om short selling i Danmark, side 5

²⁶ Den juridiske vejledning C.B.2.1.4.11 (Aktielån)

generelle synspunkt om, at der er en nedre grænse for aktiekursen og ikke en øvre grænse for aktiekursen.

Dette indebærer, at hvis investorinteressen i forbindelse med aktieemissionen er større end forventet, vil emissionsbanken låne aktier af det udstedende selskabs aktionærer, og herefter sælge de lånte aktier til investorer i tillæg til den selskabsretlige vedtagne kapitaludvidelse.²⁷ Dette er for at sikre tegningen af kapitaludvidelsen sker på et tilfredsstillende kursniveau i kraft af større investortillid til det efterfølgende kursforløb, og om muligt at udnytte en betydelige interesse for aktieemissionen til at gennemføre en større kapitaludvidelse, end hvis der ikke var foretaget et aktielån.²⁸

2.3 Fordele og ulemper ved aktielån

2.3.1 Fordele ved aktielån

Långiver har muligheden for at opnå et større afkast på sin aktiebeholdning, i form af et vederlag fra låntager (typisk 0,10-1,15 pct. p.a.), uden at ændre sin investeringsstrategi. Herudover har långiver en begrænset risiko for udlånet, idet låntager typisk stiller fuld sikkerhed for lånet, og selv hvis denne sikkerhed ikke er tilstrækkelig til at dække den manglende tilbagelevering, har långiver ret til at foretage et dækningskøb på låntagers regning, jf. nærmere beskrevet i afsnit 4.1. Endelig er det en fordel for långiver, at aktielånsaftaler er formaliseret og godkendt af myndighederne, samt at der er faste retningslinjer (Finansrådets og Børsmæglerforeningens standardvilkår for lån af aktier) for håndtering af misligholdelse, force majeure, sikkerhedsstillelser osv.²⁹

Låntager har derimod muligheden for at skabe en indtjening i form af short selling. Derudover har låntager muligheden for at afdække kursrisiko ved sin eksisterende aktiebeholdning.³⁰

2.3.2 Ulemper ved aktielån

Långiver kan opnå et tab, hvis kursen på de udlånte pludselig falder markant, idet långiver ikke øjeblikkeligt kan sælge de udlånte aktier. Dette skal dog ses i sammenhæng med, at långiver ofte har en lang investeringshorisont, og der derfor er en vis sandsynlighed for, at kursen stiger igen, inden långiver skal sælge aktierne.

Låntager, som har videresolgt de lånte aktier, kan opnå et tab, hvis kursen på de lånte aktier stiger, inden låntager skal købe aktierne tilbage. Dette skyldes, at låntager skal købe aktierne tilbage til en højere pris, end aktierne er solgt til.³¹

3. Den civile retlige behandling af aktielån

Den juridiske ejer af en aktie er den, som er registreret i værdipapircentralen (CSD).³² Ved et aktielån vil låntager registreres som den juridiske ejer i værdipapircentralen, hvorved långiver ikke længere er registreret som den juridiske ejer. Registeringen i værdipapircentralen er i øvrigt

²⁷ Banner-Voigt, Erik og Preben Underbjerg Poulsen: Aktieavancebeskatning, side 390

²⁸ Banner-Voigt, Erik og Preben Underbjerg Poulsen: Aktieavancebeskatning, side 390

²⁹ Banner-Voigt, Erik og Preben Underbjerg Poulsen: Aktieavancebeskatning, side 393

³⁰ Banner-Voigt, Erik og Preben Underbjerg Poulsen: Aktieavancebeskatning, side 393

³¹ Finanstilsynets notat om short selling i Danmark, side 4

³² Mortensen, Peter: Indledning til tingsretten, side 182-183

en nødvendig forudsætning for, at låntager kan sælge de lånte aktier videre til tredjemand.³³ Det er dog væsentligt at nævne, at der ikke foretages en registrering af aktielånet.³⁴

Registreringen i værdipapircentralen er således tidspunktet for registreringen af det juridiske ejerskab, men er ikke nødvendigvis tidspunktet for overgangen af ejendomsretten, jf. nærmere beskrevet i afsnit 3.2.

3.1 Ejendomsretten

Ejendomsretten er en rettighed, som giver ejeren af et formuegode (f.eks. en aktie) nogle beføjelser til at råde over formuegodet.³⁵ Ejeren vil som udgangspunkt have den fulde rådighed (fuldstændige ejendomsret) over formuegodet, hvoraf indholdet af den fuldstændige ejendomsret overordnet kan sammenfattes i fire hovedbeføjelser:

- 1) *Beføjelsen til indadtil faktisk at råde over og udnytte formuegodet,*
- 2) *Beføjelsen til at afhænde, pantsætte eller på anden måde ved sin egen viljeserklæring råde over godet,*
- 3) *Beføjelsen til at lade formuegodet sammen med ejerens andre formuegoder være kreditgrundlag for ejerens forpligtelser og*
- 4) *Beføjelsen til i en vis udstrækning at bestemme, hvem der skal arve et formuegode.*³⁶

Ved et aktielån vil låntager således som udgangspunkt modtage den fuldstændige ejendomsret over de lånte aktier, herunder de forvaltningsmæssige, økonomiske og dispositions mæssige beføjelser, som er knyttet til aktierne. De forvaltningsmæssige aktionærbeføjelser vedrører aktionærens indflydelse på forvaltningen (administrationen) af selskabet, dvs. retten til at møde på generalforsamling og tage ordet, retten til at stemme på generalforsamlingen, retten til at indkalde til ekstraordinær generalforsamling, retten til at få et emne behandlet på generalforsamlingen osv. De økonomiske aktionærbeføjelser vedrører derimod aktionærens ret til at eje eller modtage en efter aktiernes størrelse forholdsmæssige del af selskabsformuen, dvs. alle de måder, hvorpå selskabets midler kan udloddes, herunder retten til at modtage udbytte på en aktie, retten til at modtage provenu ved selskabets likvidation, retten til at modtage aktier ved en aktieemission osv. De dispositions mæssige aktionærbeføjelser vedrører, modsat de andre to, aktionærens adgang til at disponere over aktierne, dvs. retten til at sælge aktierne, retten til at pantsætte aktierne, retten til at overdrage brugsretten til aktierne, retten til at indgå udbytteaftaler i henhold til aktierne osv.³⁷

Den fuldstændige ejendomsret vil dog ofte i praksis være begrænset ved eller i henhold til lovgivning, almindelige retsgrundsætninger eller private viljeserklæringer.³⁸ En eventuel begrænset ejendomsret kan dog have en konsekvens for låntager, såfremt låntager ønsker at videre sælge de lånte aktier. Dette skyldes, at låntager ikke kan overdrage flere rettigheder end

³³ Børsmæglerforeningen og Finansrådets journal nr.: 613/03, Dok. Nr.: 28871 (bilag 1), side 2

³⁴ Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 1

³⁵ Mortensen, Peter: Indledning til tingsretten, side 61

³⁶ Ramskov, Bent: Intern selskabsomstrukturering, side 103-104 – disse beføjelser skal ikke anses for værende udtømmende.

³⁷ Bundgaard, Jakob: Deltagelse i kapitalselskaber – aktionærbegrebet i selskabsretlig og skatteretlig belysning, side 1-2

³⁸ Mortensen, Peter: Indledning til tingsretten, side 62

låntager selv har fået rådighed over, og tredjemand vil sandsynligvis ikke acceptere en begrænset rådighed over aktierne.³⁹

3.2 Ejendomsrettens overgang

Ejendomsrettens overgang er et udtryk for, hvornår ejendomsretten og de dertilhørende beføjelser overgår fra et retssubjekt (overdrageren) til et andet retssubjekt (erhververen), dvs. det er tidspunktet, hvor en ret ophører hos overdrageren og en ret stiftes hos erhververen. Ejendomsrettens overgang må dog vurderes konkret fra situation til situation, idet overgangen af ejendomsretten ikke kan fastsættes til et bestemt tidspunkt eller til en bestemt handling.⁴⁰ Med andre ord afhænger ejendomsrettens overgang af de konkrete omstændigheder, herunder hvilke rettigheder og hvilket formuegode, der overdrages.⁴¹

Ved et aktielån vil långiver ikke anses for at overdrage den endelige ejendomsret til låntager. Dette skal ses i sammenhæng med, at der er tale om et lån til eje, hvor låntager er forpligtet til at tilbagelevere et tilsvarende antal aktier med samme rettigheder. Der kan derfor argumenteres for, at långiver kun overdrager ejendomsretten midlertidig og ikke endeligt, idet långiver er berettiget til at få tilbageleveret et tilsvarende antal aktier ved udlånsperiodens udløb. I virkeligheden må långiver anses for at overdrage alle beføjelserne/rettighederne, som er knyttet til ejendomsretten, men ikke den endelige ejendomsret.

Dette rejser spørgsmålet, om den midlertidige overdragelse af ejendomsretten kan sidestilles med afståelse af ejendomsretten.

3.3 Afståelse af ejendomsretten

Ved enhver overdragelse af ejendomsretten sker der tillige en afståelse af ejendomsretten, uanset hvilken form for formuegode der overdrages. Der kan dog også i visse tilfælde foreligge en afståelse af ejendomsretten, selvom der ikke foreligger en overdragelse af ejendomsretten, såfremt ejendomsretten ophører, og årsagen til ophøret ikke skyldes rettighedsindehaverens opgivelse.⁴² Dette er f.eks. tilfældet, når et selskab går konkurs eller opløses. Det er således en betingelse, at ejendomsretten ophører ved afståelsen, såfremt der skal foreligge en afståelse.

Civilretlig vil et aktielån ikke kunne sidestilles med en afståelse af ejendomsretten, idet låntager ikke anses for at være den aktuelle aktionær. Selvom låntager kan disponere over aktierne som juridisk ejer, må det dog formodes, at det er opgivelsen af aktionærpositionen, som er det afgørende for, at der foreligger en afståelse af ejendomsretten. Et aktielån vil således civilretlig kvalificeres som et lån til eje og ikke som en afståelse. Dette er i vid udstrækning i overensstemmelse med den skatteretlige kvalifikation af aktielån, jf. nærmere i afsnit 4.1.

4. Den skatteretlige behandling af aktielån

Aktielån har givet anledning til flere skatteretlige udfordringer, herunder bl.a. hvordan aktielån skal kvalificeres, og hvordan udbytte fra de udlånte aktier skal behandles.

³⁹ Mortensen, Peter: Indledning til tingsretten, side 61-63

⁴⁰ Ramskov, Bent: Intern selskabsomstrukturering, side 105-107

⁴¹ Mortensen, Peter: Indledning til tingsretten, side 81

⁴² Ramskov, Bent: Intern selskabsomstrukturering, side 108

4.1 Kvalifikation af aktielån

Det følger af administrativ praksis, at aktielån i skatteretlig henseende kvalificeres som et lån.⁴³ I vurderingen heraf lægges der vægt på, om aftalevilkårene i det væsentlige opfylder samme betingelser som Finansrådet og Børsmæglerforeningens standardvilkår for lån af aktier, jf. TfS 1999, 408 LR. Standardvilkårene i de internationale aktielånsaftaler ISLA og OSLA kan ifølge TfS 2002, 755 LR ligestilles med de danske standardvilkår. Det er dog afgørende for ligestillingen, at løbetiden af udlånet også begrænses efter ISLA og OSLA.

De afgørende betingelser for, at en aktielånsaftale skal kvalificeres som et lån, og ikke som en afståelse er, at aktielånsaftalen vedrører børsnoterede aktier, der omsættes på en anerkendt børs, at udlånet er begrænset til en bestemt periode, som maksimalt er seks måneder (gælder kun såfremt, aktielånsaftalen ikke indeholder en opsigelsesvarsel for parterne), at udlånet kan opsiges med få dages varsel, at de lånte aktier eller tilsvarende aktier skal tilbageleveres, og at aktierne er overført uden vederlag eller mod andet vederlag end købesummen for aktierne. Herudover har det ingen betydning, om der optræder en eller flere aktører i udlånet, dvs. det afgørende er ikke, om der mellem långiver og den endelige låntager er en eller flere aktører, som videreudlåner aktierne, jf. TfS 2009, 982 SR.⁴⁴

Aktielånsaftaler vedrører børsnoterede aktier, der omsættes på en anerkendt børs

I TfS 1999, 408 LR er det tillagt afgørende vægt, at Finansrådet og Børsmæglerforeningens standardvilkår alene vedrører børsnoterede aktier, hvorved der er *”sikret en vis mængde og handelsaktivitet med de pågældende aktier.”*⁴⁵ Dette sikrer, at der en høj grad af sandsynlig for, at låntager kan levere de lånte aktier eller tilsvarende aktier tilbage til långiver, såfremt låntager videresælger de lånte aktier i markedet til tredjemand. Det er dermed ikke afgørende, om aktierne er noteret på en dansk eller udenlandsk børs, jf. TfS 2002.755 LR.⁴⁶

Udlånets løbetid er begrænset til en bestemt periode, som maksimalt er seks måneder

I TfS 2009, 283 SR finder Skatterådet, at aktielånsaftaler med en løbetid på maksimalt seks måneder skattemæssigt skal anses som lån af aktier og ikke som en afståelse af aktier. Skatterådet bemærker dog samtidig, at det vil ændre besvarelsen, hvis parterne aftalte at forlænge udlånet ud over de seks måneder. Hvis aktielånet bliver forlænget ud over den aftalte periode på seks måneder, vil udlånet af aktierne skattemæssigt udgøre en afståelse og ikke et lån.⁴⁷

Udlånet kan opsiges med få dages varsel

Det opstillede krav om maksimalt 6 måneders løbetid for aktielån er fraveget i TfS 2010, 545 SR og TfS 2011, 886 SR. I TfS 2010, 545 SR finder Skatterådet, at långiver under de foreliggende omstændigheder (hvor låntager ikke har videresolgt aktierne i markedet) må anses for retmæssig ejer af de udlånte aktier, uanset at der ikke på forhånd er aftalt et udløb tidspunkt for aktielånsaftalen. Dette gælder under alle omstændigheder, så længe låntager ikke har videresolgt aktierne i markedet.

⁴³ TfS 1999, 408 LR; TfS 2002, 755 LR; TfS 2004, 152 LSR; TfS 2008, 517 SR; TfS 2008, 600 SR; TfS 2008, 704 LR; TfS 2009, 283 SR; TfS 2009, 982 SR; TfS 2010, 545 SR; TfS 2011, 886 SR og SKM2020.372 SR

⁴⁴ Dyppel, Katja J.: Beskatning af Finansielle kontrakter, side 143-144

⁴⁵ TfS 1998, 408 LR, side 1

⁴⁶ Aktier som er noterede på en børs inden for EU eller EØS-området samt aktier som er noterede på en børs, der er medlem eller associeret medlem af Federation Internationales des Bourses de Valeur (FIBV), vil ligestilles med aktier som er noteret på NASDAQ, jf. TfS 2002, 755 LR

⁴⁷ TfS 2009, 283 SR, side 6, jf. TfS 2010, 545 SR, side 3

I Tfs 2011, 886 ændrer Skatterådet sin praksis med fremadrettet virkning⁴⁸, hvorefter der ikke fremadrettet skal lægges afgørende vægt på, om aktielånsaftalen indeholder et bestemt udløbstidspunkt. Fremadrettet anses en aftale, ”der er karakteriseret ved, at aftalen af en eller begge parter kan opsiges, (...) som lån af aktier, hvis aftalen i øvrigt må karakteriseres som lån (...)”.⁴⁹ Skatterådet fastslår i afgørelsen, at denne praksisændring alene vedrører aftaler om lån af aktier, hvor opsigelsen kan ske på tilsvarende vilkår som i afgørelsen, hvorefter långiver kunne opsiges lånet til ophør tre bankdage efter den dag, opsigelsen kom låntageren i hænde, og låntager kunne opsiges lånet til ophør den næstkommende bankdag. Den ændrede praksis indebærer, at selvom der ikke er aftalt et bestemt udløbstidspunkt for en aftale, vil en aftale om aktielån fremover kvalificeres som et lån af aktier og ikke som en afståelse af aktier, hvis aftalen indeholder tilsvarende opsigelsesvilkår som i den indeværende sag (som er kort opsigelsesadgang), og aftalen i øvrigt må karakteriseres som lån. Afgørelsen er efterfølgende fuldt op af et styresignal fra Skatteministeriet, Tfs 2011, 877 SKAT.

De lånte aktier eller tilsvarende aktier skal tilbageleveres

Hvis låntager er forpligtet til at tilbagelevere de lånte aktier eller aktier af samme mængde og art til långiver ved låneperiodens udløb, vil det blive karakteriseret som et lån. Dette gælder uanset, at aktielånsaftalen ikke indeholder en bestemmelse om et bestemt udløbstidspunkt, jf. Tfs 2010, 545 SR.

Manglende tilbagelevering

I Tfs 1999.408 LR fastslår Ligningsrådet, at långiver anses for at have afstået de udlånte aktier på udlånstidspunktet, såfremt låntager ikke leverer de lånte aktier tilbage. Hvis låntager derimod kun leverer en del af de lånte aktier tilbage, vil den del som ikke leveres tilbage anses for at være afstået af långiver på udlånstidspunktet, mens den resterende del fortsat vil anses for at være et lån.

Herudover fastslår Ligningsrådet, at låntager anses for at have erhvervet aktierne, såfremt låntager undlader at tilbagelevere de lånte aktier. Dette gælder uanset, om långiver foretager et dækningskøb for låntagerens regning eller ikke.⁵⁰

Dækningskøb

Långiver og låntager indgår typisk en aftale om, at långiver er berettiget til at foretage dækningskøb af tilsvarende aktier på låntagers regning, såfremt låntager ikke tilbageleverer de lånte aktier eller tilsvarende aktier. Dette medfører, at långiver ikke længere har et krav på tilbagelevering af de udlånte aktier, men derimod et pengekrav svarende til långivers omkostninger ved dækningskøbet.⁵¹

I det omfang långiver foretager et dækningskøb ved manglende tilbagelevering, anses de udlånte aktier ikke for afstået af långiver, idet aktierne, som erhverves ved dækningskøbet, anses for at træde i stedet for de udlånte aktier, jf. Tfs 1999.408 LR. Dette medfører, at der opstår en situation, hvor der er to ejere af aktierne, idet låntager anses for at have erhvervet aktierne på tidspunktet for den manglende tilbagelevering, og långiver anses ikke for at have afstået aktierne.⁵²

⁴⁸ Praksisændringen har virkning for aktielånsaftaler, der er indgået den 11. oktober 2011 eller senere, jf. SKATs styresignal om overdragelse af aktier til lån (Tfs 2011, 877 SKAT).

⁴⁹ Tfs 2011, 886, side 4

⁵⁰ Banner-Voigt, Erik og Preben Underbjerg Poulsen: Aktieavancebeskatning, side 397

⁵¹ Dyppel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 3

⁵² Dyppel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 3

Aktierne er overført uden vederlag eller mod andet vederlag end købesummen for aktierne

Når det skal vurderes om aftalen i øvrigt må karakteriseres som et lån, bemærker Skatterådet i TfS 2011, 886 SR, at der også lægges vægt på, hvorvidt aktierne er overført fra långiver til låntager uden vederlag eller mod andet vederlag end købesummen for aktierne. Såfremt dette er tilfældet, vil aftalen karakteriseres som et lån. Det fremgår dog ikke klart, om udfaldet vil være anderledes, hvis långiver overfører aktierne mod et vederlag svarende til købesummen for aktierne, men der må i lyset af Skatterådets bemærkning være en formodning herfor. Hvis långiver overfører aktierne til låntager mod et vederlag svarende til en købesum, og låntager tilbageleverer aktierne med et vederlag svarende til en salgssum, opstår spørgsmålet, om dette skal anses som to selvstændige aftaler med en særskilt værdi eller som en samlet aftale. Skatterådets bemærkning indikerer, at det skal behandles som to selvstændige aftaler (afståelse med efterfølgende tilbagekøb).⁵³

Samlet kan det udledes, at den skatteretlige kvalifikation af aktielån ifølge administrativ praksis beror på en konkret vurdering af aftalens reelle indhold, hvor der skal henses til de enkelte rettigheder og pligter. De afgørende betingelser for, at et aktielån skal kvalificeres som et udlån og ikke en afståelse er, at aktielånsaftalen har en løbetid på i hvert fald seks måneder (hvis aktielånsaftalen ikke indeholder et opsigelsesvarsel for parterne), at låntager og/eller långiver kan opsiges aftalen med få dages varsel, at aktierne er overført fra långiver til låntager uden vederlag eller andet vederlag end en købesum, og at låntager tilbageleverer samme type aktier. Disse betingelser gælder uanset, om der sker et videresalg til tredjemand eller ikke.

4.2 Kvalifikation af udbytte

4.2.1 Det skatteretlige udbyttebegreb

Ifølge ligningslovens § 16 A, stk. 1 skal der ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst medregnes udbytte af aktier. Til udbytte henregnes alt, hvad et selskab udlodder til dets aktuelle aktionærer, dvs. personer (såvel fysisk som juridisk) der ejer en andel af kapitalen i selskabet⁵⁴, jf. ligningsloven § 16 A, stk. 2, nr. 1. Et selskabs aktuelle aktionærer er således som udgangspunkt ikke kun skattepligtige af deklareret udbytte, men af enhver udlodning fra selskabet, uanset hvordan udlodningen er betegnet, uanset om udlodningen hidrører fra årets overskud, værdiforøgelse, realisation af aktiver, indskudt kapital eller udbetaling fra likvidationsprovenu, og uanset om udlodningen er fra danske eller udenlandske selskaber.⁵⁵ Udlodningen omfatter således alle realiserede økonomiske fordele, som tilfalder aktionæren fra selskabet.

Det skal bemærkes, at ydelser (såsom løn, renter, afståelsessummer for aktiver osv.), som en aktionær modtager som vederlag i forhold til en gensidig bebyrdende aftale med det udbytteudloddende selskab, som udgangspunkt ikke skal anses som udbytte. Skattemyndighederne kan dog omkvalificere en ydelse i det omfang aktionæren, i kraft af sin aktiemajoritet eller på anden vis, har haft en bestemmende indflydelse på selskabets dispositioner, og dette har medført, at aktionæren har opnået bedre vilkår i aftalen med selskabet, end hvad en uafhængig parter ville. I disse tilfælde må ydelsen antages at være en udlodning, der ikke er fradragsberettiget for selskabet, men skattepligtigt for aktionæren (maskeret udbytte).⁵⁶

⁵³ Dyppel, Katja J: Beskatning af Finansielle kontrakter, side 145.

⁵⁴ Selskabslovens 5, stk. 1, nr. 15

⁵⁵ Pedersen, Jan m.fl.: Skatteretten 2, side 509

⁵⁶ Karnovs noter til ligningslovens § 16A, stk.1, note 570 af Tatiana König Mortensen og Kasper Kelm Demant

I ligningslovens § 16 A, stk. 3 og 4 findes ligeledes en række undtagelser til udgangspunktet om, at alt, hvad der udloddes til selskabets aktuelle aktionærer, skal medregnes til den skattepligtige indkomst. Undtagelsen i ligningslovens § 16 A, stk. 3 omfatter udlodning af likvidationsprovenu foretaget i det kalenderår, hvor selskabet endeligt opløses. Denne type udlodning skal anses som aktieavance, og derved behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven. Til udbytte henregnes, ifølge ligningslovens § 16 B, stk. 4, heller ikke friaktier og friandele og udlodninger af beløb, som er skattepligtige for foreninger og selskaber efter selskabsskattelovens § 5 B, stk. 4 og fusionsskattelovens § 12, stk. 3. Disse typer udlodning anses for skattefrie.⁵⁷

4.2.2 Princippet om rette indkomstmodtager

Princippet om rette indkomstmodtager er en indkomstallokeringsregel, der anvendes til at allokere indkomst til det skattesubjekt, som på retserhvervelsestidspunktet har den retlige adgang til indkomsten. Princippet har hjemmel i statsskattelovens § 4, hvorefter det kan udledes, at det alene er det skattesubjekt, som oppebærer indkomsten, og som har det retlige krav herpå, der skal beskattes af indkomsten. Det skattesubjekt, som har den retlige adgang til et indkomstgrundlag (f.eks. en post aktier) er også rette indkomstmodtager af indkomsterne heraf (udbytte fra aktierne).⁵⁸

Retserhvervelsestidspunktet for udbytte er, når det er deklareret på selskabets generalforsamling, dvs. at de aktuelle aktionærer på dette tidspunkt erhverver ret til udbyttet og skal beskattes heraf i overensstemmelse med ligningslovens § 16 A, jf. afsnit 4.2.1.⁵⁹

Det er sædvanlig praksis, at det udbytteudloddende selskabs aktionær er rette indkomstmodtager af udbyttet, selvom udbyttet videreudloddet til et andet skattesubjekt. Udbyttet anses for at have passeret aktionærens økonomi, idet aktionæren er rette indkomstmodtager af udbyttet, og derfor beskattes aktionæren af udbyttet, uanset at den reelt ikke har dispositionsret over det modtagne udbytte, eller at den realøkonomiske fordel ligger hos et andet skattesubjekt.⁶⁰

Dette er ligeledes tilfældet i SKM2020.179.HR, hvor Højesteret finder, at udbyttebeløbet som udgangspunkt skal beskattes hos den, der ejer kapitalandelene i selskabet, uanset om udbyttebeløbet egentlig udbetales til aktionærene eller til en tredjemand. Udbetaling af midler fra selskabet til en tredjemand i aktionærens interesse kan således ikke ske uden, at der sker udbyttebeskatning af de aktuelle aktionærer.⁶¹

Højesteret bryder dog med denne praksis i SKM2016.281.HR, hvor de frakendte et luxembourgsk moderselskab status som rette indkomstmodtager af et udbytte fra et dansk datterselskab, idet de fandt at udbyttet blev udloddet til "anden siden" og var "ledt uden om" det luxembourgske moderselskab. Dommen synes dog primært at være båret af bevismæssige hensyn og konkrete afvejninger, og må derfor vurderes at have en yderst begrænset præjudikatværdi med hensyn til princippet om rette indkomstmodtager.⁶²

⁵⁷ Pedersen, Jan m.fl.: Skatteretten 2, side 514

⁵⁸ Michelsen, Aage m.fl.: Lærebog om indkomstskat, side 712-713

⁵⁹ Den juridiske vejledning, 2021-1, C.A.1.2.1: Beskatningstidspunktet

⁶⁰ Wittendorff, Jens: Rette indkomstmodtager af udbytte – i lyset af TfS 2015, 574 (TfS 2015, 572) og Anders Nørgaard Laursen: Kommentarer til udvalgte afgørelser – SKM2016.281.HR – rette indkomstmodtager og udbytte

⁶¹ SKM2020.179.HR, side 8

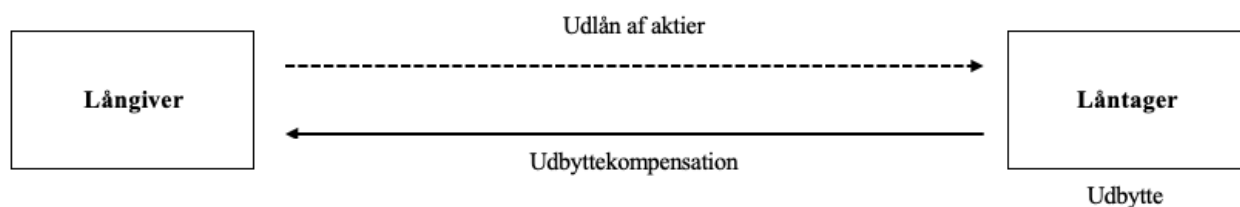
⁶² Laursen, Anders Nørgaard: Kommentarer til udvalgte afgørelser – SKM2016.281.HR – rette indkomstmodtager og udbytte

På trods af at den rette indkomstmodtager efter dansk praksis er den aktuelle aktionær, anerkendes dette ikke i alle situationer. Ligesom i SKM2016.281.HR kan der være situationer, hvor den aktuelle aktionær ikke er rette indkomstmodtager. Disse situationer kan bl.a. omfatte de tilfælde, hvor der er gjort brug af stråmandsejer eller nominee ejer⁶³ til at skjule den juridiske ejer ved at tilføje et lag af anonymitet. I disse tilfælde er stråmandsejer eller nominee ejer sandsynligvis hverken juridisk ejer eller rette indkomstmodtager, idet de blot er anvendt til at skjule det juridiske ejerskab.

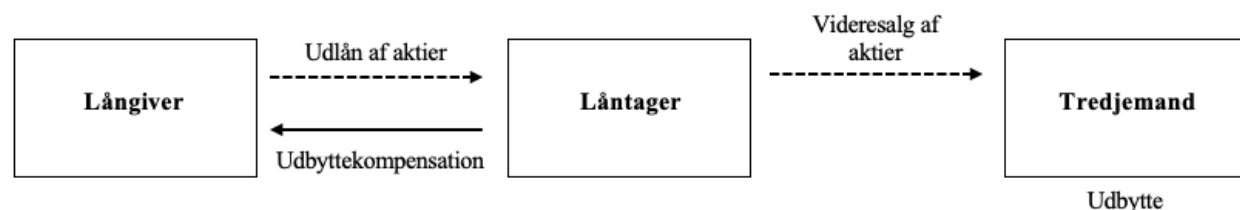
4.2.3 Beskatning af udbytte udbetalt under et aktielån

Det udbytteudloddende selskab, hvis aktier er genstand for et aktielån, udbetaler udbytte til låntager, når aktierne er overdraget til låntagers værdipapirdepot eller til tredjemand, hvis aktierne er overdraget til tredjemands værdipapirdepot.⁶⁴ Det er dog typisk, at aktielånsaftalen indeholder en bestemmelse om, at långiver skal godtgøres for det udbytte, der udloddes på aktierne i udlånsperioden. Låntager skal derfor typisk betale udbyttekompensation til långiver, uanset om låntager ejer aktierne på udlodningstidspunktet eller har videresolgt aktierne til tredjemand.⁶⁵ Dette er illustreret i *figur 3*.

Uden videresalg til tredjemand



Med videresalg til tredjemand



Figur 3. Betalingsstrømmen ved udbyttekompensation uden og med videresalg til tredjemand

Når det udbytteudloddende selskab vælger at udbetale et udbytte i udlånsperioden, opstår spørgsmålet om, hvem der skal beskattes af dette udbytte. I besvarelsen heraf skelnes der mellem om aktielånet er uden eller med videresalg til tredjemand.

4.2.3.1 Aktielån uden videresalg til tredjemand

I TfS 2001, 146 LR tager Ligningsrådet bl.a. stilling til den skatteretlige behandling af udbytte modtaget af låntager på de lånte aktier og udbyttekompensationer modtaget af långiver. Hertil anfører Ligningsrådet, at det udbytte, som låntager modtager fra de lånte aktier, skal beskattes som udbytte hos låntager, og det kompenserende udbytte, som långiver modtager fra låntager, skal beskattes som almindelig skattepligtig indkomst (personlig indkomst/selskabsindkomst)

⁶³ En nominee ejer er en, der har indskrevet aktier, der egentlig tilhører en anden person, uden at det er anigvet, at nomineeen ikke er den juridiske ejer af aktierne. En nominee optræder således på den reelle ejers vegne jf. forarbejderne til lov om kapitalmarkedets § 38, LFF 2017-03-15 nr. 155

⁶⁴ Dybbel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 3

⁶⁵ Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 5

hos långiver, uanset om låntager fortsat besidder aktierne eller har videresolgt aktierne til tredjemand. Med andre ord antager Ligningsrådet, at långivers aktionærposition ikke ophører ved aktielån, og der samtidig skabes en aktionærposition i forhold til udbyttebetalinger.

Der må dog sættes spørgsmålstegn ved, om afgørelsen er korrekt på dette punkt. Dette skyldes, at uanset hvilket retlig grundlag, der påberåbes til støtte for resultatet, synes der at være hjemmelmæssige problemer forbundet med udfaldet.⁶⁶ Udbyttebeskatning i henhold til ligningslovens § 16 A forudsætter tilstedeværelsen af en aktionærposition, dvs. at der kun foreligger et udbytte, såfremt udbetalingen fra det udloddende selskab sker til en aktionær. Med henvisning til aktionærbegrebet synes det rimeligt at antage, at der må sættes lighedstegn mellem en aktionær i henhold til aktieavancebeskatningsloven og ligningslovens § 16 A. Da dette ikke er tilfældet i afgørelsen, hvorefter långiver fortsat skal anses som aktionær efter aktieavancebeskatningsloven, og låntager skal anses som aktionær efter ligningslovens § 16 A, synes afgørelsen vanskelig at begrunde.⁶⁷

I TfS 2002, 755 LR tager Ligningsrådet bl.a. stilling til den skatteretlige behandling af låntagers fradragsmulighed for udgifter til vederlag og kompenseret udbytte til långiver. Ligningsrådet anfører med henvisning til TfS 2001, 146 LR, hvorefter vederlag og compensation for udbytte kvalificeres ens hos långiver uafhængigt af, om låntager har videresolgt aktierne til tredjemand eller ej, at tilsvarende betragtninger gør sig gældende for låntager. Ligningsrådet bemærker således, at aktiernes eventuelle videresalg er irrelevant for låntagers mulighed for at kunne fradrage de overførte beløb (dvs. vederlag og kompenseret udbytte) i den skattepligtige indkomst.

Ligningsrådets afgørelse blev dog påklaget til Landsskatteretten, som i TfS 2004, 152 LSR ændrede Ligningsrådets besvarelse med følgende begrundelser:

- 1) *Låntager har videresolgt de lånte aktier og modtager ikke udbytte på de lånte aktier i udlånsperioden, men skal kompensere långiver for udbyttet. Det løbende vederlag og det beløb, der er betalt til långiver som compensation for udbyttet, har en sådan direkte forbindelse til aftalen om aktielån, at udgifterne skal indgå ved opgørelsen af låntagers gevinst eller tab ved salg og køb af aktierne efter reglerne i statsskattelovens § 4 f.*
- 2) *Låntager har ikke videresolgt de lånte aktier og modtager ikke udbytte på de lånte aktier i udlånsperioden. Låntager kan ikke have konstateret en gevinst ved låneaftalen, idet han ikke har solgt eller genkøbt aktierne. Udgifterne til vederlaget for at låne aktierne udgør derfor hans tab ved aftalen, og dette tab er efter statsskattelovens § 4 f ikke fradragsberettiget ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, men alene i eventuelle andre gevinster ved tilsvarende aftaler i samme år.*
- 3) *Låntager har ikke videresolgt de lånte aktier og modtager udbytte på de lånte aktier i udlånsperioden, som han skal kompensere långiver for. Da låntager ikke er blevet ejer af aktierne i kraft af låneaftalen eller på anden måde, er han ikke skattepligtig af udbyttet, der tilkommer långiver i henhold til de indgåede aftaler.*

⁶⁶ Bundgaard, Jakob: Skatteret & civilret – et bidrag om skatte- og civilrettens interdisciplinære relationer til videreudvikling af skatterettens almindelige del, side 952

⁶⁷ Bundgaard, Jakob: Skatteret & civilret – et bidrag om skatte- og civilrettens interdisciplinære relationer til videreudvikling af skatterettens almindelige del, side 952 og Dyppel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 4

Af Landsskatterettens kendelse kan det samlet udledes, at den skatteretlige behandling af låntagers fradragsmulighed for udgifter til vederlag og kompenseret udbytte til långiver afhænger af, hvordan låntager disponerer over aktierne i udlånsperioden. Heraf følger det, at såfremt låntager alene kompensere långiver for det udbytte, som låntager har modtaget fra det udbytteudloddende selskab, skal låntager ikke udbyttebeskattes af det modtagne udbytte. Dette skyldes, at låntager ikke er rette indkomstmotager af aktierne og udbyttet fra aktierne i udlånsperioden, jf. nærmere beskrevet nedenfor. Landsskatteretten har således tilsidesat Ligningsrådets tidligere afgørelse i TfS 2001, 146 LR, hvorefter låntager ifølge Ligningsrådet skal udbyttebeskattes af udbyttet på de lånte aktier. Herudover kan det udledes, at såfremt låntager skal kompensere långiver for udbytte, som låntager ikke har modtaget, skal udgiften hertil behandles som et tab efter statskattelovens § 6. Dette gælder uanset, om låntager har solgt aktierne videre til tredjemand eller ej.⁶⁸

I TfS 2009, 283 SR tager Skatterådet bl.a. stilling til, hvordan långiver skal beskattes af et kompenseret udbytte fra låntager. Skatterådet anfører med henvisning til situation tre i TfS 2004, 152 LSR, at når långiver i forhold til udbytte skal anses for ejer af de udlånte aktier, må udbytte som det udbytteudloddende selskab udbetaler, og som faktisk bliver modtaget af långiver (via låntager), skulle beskattes som udbytte hos långiver. Dette skyldes, at långiver kun anses for at have overdraget ejendomsretten midlertidig til långiver – eller i bund og grund er det alle rettighederne, som er knyttet til ejendomsretten, men ikke selve ejendomsretten som bliver overdraget til låntager, idet der er tale om et lån. Långiver vil således, desuagtet udlånet af aktierne til låntager, anses for at være rette indkomstmotager af aktierne og udbyttet fra aktierne, og skal derfor beskattes af udbyttet fra det udbytteudloddende selskab.

For at det kompenserende udbytte skal udbyttebeskattes hos långiver, må det dog være en betingelse, at långiver rent faktisk kompenseres for det udbytte, som det udbytteudloddende selskab udlodder. Det må betyde, at såfremt det udbytteudloddende selskab ikke har udloddet et udbytte, men låntager alligevel skal betale et vederlag til långiver, så kan dette vederlag ikke kvalificeres som et udbytte i overensstemmelse med ligningslovens § 16 A. Vederlaget skal derimod sandsynligvis beskattes efter statskattelovens § 4.⁶⁹

Der er dog ikke i praksis taget stilling til den skatteretlige behandling af långiver i den situation, hvor låntager har videresolgt de lånte aktier til tredjemand og fortsat er forpligtet til at kompensere långiver for manglende udbytte.

4.2.3.2 Aktielån med videresalg til tredjemand

Når låntager har videresolgt de lånte aktier til tredjemand, anses aktierne ikke for afstået af långiver i avancehenseende, dvs. der sker ikke afståelsesbeskatning af långiver. Dette skal ses i sammenhæng med, at långiver og låntager har aftalt, at låntager skal tilbagelevere de lånte aktier eller tilsvarende aktier, idet der fortsat er tale om et lån. Videresalget er så at sige irrelevant for långiver i henhold til avanceopgørelsen.⁷⁰

Tredjemands erhvervelse af aktierne bevirker, at tredjemand bliver rette indkomstmotager af aktierne og udbyttet fra aktierne.⁷¹ Udbyttet fra det udbytteudloddende selskab skal derfor beskattes hos tredjemand.⁷²

⁶⁸ Dyppel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 4

⁶⁹ Dyppel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 4

⁷⁰ Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 7

⁷¹ TfS 2010, 545 SR modsætningsvis

⁷² Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 7

Som følge heraf opstår spørgsmålet om långiver ligeledes skal udbyttebeskattes efter ligningslovens § 16 A af det kompenserende udbytte fra låntager. Dette afhænger af, om långiver anses for at have opgivet sin aktionærposition (dvs. långiver ikke længere er aktuel aktionær i det udbytteudloddende selskab) ved låntagers videresalg. Hvis långiver ikke anses for at have opgivet sin aktionærposition, vil der foreligge dobbeltejerskab, hvilket vil medføre, at långiver udbyttebeskattes af det kompenserede udbytte fra låntager, og tredjemand udbyttebeskattes af det udloddende udbytte fra det udbytteudloddende selskab.⁷³ Dette dobbeltejerskab er dog ikke hensigtsmæssigt, da dette kan resultere i, at såvel långiver som tredjemand er berettiget til at søge om refusion af indeholdt udbytteskat.⁷⁴

I skattemæssig henseende må långiver dog anses for at have opgivet sin aktionærposition, dvs. at långiver ikke længere anses for at være den aktuelle aktionær af de specifikke aktier (de udlånte aktier). Dette skyldes, at långiver ikke længere kan anses for at eje en andel af kapitalen i det udbytteudloddende selskab, når aktierne er solgt til tredjemand. Långiver kan således ikke længere anses for at modtage udbytte efter ligningslovens § 16 A. Det er derfor Skatteministeriets opfattelse, at udbyttekompensationen hos långiver skal beskattes efter statsskatteloven § 4 og ikke som udbytte efter ligningsloven § 16 A. Herudover er det Skatteministeriets opfattelse, at såfremt låntager betaler udbyttekompensation til långiver, selvom låntager ikke har modtaget udbyttet, skal udgiften hertil behandles som et tab omfattet af statsskatteloven § 6.⁷⁵

Samlet kan det udledes, at den skatteretlige behandling af udbytter betalt under et aktielån afhænger af, om låntager har videresolgt aktierne eller ikke. Det følger af praksis, at långiver er rette indkomstmodtager af aktierne og udbyttet fra aktierne indtil det tidspunkt, hvor låntager har videresolgt aktierne til tredjemand. Herefter er det tredjemand, som er rette indkomstmodtager af aktierne og udbyttet fra aktierne.

Konkret betyder det, at i det omfang låntager ikke har videresolgt aktierne til tredjemand, skal långiver beskattes af udbyttet fra det udbytteudloddende selskab, mens låntager ikke er skattepligtig af udbyttet, idet låntager blot modtager udbyttet på långivers vegne. Udlodningen af udbyttet fra det udbytteudloddende selskab har således ingen skattemæssige konsekvenser for låntager. I det omfang låntager har videresolgt aktierne til tredjemand, skal tredjemand beskattes af udbyttet fra det udbytteudloddende selskab, mens hverken låntager eller långiver er skattepligtige af udbyttet. Dette skal ses i sammenhæng med refusion af indeholdt udbytteskat. Hvis både långiver og tredjemand blev udbyttebeskattet, vil de begge kunne være berettiget til at søge om refusion af samme udbytte, dog under forudsætning af, at de øvrige betingelser herfor er opfyldt.

5. Refusion af indeholdt udbytteskat

I medfør af kildeskattelovens § 69 B, stk. 1 har en aktionær, som er begrænset skattepligtig af udbytte i henhold til kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6 og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, krav på renter, såfremt vedkommende ikke inden for seks måneder har modtaget refusion af den del af den indeholdte kildeskat, som overstiger den endelige skat efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet (Direktiv 2011/96/EU). Bestemmelsen er formuleret som følgende:

⁷³ Dyppel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 4

⁷⁴ Dyppel, Katja J.: Beskatning af aktielån og REPO'er, side 4

⁷⁵ Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 7

”Har nogen, der er skattepligtige efter [kildeskattelovens] § 2 eller selskabsskattelovens § 2, modtaget udbytte, royalty eller renter, hvori der efter §§ 65-65 D er indeholdt kildeskat, som overstiger den endelige skat efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller direktiv 2003/49/EU om en fælles ordning for beskatning af renter eller royalties, tilbagebetales beløbet inden 6 måneder fra told- og skatteforvaltningens modtagelse af anmodning om tilbagebetaling. Sker tilbagebetaling efter dette tidspunkt, tilkommer der den skattepligtige en rente svarende til renten efter opkrævningslovens § 7, stk. 2, med tillæg af 0,4 procentpoint pr. påbegyndt måned.”

Af bestemmelsens ordlyd kan det udledes, at bestemmelsen ikke er hjemmel til refusion af indeholdt udbytteskat, idet bestemmelsen blot tilsiger, at en aktionær, som ikke har fået udbytterefusion indenfor seks måneder, har krav på renter.⁷⁶ Der kan dog argumenteres for, at bestemmelsen indeholder betingelserne for at modtage udbytterefusion, idet en aktionær, som har krav på renter efter seks måneder, ligeledes må anses for at have krav på at modtage udbytterefusion. Med andre ord vil en aktionær, som opfylder betingelserne for renter, ligeledes opfylde betingelserne for at modtage udbytterefusion. Der må således sættes lighedstegn mellem betingelserne for at modtage renter efter seks måneder og betingelserne for at modtage udbytterefusion. Betingelserne for at en aktionær kan modtage udbytterefusion er således, at

- 1) Aktionæren skal være begrænset skattepligtig til Danmark,
- 2) Der skal være modtaget et udbytte,
- 3) Der skal være indeholdt kildeskat af det udbytte, som der søges refusion for,
- 4) Den indeholdt kildeskat skal overstige den endelige skat i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet.

5.1 Begrænset skattepligtig til Danmark

Ifølge kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 6, 1. pkt. og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt. er udenlandske fysiske personer, selskaber og foreninger mv., som nævnt i kildeskattelovens og selskabsskattelovens § 1, stk. 1, begrænset skattepligtige af udbytte, omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2, fra danske selskaber. Det gælder dog ikke udbytte fra investeringsselskaber, jf. selskabsskattelovens § 3, stk. 1, nr. 19, og udbytte fra investeringsinstitutter med minimumsbeskatning, der efter ligningslovens § 16 C, stk. 1, 2. pkt., har valgt beskatning af udbytter, som modtages fra selskaber m.v., der er hjemmehørende i Danmark, jf. selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 5 c.

Datterselskabsaktier

Ifølge selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. er udenlandske selskaber og foreninger mv. ikke begrænset skattepligtige af udbytte fra datterselskabsaktier, når beskatningen af udbyttet fra datterselskabsaktierne skal nedsættes eller frafalder efter bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet (direktiv 2011/96/EU) eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

⁷⁶ En skatteydners krav på at modtage udbytterefusion har hjemmel i de formueretlige krav (condictio indebiti). Den danske stat har indeholdt en højere kildeskat, end de har ret til efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet, og derfor har skatteyderen et tilbagesøgningskrav.

Ved datterselskabsaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 A ” (...) forstås aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet (...)”. Det er efter bestemmelsen en betingelse, at datterselskabet er et selskab omfattet af de selskabsformer, der er oplyst i aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 2.

Koncernselskabsaktier

Ifølge selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 6. pkt. er udenlandske selskaber eller foreninger mv. ikke begrænset skattepligtige af udbytte fra koncernselskabsaktier, når det udbyttedragende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og udbyttebeskatningen skal nedsættes eller frafalder efter bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet eller efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den pågældende stat.

Ved koncernselskabsaktier i aktieavancebeskatningslovens § 4 B ” (...) forstås aktier, hvor ejeren og det selskab, hvori der ejes aktier, er sambeskattede efter reglerne om national sambeskatning i selskabsskattelovens § 31 eller kan vælge international sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31 A, og hvor en fond mv. og det selskab, hvori der ejes aktier, er koncernforbundne, jf. selskabsskattelovens § 31 C, og hvor selskabet kan indgå i en sambeskatning.” Bestemmelsen indebærer således, at når selskaberne er koncernforbundne i medfør af selskabsskattelovens § 31 C skal de sambeskattes. Dette gælder dog kun, såfremt betingelserne i selskabsskattelovens § 31 og 31 A i øvrigt er opfyldt. Koncernselskabsaktier foreligger bl.a. i de tilfælde, hvor aktionæren og det selskab, hvori der ejes aktier, er et aktieselskab eller selskaber, hvori ingen af deltagerne hæfter personligt, og som fordeler et overskud i forhold til deltagerens indskudte kapital. Bestemmelsen omfatter ligeledes selskaber, der opfylder betingelserne for international sambeskatning, dvs. koncernforbundne selskaber, hvori ingen af deltagerne hæfter personligt, og som fordeler et overskud i forhold til deltagerens indskudte kapital. Bestemmelsen indeholder desuden aktier, der er ejet af fonde med bestemmende indflydelse i selskabet. Det er en betingelse herfor, at selskabet kan indgå i en sambeskatning eller er et udenlandsk selskab, hvori ingen af deltagerne hæfter personligt, og som fordeler et overskud i forhold til deltagerens indskudte kapital. Det er tilstrækkeligt, at selskabet kan indgå i en sambeskatning, og det behøver derfor ikke nødvendigvis gøre det. Bestemmelsen dækker således også over den situation, hvor en fond har bestemmende indflydelse i et enkeltstående selskab eller i et udenlandsk selskab, de ikke er sambeskattet med.⁷⁷

5.2 Modtagelse af udbytte

Den begrænsede skattepligtige skal have modtaget et udbytte, omfattet af ligningsloven § 16 A, hvori der er indeholdt en dansk udbytteskat i henhold til kildeskattelovens § 65, fra det udbytteudloddende selskab. Det kræves dertil, at det udbytteudloddende selskab er et dansk selskab.

5.3 Indeholdelse af dansk udbytteskat

Det følger af kildeskatteloven § 65, stk. 1, at selskaber og foreninger mv., som er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, 2, 2 e, 2 h, 4 og 5 a, skal indeholde udbytteskat på 27 pct. af det samlede udbytte i forbindelse med enhver vedtagelse eller beslutning om udbetaling eller godskrivning af udbytter fra aktier.⁷⁸ Skattepligten er således endeligt opfyldt, når det udbytteudbetalende selskab indeholder 27 pct. kildeskat. Kildeskatten på 27 pct. er fastsat, så den stemmer overens med den maksimale skatteprocent for begrænset skattepligtige.

⁷⁷ Karnovs noter til aktieavancebeskatningslovens § 4 B, note 27 af Malene Kerzel

⁷⁸ Det udbytteudloddende selskabs opkøb af egne aktier (eller andele) sidestilles med en beslutning om udbetaling eller godskrivning af udbytte fra aktier (eller andele).

Hvis det udbytteudloddende selskab undlader at opfylde sin pligt til at indeholde udbytteskat, og dette skyldes selskabets forsømmelighed, så hæfter selskabet overfor det offentlige for det manglende beløb i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1.⁷⁹

Udbytteskatten forfalder til betaling på det tidspunkt, hvor generalforsamlingen vedtager eller beslutter at udbetale eller godskrive udbyttet, og skal indbetales senest i den efterfølgende måned samtidig med udløbet af betalingsfristen for selskabets indbetaling af A-skat og arbejds-markedsbidrag, jf. kildeskatteloven § 66, stk. 1.

5.3.1 Undtagelser til indeholdelse af dansk udbytteskat

Det udbytteudloddende selskab skal ikke indeholde udbytteskat på udbytte til et udenlandsk moderselskab, hvis moderselskabets beskatning skal frafalde efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. kildeskatteloven § 65, stk. 4, jf. selskabslovens § 2, stk. 1, litra c. Det udbytteudloddende selskab fritages dog ikke for at indeholde udbytteskat, hvis moderselskabet er et gennemstrømningsselskab, eller hvis udbyttet udloddes til anden side end moderselskabet, jf. afsnit 5.4.3.

Herudover skal det udbytteudloddende selskab ikke indeholde udbytteskat på udbytte, der er skattefrit for modtageren i henhold til ligningslovens § 16 A, stk. 4, nr. 2 eller § 16 B, stk. 5, jf. kildeskatteloven § 65, stk. 5. Det indebærer udlodninger af beløb, som er skattepligtige for foreninger og selskaber efter selskabsskatteloven § 5B, stk. 4 og fusionsskattelovens § 12, stk. 3.

5.4 Den indeholdt udbytteskat skal overstige den endelige skat

I forbindelse med udbetalingen af udbytte skal der ske indeholdelse af en kildeskat, og denne indeholdelse skal i øvrigt overstige, hvad der kan indeholdes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det er således en forudsætning for udbytterefusion, at betingelserne for anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst er opfyldt, herunder bl.a. kravet om at udbyttemodtageren skal være beneficial owner, og der ikke må foreligge misbrug.

5.4.1 Moder-/datterselskabsdirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) blev første gang indført i 1990, og der er sidenhen sket ændringer af direktivet til det nugældende direktiv (2011/96/EU), der blev indført i 2011.⁸⁰ Moder-/datterselskabsdirektivet har til formål at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, samt at afskaffe dobbeltbeskatning af denne type indkomster på moderselskabets niveau.⁸¹ Direktivets artikel 5 foreskriver, at *”det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat”*, dvs. at Danmark er forpligtet til at fritage udbytteskat og kildeskat, når der i direktivets forstand foreligger et moder-/datterselskabsforhold.

Det er en forudsætning for anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivet, at der skal være tale om et moderselskab og et datterselskab, der ligeledes opfylder betingelserne for at være et selskab i direktivets forstand. Et moderselskab er i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a, i) defineret

⁷⁹ Michelsen, Aage m.fl.: International skatteret, side 394

⁸⁰ Rådets direktiv af 2011-11-30 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (2011/96), præambelens pkt. 1

⁸¹ Rådets direktiv af 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, præambelens pkt. 3

som et selskab i en medlemsstat, der har en andel på mindst 10 pct. af kapitalen i et selskab beliggende i en anden medlemsstat. Omvendt er et datterselskab i artikel 3, stk. 1, litra b defineret som et selskab, hvor et andet selskab har den andel i selskabets kapital, der er omhandlet i punkt a.

Hvis moder-/datterselskabsdirektivet skal anvendes forudsætter det, at selskaberne (dvs. det udbytteudloddende og det udbyttmodtagende selskab) er organiseret i en af de selskabsformer, som er anført i direktivets bilag I, del A, at selskaberne er hjemmehørende i en EU-medlemsstat, som ikke i forhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et tredjeland er hjemmehørende uden for EU, samt at selskaberne er omfattet af en af de i bilag I, del B omfattet skatter, jf. moder-/datterselskabsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a.⁸² Herudover er det en betingelse, at der ikke foreligger misbrug, jf. moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2.⁸³

Hvis ovenstående betingelser er opfyldt, er det i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet muligt for et moderselskab i en EU-medlemsstat at modtage udbytte udloddet fra sit datterselskab i en anden EU-medlemsstat skattefrit, eller det kan tillades at den del af datterselskabets skat, der vedrører udbyttet, fratrækkes i moderselskabets egen skattebetaling i det land, hvor moderselskabet er hjemmehørende.⁸⁴ Frafald eller nedsættelse efter moder-/datterselskabsdirektivet medfører således skattefrihed efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

5.4.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomsten

En dobbeltbeskatningsoverenskomst har til formål at sikre, at der ikke sker dobbeltbeskatning af personer (såvel fysiske som juridiske), der kan anses for hjemmehørende⁸⁵ i flere kontraherende stater. Dobbeltbeskatningsoverenskomsten anvendes ved siden af intern dansk ret og giver således ikke mulighed for at udvide beskatningsretten, men derimod kun ret til at lempe den. Dobbeltbeskatningsoverenskomsten kan desuden ikke ændre eller fritage beskatning, uden der findes en særskilt hjemmel hertil i intern dansk ret. En dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem to medlemsstater vil i de fleste tilfælde være baseret på OECD's modeloverenskomst.

OECD's modeloverenskomsts artikel 10, stk. 3 definerer udbytte ud fra en række eksempler på, hvad der kan og ikke kan anses for udbytte. Disse eksempler findes dog ikke at være udtømmende, og udbytte skal derfor defineres i overensstemmelse med skattelovgivningen i den stat, hvor det udbytteudloddende selskab er hjemmehørende. Kildelandets internretlige definition er således bindende for domicillandet i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten.⁸⁶

OECD's modeloverenskomsts artikel 10 regulerer retten til beskatning af udbytte udloddet fra et selskab. Det fremgår af artikel 10, stk. 1, at:

”Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat [kildelandet], til en person, som er hjemmehørende i den anden kontraherende stat [domicillandet], kan beskattes i denne anden stat [domicillandet].”

⁸² Lovforslag L 167 fremsat den 20. marts 2015 af Skatteministeriet, side 10

⁸³ Michelsen, Aage m.fl.: International skatteret, side 392

⁸⁴ Rådets direktiv af 2011-11-30 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (2011/96), artikel 4

⁸⁵ Det skattemæssige hjemsted følger af OECD's modeloverenskomst artikel 4

⁸⁶ Michelsen, Aage m.fl.: International skatteret, side 395-396

Bestemmelsen foreskriver, at det er udbyttmodtagerens domicilland, som har retten til at beskatte udbyttet, hvorfor kildelandet, hvilket vil sige den stat, hvor det udbytteudloddende selskab er hjemmehørende, er begrænset i henhold til artikel 10, stk. 2:

”Sådan udbytte, der er udbetalt af et selskab, som er hjemmehørende i en kontraherende stat [kildelandet], kan imidlertid også beskattes i denne stat [kildelandet] i overensstemmelse med lovgivningen i denne stat [kildelandet], men hvis den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat [domicillandet], må den skat, der pålægges, ikke overstige:

- a) 5 pct. af bruttoudbyttet, hvis den retmæssige ejer er et selskab, som har været direkte ejer af mindst 25 pct. af kapitalen i det udloddende selskab igennem en periode på 365 dage, der omfatter udbetalingsdagen for udbytte (ved beregningen af denne periode inddrages ikke ændringer i ejerforhold som følge af en selskabsretlig omstrukturering som f.eks. fusion eller spaltning af det selskab, der ejer aktierne eller udbetaler udbyttet)*
- b) 15 pct. af bruttoudbyttet i alle andre tilfælde”*

Bestemmelsen foreskriver, at kildelandet ligeledes er berettiget til at beskatte udbyttet, men at beskatningen ikke må overstige 15 pct., hvis den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i domicillandet. Hvis det modtagerberettigede selskab direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet, må beskatningen dog ikke overstige 5 pct. Disse to satser er maksimumssatser, og det giver derfor medlemsstaterne mulighed for at aftale en lavere sats, eller at det kun er domicillandet, der har beskatningsretten.⁸⁷

Det er en betingelse for begrænsning af beskatningsretten efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, at modtageren af udbyttet er beneficial owner, og at der ikke er tale om misbrug af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.⁸⁸

5.4.3 Beneficial owner

Begrebet beneficial owner stammer fra common law retstraditioner, og begrebet stammer således fra et andet retssystem end i Danmark, hvor vi anvender civil law retssystemet.⁸⁹ Begrebet anvendes i intern dansk ret under betegnelsen retmæssig ejer.

I common law retstraditionen sondres der i henhold til ejendomsretten mellem det juridiske ejerskab (legal ownership) og det økonomiske ejerskab (beneficial ownership).⁹⁰ Denne sondring anvendes dog ikke i civil law retssystemet, og derfor heller ikke i Danmark. Den altovervejende hovedregel i dansk skatteret er, at det juridiske og økonomiske ejerskab er placeret hos den samme person, og at den skattemæssige ejer er den person, der i civilretlig forstand har hovedvægten af de sædvanlige ejerrettigheder.⁹¹

⁸⁷ Kommentarer til OECD's modeloverenskomst (2017) artikel 10, stk. 2, pkt. 9

⁸⁸ OECD's modeloverenskomst (2017) artikel 10, stk. 2, pkt. 12-12.7 og kommentarer til OECD modeloverenskomst (2017) artikel 1, stk. 2, pkt. 7-12.

⁸⁹ Willebois, Emile van der Does de m.fl.: The Puppet Masters – How the Current Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It, side 18

⁹⁰ Willebois, Emile van der Does de m.fl.: The Puppet Masters – How the Current Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It, side 18

⁹¹ Bundgaard, Jakob og Niels Winther-Sørensen: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. Del: SR.2007.0395, side 9

Der vil i det efterfølgende afsnit foretages en gennemgang af, hvordan beneficial owner skal fortolkes i henhold til OECD's modeloverenskomst, idet de danske domstole støtter ret på kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, når de skal afgøre, hvem der er beneficial owner i dansk ret.

5.4.3.1 OECD's modeloverenskomst

Begrebet beneficial owner blev indført i artikel 10-12 i OECD's modeloverenskomst ved 1977-revisionen af modeloverenskomsten for at adressere de potentielle vanskeligheder, der påvirkede kildestaten.⁹² Begrebet blev tilføjet i artikel 10, stk. 2 på følgende måde:

*" 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... "*⁹³

Begrebet beneficial owner har været anvendt i OECD's modeloverenskomst og kommentarerne hertil siden revisionen af modeloverenskomsten i 1977. Kommentarerne om begrebet beneficial owner er løbende blevet præciseret, men det vurderes ikke, at der herved er sket materielle ændringer i relation til, hvad der skal forstås ved beneficial owner.⁹⁴

Af kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2017 fremgår det, at begrebet retmæssig ejer ikke skal anvendes i en snæver teknisk forstand, som det eventuel ville have efter national lovgivning i en given stat, men skal derimod forstås i sin kontekst og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteomgåelse.⁹⁵ Kommentaren lægger således op til, at begrebet skal fortolkes ud fra en bredere kontekst i forhold til formålet med overenskomsten. Dette er ud fra en betragtning om, at ingen af de nationale retssystemer i OECD-medlemslandene har en præcis definition af begrebet.⁹⁶

Det ovenstående uddybes med, at det ikke ville være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skal give lempelse eller skattefritagelse til en indkomstmodtager, som handler i egenskab af repræsentant eller stedfortræder, idet denne ikke er skattepligtig af indkomsten i sit domicilland, hvorfor der ikke opstår dobbeltbeskatning.⁹⁷ Det ville ligeledes ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis

" ... kildestaten skulle give en lempelse eller fritagelse, når en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som repræsentant eller stedfortræder blot fungerer som "gennemstrømningsenhed" ("conduit") for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. Af disse grunde konkluderer den af Committee on Fiscal Affairs

⁹² Af kommentarerne til modeloverenskomsten fra 1977 anføres det, at begrebet beneficial owner tager sigte på at forhindre misbrug i form af "artificial legal construction", nærmere bestemt hvor en person disponerer via en juridisk enhed, der er oprettet i en kontraherende stat, for at opnå fordele i henhold til overenskomsten, som ikke ville kunne opnås direkte af personen, jf. Commentary on article 1 in model double taxation convention on income and on capital 1977, pkt. 7-10

⁹³ Model double taxation convention on income and on capital (1977), artikel 10

⁹⁴ Bundgaard, Jakob og Niels Winther-Sørensen: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. Del: SR.2007.0395, side 6

⁹⁵ Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2017), pkt. 12.1

⁹⁶ Unine Université de Neuchâtel: 2011 OECD Discussion draft on the meaning of beneficial owner, side 7

⁹⁷ Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2017), pkt. 12.2

*udarbejdede rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies at et "gennemstrømningsselskab" normalt ikke kan anses for at være den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer [den juridiske ejer], reelt har meget snævre beføjelser, som i relation til den pågældende indkomst gør det til en bemyndiget eller administrator, der handler på vegne af andre parter."*⁹⁸

Kommentarerne lægger således vægt på det reelle ejerskab fremfor det juridiske ejerskab ved fastlæggelsen af beneficial owner. I forlængelse heraf fremgår det, at et selskab ikke kan anses som beneficial owner, hvis dets beføjelser i henhold til indkomsten er så snævre, at det i realiteten har karakter af en bemyndiget eller en administrator.

Konkret betyder det, at hvis den direkte modtager af udbyttet er repræsentant, stedfortræder eller gennemstrømningsselskab i dets egenskab af bemyndiget og administrator, vil udbyttedtageren ikke være den retmæssige ejer af udbyttet, såfremt udbyttedtagerens ret til at bruge og nyde udbyttet er begrænset af kontraktlige eller juridiske forpligtelser til at formidle de modtagne betalinger videre til en anden person. En sådan forpligtelse fremgår ofte af juridiske dokumenter, såsom en aktielånsaftale, men kan også være til stede i kraft af de faktiske omstændigheder, som tydeligt viser, at udbyttedtageren i realiteten ikke har rettighederne til udbyttet.⁹⁹

5.4.3.2 Autonom eller internretlig fortolkning

Eftersom begrebet beneficial owner ikke er defineret i OECD's modeloverenskomst eller i de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er indgået i overensstemmelse hermed, kan det generelt diskuteres om begrebet skal fortolkes autonomt (uden inddragelse af intern ret), eller om begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med intern ret, jf. artikel 3, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst og de tilsvarende bestemmelser i de relevante dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹⁰⁰

Der er både fordele og ulemper forbundet med anvendelse af den autonome fortolkning og fortolkning i overensstemmelse med intern ret. Fordelen ved at anvende en autonom fortolkning er, at det er muligt at undgå, at en kvalifikation af begrebet vil føre til dobbeltbeskatning, da begrebet fortolkes ens i de enkelte stater. Det er således en ulempe ved anvendelsen af fortolkning i overensstemmelse med intern ret, at der er en risiko for, at man når frem til et forskelligt resultat i de to stater, hvis disse anvender deres egen intern retlige forståelse, og denne er forskellig fra den intern retlige forståelse i den anden stat. Det anføres dog, at en autonom fortolkning af et begreb også vil kunne føre til et forskelligt resultat, idet der er en risiko for, at et begreb ikke kan fastlægges ved brug af internationale retskilder, fordi disse ikke indeholder klare fortolkningsbidrag. Denne risiko findes også ved fortolkningen i overensstemmelse med intern ret, da intern ret i mange tilfælde ikke ville indeholde en definition af begrebet.¹⁰¹

⁹⁸ Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2017), pkt. 12.3

⁹⁹ Kommentarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst (2017), pkt. 12.4

¹⁰⁰ Bundgaard, Jakob og Niels Winther-Sørensen: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. Del: SR.2007.0395, side 7

¹⁰¹ Bundgaard, Jakob og Niels Winther-Sørensen: Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. Del: SR.2007.0395, side 15-16

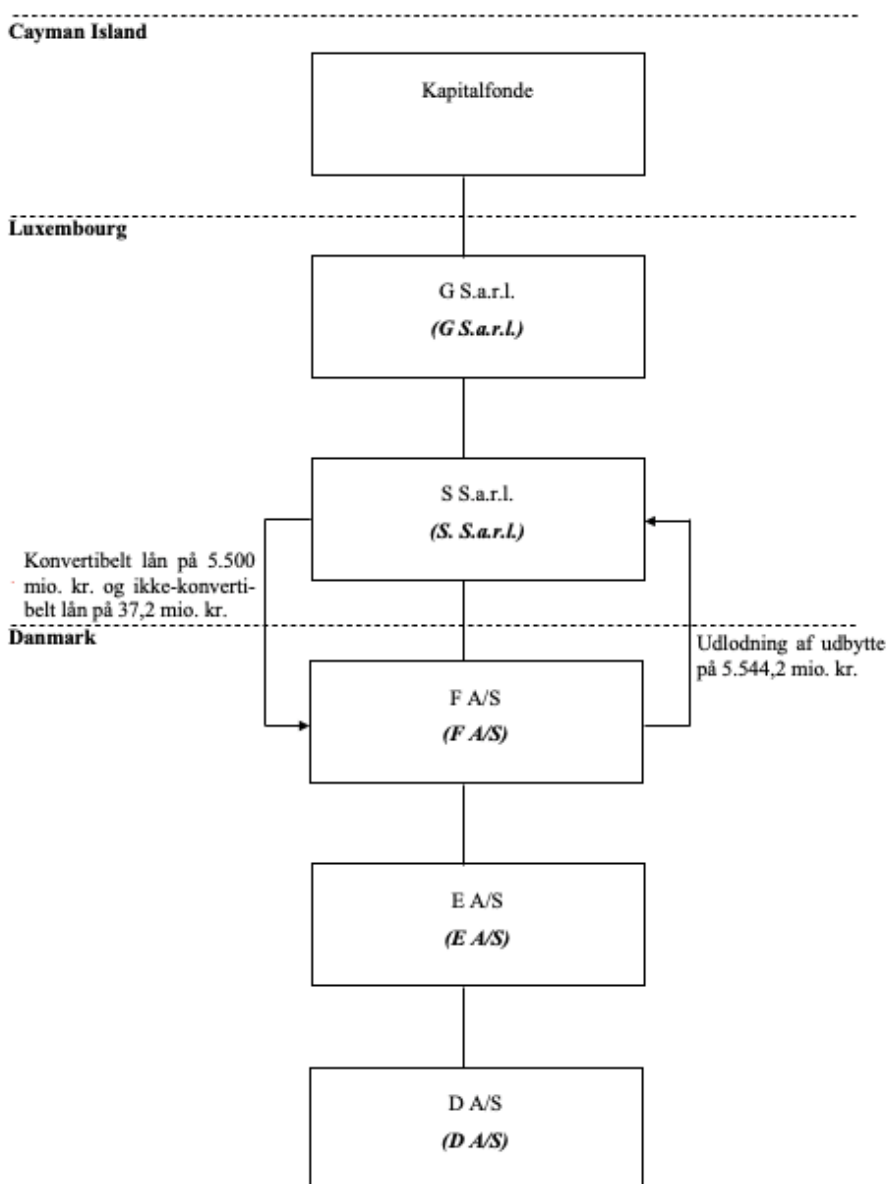
5.4.3.3 Beneficial owner i dansk praksis

5.4.3.3.1 SKM2012.121 ØLR

Den 20. december 2011 afsagde Østre Landsret dom i retssagen mellem Skatteministeriet og selskabet F A/S. Retssagen var en stadfæstelse af SKM2010.268.LSR¹⁰², og var den første sag om retmæssig ejer, der blev behandlet ved de danske domstole.¹⁰³ Sagen drejede sig om indeholdelsespligt af kildeskat på udbytte udbetalt fra et dansk datterselskab til et luxembourgsk holdingselskab.

Sagens faktiske forhold

I maj/juni 2005 købte en række kapitalfonde, under henholdsvis B og C, et dansk aktieselskab (D A/S) gennem følgende ejerstruktur:



Figur 4: Illustration af sagens faktum i SKM2012.121.ØLR

¹⁰² Sagen omhandlede en sag om beskatning af renter og en sag om beskatning af udbytte. Det var kun sagen vedrørende udbytte, der blev anket til domstolene.

¹⁰³ SKM2012.100.SKAT, side 1

De fire holdingselskaber, G S.a.r.l., S S.a.r.l., F A/S og E A/S eneste aktivitet var at eje og finansiere deres datterselskaber. Den 10. maj 2005 blev der aflagt årsrapport for F A/S, og F A/S afholdte den ordinære generalforsamling, hvorpå det blev besluttet, at der skulle udloddes et udbytte på 5.544,2 mio. kr. til S S.a.r.l. Samme dag ydede S S.a.r.l. et konvertibelt lån på 5,5 mia. kr. og et ikke-konvertibelt lån på 37,2 mio. kr. til F A/S, som næsten svarede til det deklarerede udbytte.¹⁰⁴

Parternes anbringender

Skatteministeriet

Skatteministeriet nedlagde påstand om, at F A/S var begrænset skattepligtig til Danmark af udbyttet til S S.a.r.l., jf. selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra c. Skatteministeriet anførte, at beskattningen ikke skulle nedsættes eller frafalde i medfør af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet dette var betinget af, at S S.a.r.l. var udbyttets retmæssige ejer.

Skatteministeriet anførte, at den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst skulle fortolkes i overensstemmelse med kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 10. S S.a.r.l. var ifølge Skatteministeriet ikke udbyttets retmæssige ejer, idet S S.a.r.l. ikke havde nogen aktiviteter, samt de ikke havde ret til at disponere over udbyttebeløbene på en anden måde, end hvad der allerede var fastlagt af de bagvedliggende ejere. De bagvedliggende ejere havde truffet beslutning om, at der samtidig med udlodningen af udbyttet skulle ske genudlån af næsten hele udbyttebeløbet. S S.a.r.l. havde derfor ikke nogen reel rådighed over udbyttet, der blev udloddet fra F A/S, og kunne derfor kun anses for værende administrator af udbyttet for de bagvedliggende ejere. Herudover anførte Skatteministeriet, at der ikke var noget kommercielt formål med indskydelsen af S S.a.r.l., udover at søge at undgå dansk kildelandsbeskatning.¹⁰⁵

Skatteministeriet gjorde gældende, at der var hjemmel i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. til at håndhæve moder-/datterselskabsdirektivet artikel 1, stk. 2, idet både ordlyden og forarbejderne entydigt viste, at der skulle pålægges kildelandsbeskatning, medmindre dette ikke var i overensstemmelse med EU-retten og/eller dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, hvilket ikke var tilfældet i denne sag.¹⁰⁶

Selskabet, F A/S

F A/S nedlagde påstand om, at de ikke var indeholdelsespligtig af udbyttet til S S.a.r.l. efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. F A/S anførte, at beskattningen både kunne frafalde efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst og efter moder-/datterselskabsdirektivet.

F A/S begrundede det med, at S S.a.r.l. ikke havde videreudloddet udbyttet til de bagvedliggende ejere, men at udbyttet var kommet S S.a.r.l. til gode, hvorfor S S.a.r.l. måtte anses som retmæssig ejer af udbyttet. F A/S anførte i forbindelse hermed, at den omstændighed at S S.a.r.l. udlånte udbyttet til F A/S blot skulle anses for en geninvestering i F A/S, og derfor fortsat udgjorde en del af S S.a.r.l.'s egenkapital.¹⁰⁷

F A/S bemærkede i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet, at *"der ikke foreligger et kunstigt arrangement, hvis formål er at omgå EU-retlige regler."* Formålet med indskydelsen af

¹⁰⁴ SKM2012.121.ØLR, side 2

¹⁰⁵ SKM2012.121.ØLR, side 3-4

¹⁰⁶ SKM2012.121.ØLR, side 16

¹⁰⁷ SKM2012.121.ØLR, side 5-6

S S.a.r.l. havde aldrig været at opnå fordelene ved moder-/datterselskabsdirektivet, og de gennemførte dispositioner var således ikke rettet mod at undgå kildeskat på udlodninger til ikke-europæiske selskaber ved misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁰⁸

Endelig anførte F A/S, at moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 ikke havde karakter af en materiel misbrugsregel, men derimod en bemyndigelse for medlemsstaterne til at indføre eller opretholde nationale misbrugsregler. F A/S henviste i forbindelse hermed til den danske domstolsskabte praksis vedrørende indkomstmotdager og realitetsbetragtninger, og fastslog på baggrund heraf, at S S.a.r.l. ikke kunne nægtes skattefrihed af udbyttet.¹⁰⁹

Østre Landsrets begrundelse og resultat

Østre Landsret indledte sin begrundelse med en analyse af begrebet retmæssig ejer og konstaterede herved, at hverken OECD's modeloverenskomsten fra 1977, som lagde til grund for den dansk-luxemburgske dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1980, eller OECD's modeloverenskomsten fra 2003 indeholdt en nærmere definition af begrebet. Østre Landsret henviste derimod til kommentarerne til modeloverenskomsterne, som gav visse retningslinjer om forståelse af begrebet, og til formålet med modeloverenskomsterne, som tilsagde, at der bør tilstræbes en ensartede retsanvendelse af modeloverenskomsterne, og fandt, at begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, som var kommet til udtryk i kommentarerne til modeloverenskomsten. I forbindelse hermed henviste Østre Landsret til Indofood-sagen¹¹⁰, hvor the Court of Appeal fandt, at det ud fra kommentarerne til OECD's modeloverenskomst kunne udledes, at begrebet beneficial owner ikke skulle fortolkes i henhold til de kontraherendes staters interne ret, men at begrebet derimod skulle fortolkes ud fra en "*international fiscal meaning*". Østre Landsret tilsluttede sig således synspunktet om, at begrebet skulle fortolkes autonomt.

Herudover fandt Østre Landsret, at kommentarerne fra 2003 kunne tillægges betydning ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer. Dette var dog under forudsætning af, at kommentarerne ikke i realiteten indebar en ændret forståelse af artikel 10, stk. 2 i forhold til indholdet af de oprindelige kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977. Landsretten fandt, at ændringerne i 2003 kommentarerne kun var præciseringer, hvorfor de kunne anvendes som fortolkningsbidrag ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg.¹¹¹ Landsrettens opfattelse heraf var i overensstemmelse med den internationale fortolkning, hvorefter the Federal Court of Appeal i Prevost sagen¹¹² fastslog, at senere kommentarer til OECD's modeloverenskomst kunne anvendes som fortolkningsbidrag til en dobbeltbeskatningsoverenskomst af ældre dato. Dette var dog betinget af, at kommentarerne "*represent a fair interpretation of the words of the Model Convention and do*

¹⁰⁸ SKM2012.121.ØLR, side 17

¹⁰⁹ SKM2012.121.ØLR, side 17-18

¹¹⁰ Indofood-sagen drejede sig om, hvorvidt et hollandsk mellemliggende selskab, NewCo, var beneficial owner af renteindtægter fra et indonesisk selskab, Indofood. The Court of Appeal fastslog, at det NewCO ikke var beneficial owner af renteindtægterne ifølge dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Holland og Indonesien.

¹¹¹ SKM2012.121.ØLR, side 32-33

¹¹² Prevost sagen drejede sig om, hvorvidt et hollandsk mellemliggende selskab, Prevost Holding, var beneficial owner af udbytter udbetalt fra dets canadiske datterselskab Prevost. The Federal Court of Appeal fandt, at dette var tilfældet, da der ikke var nogen aftale, der pålagde Prevost Holding at videreudlodde udbyttet til dets bagvedliggende ejere.

*not conflict with Commentaries in existence at the time a specific treaty was entered and when, of course, neither treaty partner has registered an objection to the new Commentaries”.*¹¹³

Landsretten bemærkede yderligere, at det sædvanligvis kunne antages, at udbyttmodtagende holdingselskaber, hvor ledelse havde de selskabsretlige beføjelser til at råde over selskabet og derfor også retten til at råde over udbytter fra datterselskaber, skulle anses for retmæssig ejer. Landsretten anførte, at dette også gjorde sig gældende i de tilfælde, hvor der blev indskudt et mellemholdingselskab i en stat, som Danmark havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, selvom de bagvedliggende ejere var hjemmehørende i et tredjeland uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Hvis et sådant mellemholdingselskab ikke skulle kunne anses for retmæssig ejer, krævede det at ejeren udøvede en kontrol med selskabet, der lå udover den sædvanlige planlægning og styring, der forekommer i internationale koncerner.¹¹⁴

Ifølge kommentarerne til OECD's modeloverenskomst forudsætter misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at udbytteudlodningen videreføres til de bagvedliggende ejere, eller at det med sikkerhed allerede var besluttet, at udbyttet skulle videreføres til personer, der var hjemmehørende i et tredjeland, med hvem der ikke var indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landsretten konkluderede hermed, at udbyttet fra F A/S til S S.a.r.l. blev tilbageført til F A/S som et lån, og eftersom der ikke var truffet beslutning om, at dette skulle videreføres til de bagvedliggende ejere, var forudsætningerne for misbrug i kommentarerne ikke opfyldt. S S.a.r.l. kunne på baggrund heraf anses for retmæssig ejer af det udloddede udbytte på 5.544,2 mio. kr., og var således ikke skattepligtig af udbyttet i overensstemmelse med selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra c og den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 10, stk. 2. F A/S var derfor ligeledes ikke forpligtet til at indeholde kildeskat på udbyttet i medfør af kildeskatte-lovens § 65, stk. 1 og 5.¹¹⁵ Landsretten tog således ikke stilling til, hvorvidt der skulle ske beskatning efter moder-/datterselskabsdirektivet.¹¹⁶

Af Landsrettens dom kan det udledes, at begrebet retmæssig ejer skal fortolkes autonomt, samt at begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, samt at senere kommentarer til OECD's modeloverenskomst kan anvendes som fortolkningsbidrag til en ældre dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet ændringerne blot er præciseringer. For at et mellemholdingselskab skal underkendes som retmæssig ejer, forudsætter det, at den bagvedliggende ejer udøver kontrol med selskabet, der ligger udover den sædvanlige planlægning og styring, der forekommer i internationale koncerner. Hvis udbyttet videreføres eller med sikkerhed er bestemt til at blive videreført til personer i et tredjeland, med hvem der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan udbyttmodtager ikke anses for at være den retmæssige ejer.¹¹⁷

5.4.3.3.2 Skatteministeriet mod NetApp Denmark ApS

Den 16. december 2011 afsagde Landsskatteretten kendelse i retssagen mellem Skatteministeriet og NetApp Denmark ApS. Retssagen drejede sig om, hvorvidt et dansk datterselskab var forpligtet til at indeholde kildeskat på udbytte udloddet til dets cypriotiske moderselskab.

¹¹³ Her Majesty the Queen v Prévost Car Inc (2009 FCA 57), præmis 11

¹¹⁴ SKM2012.121.ØLR, side 33

¹¹⁵ SKM2012.121.ØLR, side 33

¹¹⁶ SKM2012.100.SKAT, side 1

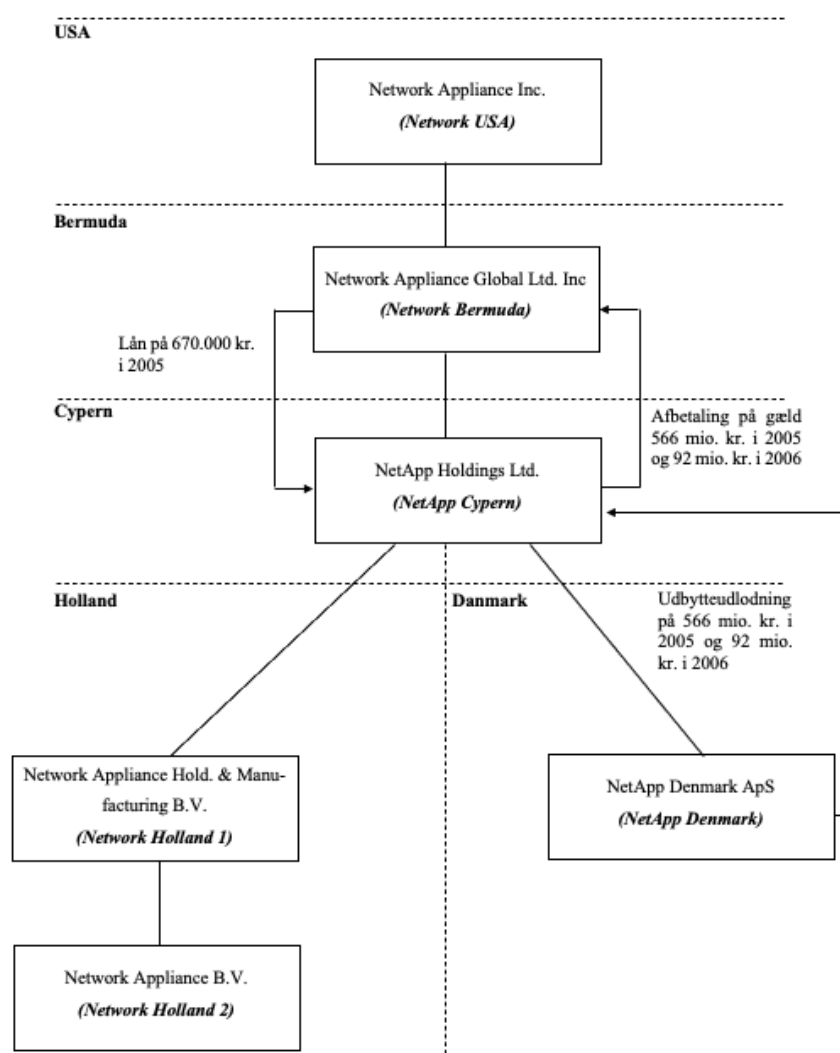
¹¹⁷ Af Skatteministeriet kommentar til Østre Landsret dom af 20. december 2011 (SKM2012.100.SKAT) fremgår det, at Skatteministeriet ikke valgte at anke afgørelsen til Højesteret, da det ikke findes, at dette vil føre til et andet resultat.

Sagens faktiske forhold

Det danske driftsselskab, NetApp Denmark ApS (*NetApp Denmark*), som blev stiftet i marts 2000, var en del af en stor multinational koncern, hvis ultimative ejere var et børsnoteret amerikansk selskab, Network Appliance Inc. (*Network USA*). NetApp Denmark udførte alene salgs- og supportaktivitet, og var indtil september 2005 ejet af det bermudianske selskab, Network Appliance Global Ltd. (*Network Bermuda*).¹¹⁸

I september 2005 stiftede Network Bermuda et cypriotisk selskab, NetApp Holdings Ltd. (*NetApp Cypern*), som blev indskudt mellem NetApp Denmark og Network Bermuda. NetApp Cypern overtog anparterne i NetApp Denmark til en købesum på ca. 670,5 mio. kr., som blev finansieret ved et lån fra Network Bermuda til NetApp Cypern. NetApp Cyperns væsentligste funktion i de første par år var at eje aktier i NetApp Denmark, og de havde hverken lokaler eller personale til rådighed.¹¹⁹

Koncernstrukturen var herefter følgende:



Figur 5: Illustration af sagens faktum i Skatteministeriet mod NetApp ApS

¹¹⁸ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 7

¹¹⁹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 7-9

NetApp Denmark erhvervede aktierne i Network Appliance B.V. (*Network Holland 2*) ved apportindskud fra Network Bermuda. Aktierne i Network Holland 2 blev i 2005 solgt til Network Appliance Holding & Manufacturing B.V. (*Network Holland 1*), der var et søsterselskab til NetApp Denmark, der var ejet af NetApp Cypem.¹²⁰

I september 2005 vedtog NetApp Denmark, at der skulle udloddes udbytte på 565.896.000 kr. til NetApp Cypem. Dette udbytte anvendte NetApp Cypem til betaling af gælden hos moderselskabet Network Bermuda, der hidrørte fra købet af anparterne i NetApp Denmark. I oktober 2006 besluttede NetApp Denmark at udlodde endnu et udbytte til NetApp Cypem på 92.012.000 kr., som NetApp Cypem ligeledes anvendte til at afbetale deres gæld til Network Bermuda.¹²¹

Partnernes anbringender

Skatteministeriet

Skatteministeriet nedlagde påstand om, at NetApp Denmark var indeholdelsespligtig af udbytteskat, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens § 65. Skatteministeriet anførte, at beskatningen ikke skulle frafalde i medfør af den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 10, stk. 2, idet dette var betinget af, at NetApp Cypem var udbyttets retmæssige ejer. NetApp Cypem var ifølge Skatteministeriet ikke udbyttets retmæssige ejer, idet NetApp Cypem reelt ikke havde beføjelserne til at træffe selvstændige ledelsesbeslutninger om, hvorledes der skulle disponeres over udbytte fra NetApp Denmark.¹²²

Skatteministeriet anførte endvidere, at NetApp Cypem fik karakter af et gennemstrømnings-selskab uden nogen reel substans, at NetApp Cypem kun var indskudt i koncernen i forsøg på at undgå kildeskat ved udbytteudlodningerne til Network Bermuda, samt at der ikke var et kommercielt formål med omstruktureringen. Skatteministeriet henviste bl.a. til Indofood-sagen, som var sammenlignelig med nærværende sag, idet der i begge sager forelå en videreudlodning af udbytte. Endvidere var videreudlodningerne i begge sager ikke en retlig forpligtelse, men der blev derimod disponeret på sådan en måde over udbytte, at udbyttemodtageren reelt ikke havde rådigheden over udbytte.¹²³

Herudover anførte Skatteministeriet, at beskatningen ikke skulle frafalde i medfør af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5, idet dette udgangspunkt om skattefrihed skulle fraviges efter artikel 1, stk. 2, såfremt nationale bestemmelser eller overenskomster var nødvendige for at hindre svig og misbrug. Ifølge Skatteministeriet tjente begrebet retmæssig ejer i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne netop til bekæmpelse af misbrug og svig, som omhandlet i artikel 1, stk. 2.¹²⁴

NetApp Denmark ApS

NetApp Denmark nedlagde påstand om, at deres indeholdelsespligt vedrørende udbytte til NetApp Cypem skulle ophæves, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens § 65. NetApp Denmark anførte, at udbyttebetalingerne til NetApp Cypem skulle fritages for udbyttebeskatning i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet artikel 5, idet denne bestemmelse ikke indeholdte et krav om retmæssig ejer, hvorfor de opfyldte de objektive kriterier for anvendelse af direktivet.¹²⁵

¹²⁰ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 8

¹²¹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 9

¹²² Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 9-10

¹²³ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 11-13

¹²⁴ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 13-14

¹²⁵ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 17-18

NetApp Denmark anførte, at moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, gav mulighed for at indføre nationale værneregler mod svig og misbrug, men at der ikke i intern dansk ret var implementeret sådanne værneregler i forbindelse med udbytteudlodninger. De var derfor af den opfattelse, at misbrug alene kunne bero på anvendelsen af principperne bag rette indkomstmottager, som tilsagde, at ” *indkomst fra kapital skal henføres til og beskattes hos ejeren af det aktiv, som kapitalindkomsten stammer fra.*”¹²⁶ Dette ville ifølge NetApp Denmark medføre, at udbytteindtægterne fra det danske selskab skulle henføres til det cypriotiske selskab.

NetApp Denmark gjorde endvidere gældende, at udbyttebetalinger også kunne fritages for udbyttebeskatning i overensstemmelse med den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet NetApp Cypern måtte anses for at være retmæssig ejer af udbytteudlodningerne, og at selskabet ikke udelukkende kunne anses for at være et gennemstrømningsselskab, der var etableret for at opnå skattefrihed. I forlængelse heraf anførte NetApp Denmark, at NetApp Cypern havde alle beføjelser vedrørende udbyttebetalingerne fra NetApp Denmark, og udbyttet var anvendt til tilbagebetaling af gæld, hvorfor man ikke kunne karakterisere denne betaling til Network Bermuda, som viderekanalisering af udbyttet.¹²⁷

Herudover lagde NetApp Denmark vægt på, at begrebet retmæssig ejer ikke var nærmere defineret, hvorfor der forelå en stor usikkerhed omkring fortolkningen af begrebet. Det anførtes derfor, at begrebet skulle fortolkes i overensstemmelse med det danske begreb rette indkomstmottager, hvorefter NetApp Cypern var den rette indkomstmottager.¹²⁸

Endelig anførte NetApp Denmark, at såfremt der i stedet skulle anvendes den fortolkning, som Skatteministeriet havde tillagt begrebet retmæssig ejer i deres anbringender, ville NetApp Denmark i stedet skulle fritages for kildeskat som følge af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA, da Network USA, herefter ville være den retmæssige ejer.¹²⁹

Landsskatterettens begrundelse og resultat

Landskatteretten indledte sin begrundelse med en analyse af begrebet retmæssig ejer i OECD's modeloverenskomsts artikel 10, stk. 2, og konstaterede ud fra kommentarerne hertil, at der ikke var sammenfald mellem begrebet retmæssig ejer og princippet om rette indkomstmottager i dansk intern ret.¹³⁰

Landskatteretten lagde i deres begrundelse afgørende vægt på, at NetApp Cypern ikke havde haft råderet over udbyttet. Denne vurdering skyldtes ifølge Landskatteretten, at det var ubestridt, at der indenfor en kortere periode var foretaget flere af hinanden afhængige transaktioner mellem selskaberne, og NetApp Cypern ikke havde egne lokaler eller personale og kun havde meget beskedne driftsudgifter. På baggrund heraf, fandt Landsskatteretten det således ikke godtgjort, at det kunne dokumenteres, at NetApp Cypern skulle anses for værende retmæssig ejer af udbyttet fra NetApp Denmark. NetApp Cypern var derfor ikke berettiget til skattefrihed af udbyttet fra NetApp Denmark i medfør af modeloverenskomstens artikel 10.¹³¹ På trods heraf fandt Landskatteretten, at NetApp Cypern var rette indkomstmottager af udbyttet.

¹²⁶ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 18

¹²⁷ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 20

¹²⁸ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 20-21

¹²⁹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 22

¹³⁰ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 27

¹³¹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 28

Landskatteretten tog i forbindelse med afgørelsen også stilling til anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivet. Hertil fandt Landsskatteretten, at der ikke kunne indlæses et misbrugsforhold i de almindelige bestemmelser, men at direktivets artikel 1, stk. 2 gav mulighed for at fravige direktivet i tilfælde af misbrug. Danmark havde dog ikke benyttet sig af denne mulighed, men hjemlen til at bortse fra formelt lovlige og korrekte dispositioner i tilfælde af misbrug fulgte dog af de almindelige retsgrundsætninger, herunder retspraksis. I denne forbindelse anførte Landsskatteretten, at den omstændighed, at NetApp Cyperns eneste aktivitet var at eje anparter i NetApp Danmark ikke medførte, at selskabet ikke havde erhvervmæssig drift. Landskatteretten nåede som følge heraf frem til, at udbyttet skulle fritages for kildeskat i medfør af direktivets artikel 5, hvorfor udbyttet ikke var omfattet af den begrænsede skattepligt i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c og indeholdelsespligten i kildeskattelovens § 65, stk. 5.¹³²

Skatteministeriet valgte at anke Landskatterettens kendelse til Østre Landsret, jf. nærmere beskrevet i afsnit 5.4.3.3.4

Af Landsskatterettens kendelse kan det udledes, at der ikke kan sættes lighedstegn mellem begrebet retmæssig ejer og begrebet rette indkomstmodtager i dansk skatteret. For at et selskab skal underkendes som retmæssig ejer, forudsætter det, at selskabet har meget snævre beføjelser og handler på vegne af andre parter i relation til en indkomst. Derudover fastslås det, at der i de almindelige bestemmelser ikke kan indlæses et misbrugsforhold, men at moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 giver mulighed for at fravige direktivet ved at implementere nationale lovbestemmelser, der hindrer svig eller misbrug.

5.4.3.3.3 Skatteministeriet mod TDC A/S

Den 13. marts 2012 afsagde Landsskatteretten kendelse i retssagen mellem Skatteministeriet og TDC A/S. Retssagen var en klage af det bindende svar, som Skatterådet afgav den 21. juni 2011 på to spørgsmål, der vedrørte skattefrihed af en påtænkt udlodning af udbytte fra et dansk selskab til et luxembourgsk selskab.

Sagens faktiske forhold

TDC A/S (*TDC*) indgav en anmodning om et bindende svar på følgende to spørgsmål vedrørende skattefrihed af en påtænkt udbytteudlodning fra TDC til NTC Holding G.P. & Cie S.C.A (*NTC*):

- 1) *Er udbytte udloddet fra TDC til NTC skattefrit i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt., og dermed fritaget for dansk kildeskat?*
- 2) *Er udbyttet udloddet fra TDC til NTC skattefrit i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. og dermed fritaget for dansk kildeskat?*

Ved indgivelsen af ovenstående spørgsmål fremlagde TDC nedenstående oplysninger, som Skatterådet kunne anvende i deres besvarelse.

NTC var et luxembourgsk selskab, som var stiftet af det luxembourgsk selskab NTC Parent S.á.r.l. (*NTC Parent*). NTC Parent ejede størstedelen af kapitalen i NTC. Den resterende andel af kapitalen, der udgjorde mindre end 1 %, var ejet af NTC Holding G.P S.á.r.l. (*NTC Holding*),

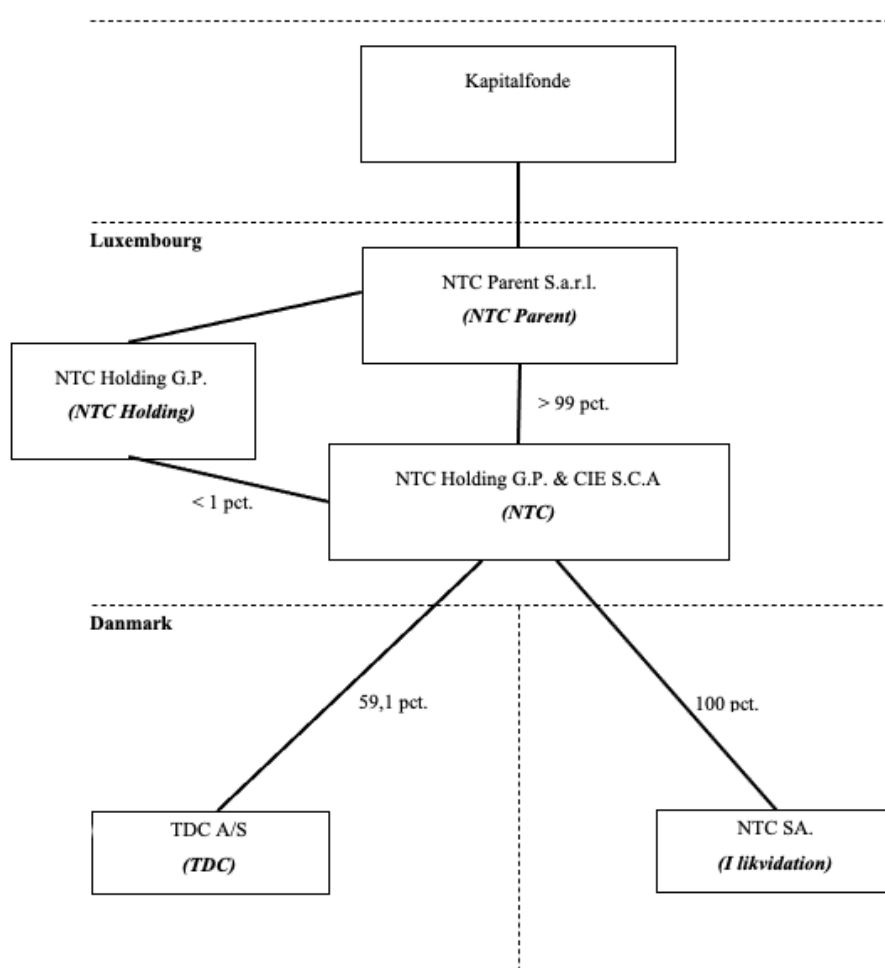
¹³² Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 29

som ligeledes var hjemmehørende i Luxembourg. Alle selskaberne var gyldigt stiftet og opfyldte de gældende regler, der var for selskaber i Luxembourg.¹³³

NTC var stiftet som en luxembourgsk selskabstype, der var optaget på listen over selskaber, der var omfattet af artikel 2, stk. 1, litra a i moder-/datterselskabsdirektivet. Efter intern luxembourgsk ret skulle selskabet betragtes som et selvstændigt skattesubjekt, og selskabet var underlagt luxembourgsk selskabsskat. I henhold til dansk ret, skulle selskabet derimod anses for transparent, da dette svarede til et dansk kommanditselskab.¹³⁴

I 2010 erhvervede NTC en større post aktier i TDC, og opnåede dermed ejerskab over 59,1 pct. af aktierne i TDC. Aktierne i TDC var desuden ejet af mere end 38.000 aktionærer.¹³⁵

TDC's koncernstruktur var efter erhvervelsen følgende:



Figur 6: Illustration af sagens faktum i Skatteministeriet mod TDC A/S

TDC var forud for NTC's overtagelse ejet af NTC SA., der var ejet af NTC Parent, der igen var ejet af en række kapitalfonde. TDC blev således i 2005 overtaget af kapitalfondene gennem

¹³³ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 33

¹³⁴ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 33

¹³⁵ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 34

diverse selskaber, idet erhvervelsen delvist blev finansieret ved lån fra kapitalfondene. NTC Parent havde derfor lån til kapitalfondene på i alt 14,3 mia. kr. i december 2006.¹³⁶

I 2011 påtænkte TDC at udlodde et udbytte på ca. 6 mia. kr. til NTC, hvor det blev antaget, at størstedelen af udbyttet ville blive videreudloddet fra NTC til NTC Holding og NTC Parent, og at størstedelen af udbyttet fra NTC til NTC Holding ville blive videreudloddet til NTC Parent. En mindre del (formentlig mellem 3 pct. og 5 pct.) af udbyttet blev antaget at ville blive anvendt af NTC, NTC Holding og NTC Parent til betaling af omkostninger eller hensat til betaling af forventede omkostninger. Det blev ligeledes antaget, at det udbytte som blev udloddet til NTC Parent ville blive betalt til selskaber, der var kontrolleret af de enkelte kapitalfonde eller NTC Parent's kreditorer. I forlængelse heraf blev det antaget at de beløb, der var udbetalt af NTC Parent til selskaber, der var kontrolleret af de enkelte kapitalfonde, ville blive overført til de ultimative investorer i kapitalfondene.¹³⁷

Parternes anbringender

Skatterådet

Ad spørgsmål 1:

Skatterådet fandt, med henvisning til svaret på spørgsmål 2, at det påtænkte udbytte udloddet fra TDC til NTC ikke var fritaget for kildeskat efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt., idet beskatningen af udbyttet hverken kunne frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter den dansk-luxemburiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Skatterådet besvarede derfor spørgsmål 1 med et nej.¹³⁸

Skatterådet begrundede det med, at NTC ikke skulle stilles bedre end andre moderselskaber, hvorfor de skulle opfylde samme betingelser som andre moderselskaber, der ikke var skattepligtige af udbytter fra danske datterselskaber.

Ad spørgsmål 2:

Skatterådet fandt, at det påtænkte udbytte udloddet fra TDC til NTC ikke var fritaget for kildeskat efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., idet udbyttet måtte anses for at strømme igennem NTC og NTC Holding, og holdingselskaberne kunne derfor hverken påberåbe sig moder-/datterselskabsdirektivet eller den dansk-luxemburiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Skatterådet besvarede derfor spørgsmål 2 med et nej.¹³⁹

Skatterådet begrundede det med, at hverken NTC eller NTC Holding kunne anses for at være retmæssig ejer af udbyttet i henhold til den dansk-luxembouriske dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet de bagvedliggende ejer på forhånd reelt havde disponeret over udbyttet, og NTC og NTC Holding derfor ikke havde beføjelsen til selvstændigt at råde over udbyttet. Skatterådet lagde i deres afgørelse heraf ikke afgørende vægt på, at NTC blev anerkendt som et selvstændigt rets- og skattesubjekt i Luxemburg, at NTC rådede over lokaler i Luxemburg, at NTC havde en person ansat og at NTC havde indestående på bankkontoen mv.¹⁴⁰

¹³⁶ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 34

¹³⁷ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 34-35

¹³⁸ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 37-38

¹³⁹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 40-41

¹⁴⁰ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 41

Skatterådet begrundede det endvidere med, at EU-retten ikke kunne anses for at afskære selskabet, som var etableret i en anden medlemsstat, fra at påberåbe sig EU-retten, herunder moder-/datterselskabsdirektivet i de tilfælde, hvor etableringen af et holdingselskab i en anden medlemsstat ”tager sigte på at undgå kildeskat på betalinger til ikke-europæiske foretagende, hvis en sådan konstruktion ikke tjener noget kommercielt formål”¹⁴¹. Skatterådet var derfor af den opfattelse, at EU-retten ikke kunne anses for at afskære Danmark fra at gennemføre en kildebeskatning af udbytter i de tilfælde, hvor de udloddede beløbs retmæssige ejere var hjemmehørende uden for EU. Dette gjaldt på trods af, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke direkte anvender begrebet retmæssig ejer.¹⁴²

TDC A/S

Ad spørgsmål 1:

TDC nedlagde påstand om, at udbyttet udloddet fra TDC til NTC var skattefrit, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. De anførte, at hverken ordlyden eller forarbejder til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. hjemlede et krav om, at beskatningen af udbyttet skulle nedsættes eller frafalde efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet. I forbindelse hermed fandt TDC det således ikke relevant at vurdere, hvorvidt NTC var retmæssig ejer af udbyttet.¹⁴³

TDC anførte derimod, at de eneste relevante kriterier i forhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. var, hvorvidt TDC var optaget på listen over de selskaber, der var omhandlet af moder-/datterselskabsdirektivet, samt om moderselskabet ved beskatning her i landet skulle anses for en transparent enhed. Eftersom NTC var en luxembourgsk selskabstype, der var optaget på listen over selskaber omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra a i moder-/datterselskabsdirektivet, og desuden efter intern luxembourgsk ret skulle anses for et selvstændigt skattesubjekt, skulle udbytte fra TDC til NTC ligeledes være skattefrit, såfremt NTC efter dansk intern ret kunne anses for et transparent selskab. Af NTC's vedtægter fremgik det, at selskabets deltagere bestod af ubegrænset investorer, der hæfter ubegrænset for selskabets gæld, hvorfor dette kunne sammenlignes med et dansk transparent selskab.¹⁴⁴

Ad spørgsmål 2:

TDC nedlagde påstand om, at udbyttet fra TDC til NTC var skattefrit, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. TDC anførte, at beskatningen skulle frafalde i medfør af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst og moder-/datterselskabsdirektivet.

TDC anførte, at NTC var omfattet af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. De begrundede det med, at NTC var et selvstændigt skattesubjekt, samt at NTC var retmæssig ejer af udbyttet fra TDC. TDC argumenterede for, at NTC var retmæssig ejer af udbyttet, idet NTC havde rådighed over lokaler i Luxembourg, havde en person ansat samt indestående på selskabets bankkonto. Herudover anførte TDC vedrørende råderetten over udbyttet, at aktierne i TDC ejet af NTC indtil starten af 2011 var pantsat til fordel for nogle eksterne långivere, der havde ydet lån til TDC. Det var besluttet, at det udbytte, som NTC modtog fra TDC, skulle indsættes på en konto i en bank, som tilsvarende var pantsat til fordel for de eksterne långivere. NTC var således kun berettiget til at råde over udbyttet, såfremt der ikke forelå misligholdelse af de lån, som pantsætningen vedrørte. Hvis der forelå misligholdelse, kunne långivere fratage NTC denne dispositionsret og søge om fyldestgørelse af indestående

¹⁴¹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 41

¹⁴² Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 42-44

¹⁴³ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 46-48

¹⁴⁴ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 46-47

på selskabets bankkonto. Efter starten af 2011 forelå der ikke længere aftaler om råderetten over det modtagne udbytte fra TDC til NTC, og en beslutning herom ville således kun kunne træffes af NTC's ledelse. Det kunne således ikke lægges til grund, at der på forhånd reelt ville være disponeret over udbytteudlodningen, selvom NTC måtte have truffet en beslutning om at udlodde udbytte til sine ejere i forlængelse af modtagelsen af udbyttet fra TDC.¹⁴⁵

Herudover anførte TDC, at NTC var berettiget til at påberåbe sig fordelene i moder-/datterselskabsdirektivet, som følge af, at NTC er en selskabstype, der er optaget på listen over selskaber omhandlet artikel 2, stk. 1, litra a og er underlagt Luxembourgsk selskabsskat.¹⁴⁶

Landsskatterettens begrundelse og resultat

Ad spørgsmål 1:

Landsskatteretten stadfæstede SKATs svar på spørgsmål 1, som fastslog, at udbyttet udloddet fra TDC til NTC var skattepligtig i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt.

Landsskatteretten fandt, at hverken ordlyden eller forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk.1, litra c, 5. pkt. var tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at bestemmelsen indebar, at udenlandske selskaber, der var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, og som i udlandet blev anset som skattepligtig, men som i Danmark blev anset som en transparent enhed, skulle behandles anderledes fra andre udenlandske selskaber, der var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, og som i udlandet blev anset som skattepligtig, og som ligeledes i Danmark blev anset som skattepligtig. Det var i stedet Landsskatterettens opfattelse, at der ud fra formålet med bestemmelsen måtte være en formodning for at selskabstyperne skulle behandles ens, dvs. at transparente selskaber ligeledes skulle opfylde betingelserne for skattefrihed efter selskabsskattelovens § 2, stk.1, litra c, 3. pkt.¹⁴⁷

Ad spørgsmål 2:

Landskatteretten omstødte SKATs svar på spørgsmål 2, som fastslog, at udbytte udloddet fra TDC til NTC var skattepligtig i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. Landskatteretten fandt derfor, at udbyttet fra TDC til NTC var skattefrit i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., jf. moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5.

Landsskatteretten anførte, at eftersom NTC var optaget på listen over de selskaber, der var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a, men som ved beskatning i Danmark skulle anses for et transparent selskab, og da disse skulle behandles som andre selskaber, der var optaget på listen, jf. ad. spørgsmål 1, ville udbyttet være skattefrit, jf. moder-/datterselskabsdirektivets artikel 5.¹⁴⁸

Landskatteretten tog dog ikke stilling til, om NTC kunne anses for retmæssig ejer af udbyttet i henhold til den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Skatteministeriet valgte at anke Landskatterettens kendelse til Østre Landsret, jf. nærmere beskrevet i afsnit 5.4.3.3.4

Af Landsskatterettens afgørelse kan det udledes, at udenlandske selskaber, som er optaget på listen over selskabsformer, der er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet artikel 2, stk. 1,

¹⁴⁵ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 49- 51

¹⁴⁶ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 50

¹⁴⁷ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 54

¹⁴⁸ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 55

litra a, men som ved beskattningen i Danmark skal anses som en transparent enhed, kan fritages for udbyttebeskatning, såfremt betingelserne i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. er opfyldt.

5.4.3.3.4 Østre Landsrets dom af 3. maj 2021

Den 3. maj 2021 afsagde Østre Landsret dom i retssagen mellem Skatteministeriet og NetApp Denmark ApS samt Skatteministeriet og TDC A/S. Retssagen var en videreførelse af retssagerne fra Landsskatteretten, jf. afsnit 5.4.3.3.2 og 5.4.3.3.3. Til besvarelse heraf besluttede Østre Landsret den 19. februar 2016 at stille spørgsmål til EU-Domstolen om fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivet.

5.4.3.3.4.1 EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål

Den 26. februar 2019 afsagde EU-Domstolen dom i de forenede sager C-116/16 og C-117/16, hvor de besvarede Østre Landsrets præjudicielle spørgsmål. Sagerne vil blive analyseret med henblik på at udlede, hvornår de nationale skattemyndigheder i en medlemsstat kan nægte at fratage kildebeskatning efter moder-/datterselskabsdirektivet.

De præjudicielle spørgsmål

EU-Domstolen valgte at behandle de præjudicielle spørgsmål samlet under tre temaer. Det første tema omhandlede, hvorvidt der fandtes et retsgrundlag, der muliggjorde, at en medlemsstat kunne nægte skattefritagelsen efter moder-/datterselskabsdirektivet artikel 5 som følge af, at der var tale om misbrug. Det andet tema omhandlede de elementer, der udgjorde et eventuelt misbrug og bevisreglerne i denne forbindelse. Det sidste tema omhandlede fortolkningen af EUF-traktatens bestemmelser om etableringsfriheden og de frie kapitalbevægelser.¹⁴⁹ Det tredje tema behandles ikke i denne afhandling.

Retsgrundlag for misbrug

Misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, der skal sikre, at der ikke sker svig og misbrug af direktivets øvrige bestemmelser, var ikke direkte implementeret i dansk lovgivning på tidspunktet for forelæggelsen af de præjudicielle spørgsmål. I de præjudicielle spørgsmål blev EU-Domstolen derfor bedt om at tage stilling til, hvorvidt det var en forudsætning for anvendelse af direktivets artikel 1, stk. 2, at der var implementeret en specifik national bestemmelse til gennemførelse heraf, eller at der i national ret fandtes almindelige principper om misbrug, der kunne fortolkes i overensstemmelse med direktivets bestemmelse.¹⁵⁰

EU-Domstolen gjorde op med den hidtidige opfattelse heraf og henviste til, at det påhvilede borgerne at overholde det EU-retlige princip om, *"at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug."*¹⁵¹ Herefter påhvilede det desuden medlemsstaterne at nægte fordelene i de EU-retlige bestemmelser, såfremt disse er påberåbt med henblik på misbrug.¹⁵² Ifølge EU-Domstolen syntes det således at være uden betydning, hvorvidt der fandtes nationale lovbestemmelser eller principper mod misbrug, og de nationale myndigheder og domstole kunne derfor håndhæve det EU-retlige princip og nægte fordelene heraf i tilfælde af misbrug.¹⁵³

¹⁴⁹ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 67

¹⁵⁰ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 64

¹⁵¹ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 70

¹⁵² Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 72

¹⁵³ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 83

Misbrugselementer

Efter EU-Domstolen havde fastslået, at moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 kunne finde anvendelse på trods af, at der ikke var implementeret nationale misbrugsbestemmelser eller almindelige principper om misbrug, besvarede EU-Domstolen det forelagte spørgsmål vedrørende, hvilke elementer der udgjorde misbrug.¹⁵⁴

I denne forbindelse udtalte EU-Domstolen, at det med henblik på at bevise, at der forelå et misbrug, var krævet, at der var et sammenfald af såvel objektive som subjektive omstændigheder. De objektive omstændigheder indebar, at formålet med EU-lovgivningen ikke var opnået på trods af, at de formelle betingelser var opfyldt. De subjektive omstændigheder indebar, at skatteyderen havde haft en hensigt om at opnå en fordel ved kunstigt at opfylde de betingelser, der var krævet i EU-lovgivningen.¹⁵⁵ Formålet med dispositionen skulle således være at opnå en uberettiget fordel. Ved undersøgelse af om disse sammenfaldende omstændighederne medførte, at skatteyderen opnåede en uberettiget fordel, skulle det vurderes, om de gennemførte transaktioner kun var formelle eller kunstige transaktioner, ”der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse”.¹⁵⁶ Vurderingen af de subjektive omstændigheder skulle derfor ske ud fra en vurdering af de objektive omstændigheder, og skatteyderen skulle endvidere have haft mulighed for at føre modbevis.¹⁵⁷ Det afgørende i vurderingen synes at være, om de objektive omstændigheder var en hensigt om at opnå en uberettiget fordel, og den subjektive hensigt tillægges således ikke alene afgørende betydning.

EU-Domstolen udtalte, at der var tale om et kunstigt arrangement, når ”en koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse (...)”¹⁵⁸. Dette var ifølge EU-Domstolen særligt tilfældet, når der i koncernstrukturen blev indskudt et gennemstrømningsselskab mellem det udbytteudloddende selskab og det selskab, som var udbyttets retmæssige ejer, med det formål at opnå en skattefordel, der strider mod formålet med skattelovgivningen.¹⁵⁹

Det tilfaldt ikke EU-Domstolen at vurdere, om der forelå de faktiske omstændigheder i de konkrete sager, og EU-domstolen fremførte derfor en række (ikke-udtømmende) holdepunkter for, hvornår der forelå et kunstigt arrangement og derved misbrug, som de nationale myndigheder og domstole kunne anvende i deres misbrugsvurdering i hver enkel sag.¹⁶⁰

1. Hurtig videreudlodning

EU-Domstolen anførte, at det ville være et kunstigt arrangement, hvis det modtagne udbytte helt eller delvist blev videreudloddet kort tid efter modtagelsen, til selskaber der ikke opfyldte betingelserne for anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁶¹ EU-Domstolen kom ikke

¹⁵⁴ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 96

¹⁵⁵ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 97

¹⁵⁶ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 98

¹⁵⁷ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 99

¹⁵⁸ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 100

¹⁵⁹ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 100

¹⁶⁰ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 99

¹⁶¹ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 101

med en nærmere beskrivelse af, hvad der skulle forstås ved, at udbyttet helt eller delvist videreudloddes kort tid efter modtagelsen, hvorfor det var op til de nationale myndigheder og domstole at fastlægge dette.

2. Ubetydelig skattepligtig indkomst

EU-Domstolen fremførte endvidere, at det ville være et kunstigt arrangement, hvis det selskab der skulle videreudlodde udbyttet *"alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, når det opererer som gennemstrømningsselskab for at muliggøre pengestrømmen fra debitorselskabet til den enhed, som er de overførte beløbs retmæssige ejer."*¹⁶² Det ville kunne godtgøres, at et selskab opererede som et gennemstrømningsselskab, hvis selskabets eneste aktivitet bestod i at modtage udbytte for herefter at videreudlodde det modtagne beløb til de bagvedliggende ejere eller andre gennemstrømningsselskaber. Hvorvidt der var tale om et gennemstrømningsselskab, måtte afgøres ud fra en konkret vurdering af alle relevante omstændigheder, herunder *"bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, de personer, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det rådet over"*¹⁶³.

3. Kontrakter mellem involverede parter

EU-Domstolen anførte desuden, at der ville være et kunstigt arrangement, hvis der mellem de involverede selskaber var forskellige kontrakter, som gav anledning til pengestrømme inden for koncernen. Ved vurderingen heraf skulle der henses til fremgangsmåden for disse transaktioners finansiering og selskabernes egenkapital.

4. Manglende beføjelser

Endelig anførte EU-Domstolen, at der ville være tale om et kunstigt arrangement, hvis selskabet ikke havde mulighed for at råde over det modtagne udbytte, og denne manglende råderet skyldtes kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreudlodde det udbetalte udbytte.¹⁶⁴ Dette kunne ligeledes være tilfældet uden kontraktuelle eller juridiske indskrænkninger, såfremt det måtte konstateres, at selskabet ikke havde mulighed for at bruge og nyde udbyttet.¹⁶⁵

De gennemgåede holdepunkter ville i øvrigt styrkes i de tilfælde, hvor det måtte formodes, at iværksættelse af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån indenfor koncernen skyldtes ny skattelovgivning.¹⁶⁶ Omvendt var dette ikke en nødvendig betingelse for at kunne godtgøre et misbrug, men kunne alene bestyrke de øvrige omtalte holdepunkter for, at der forelå misbrug.

Endeligt var det for konstateringen af, om der forelå et retsmisbrug uden betydning, om kildestaten havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor udbytternes retmæssige ejere var hjemmehørende (i en tredjestat), hvorefter der ikke ville være indeholdt kildekat af udbyttet, såfremt udbyttet var blevet udbetalt direkte til den retmæssige ejer.¹⁶⁷

¹⁶² Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 103

¹⁶³ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 104

¹⁶⁴ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 105

¹⁶⁵ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 105

¹⁶⁶ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 106

¹⁶⁷ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 107-110

Retmæssig ejer og retsmisbrug

Selvom EU-Domstolen i flere præmisser nævner begrebet retmæssig ejer, indeholder moder-/datterselskabsdirektivet ikke direkte et krav om, at den retmæssige ejer skal være et selskab i en medlemsstat, og en nægtelse af direktivets fordele kræver således, at der forligger misbrug.

EU-Domstolen synes dog alligevel at indfortolke et krav om, at påberåbelse af moder-/datterselskabsdirektivets fordele er betinget af, at den retmæssige ejer er et selskab i en medlemsstat: *”Såfremt den retmæssige ejer af en udbytteudlodning har sit skattemæssige hjemsted i en tredjestat, er nægtelsen af den fritagelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 90/435, i øvrigt på ingen måde underlagt en konstatering af, at der foreligger svig eller retsmisbrug”*¹⁶⁸ På trods heraf, synes der ikke at være noget krav om, at den direkte modtager af udbyttet ligeledes skal være den retmæssige ejer heraf. Det er alene et krav, at den retmæssige ejer af udbytteudlodningen er hjemmehørende i en medlemsstat, og desuden opfylder direktivets objektive betingelser. Dette skyldes, at direktivet har til formål at fjerne enhver forskelsbehandling af selskaber fra medlemsstater og derved undgå dobbeltbeskatning i de tilfælde, hvor et datterselskab i en medlemsstat har udloddet udbytte til sit moderselskab i en anden medlemsstat.¹⁶⁹

Ved vurderingen af, hvem der kan anses for at være retmæssig ejer i moder-/datterselskabsdirektivets forstand, synes det på baggrund af EU-Domstolens holdepunkter for et kunstigt arrangement, nærliggende at konkludere, at der i disse situationer ikke vil være tale om den retmæssige ejer af udbyttet, da selskabet i disse tilfælde vil være et udtryk for et gennemstrømningsselskab. Det betyder, at hvis de nationale myndigheder og domstole kommer frem til, at den direkte modtager af udbyttet er et gennemstrømningsselskab, og der derfor foreligger misbrug, kan selskabet ikke anses for at være den retmæssige ejer af udbyttet. Af holdepunkterne kan det derfor modsætningsvist udledes, at den retmæssige ejer må anses for at være det selskab, der reelt modtager udbyttet, og som i sidste ende har muligheden for at bruge og nyde udbytteudbetalingen.

Af EU-Domstolens dom kan det udledes, at moder-/datterselskabsdirektivet hverken indeholder et direkte krav om, at den retmæssige ejer af udbyttet skal være hjemmehørende i en medlemsstat, eller en definition af hvem der er den retmæssige ejer af udbyttet. Ifølge direktivets bestemmelser, skal der i stedet henses til, hvorvidt der foreligger retsmisbrug af direktivets fordele. EU-domstolen synes dog alligevel at indfortolke et krav om, at den retmæssige ejer skal være hjemmehørende i en medlemsstat. Det synes ligeledes at kunne udledes, på baggrund af indholdet i misbrugsvurderingen, at den retmæssige ejer må anses for at være det selskab, der i sidste ende har beføjelsen til at råde over udbyttet.

En kort bemærkning om rentesagerne

Samtidig med at Østre Landsret fremsatte spørgsmål til EU-Domstolen vedrørende de omtalte udbyttesager (C-116/16 og C-117/16), fremsatte Østre Landsret og Vestre Landsret ligeledes spørgsmål i en række sager omhandlende rentebetalinger foretaget fra danske datterselskaber til disses moderselskab, der var beliggende inden for EU. Disse rentebetalinger skulle i medfør af rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1 som udgangspunkt anses for skattefritaget. De danske skattemyndigheder nægtede dog at fratage kildeskatten herefter med henvisning til, at de rentemodtagende moderselskaber beliggende i EU, ikke var de retmæssige ejere.

¹⁶⁸ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 111

¹⁶⁹ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16, præmis 112

EU-Domstolen afsagde den 26. februar 2019 ligeledes dom i rentesagerne (C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16). EU-Domstolens præmisser i udbyttesagerne og rentesagerne er dog i et stort omfang identiske, hvorfor det ikke findes relevant for denne afhandling at foretage en gennemgang af rentesagerne.

Ved besvarelsen af udbyttesagerne og rentesagerne, skal det dog bemærkes, at rente-/royaltydirektivet, modsat moder-/datterselskabsdirektivet, indeholder et direkte krav om, at modtageren af renterne skal være retmæssig ejer, hvorfor der i rentesagerne ligeledes blev taget stilling til fortolkningen heraf. I denne forbindelse fastslog EU-Domstolen, at der herved skal forstås den enhed, der reelt modtager renterne. Dette skal ses i sammenhæng med den økonomiske realitet, hvorefter man kun kan anses for at være retmæssig ejer af renterne, såfremt man modtager betalingerne til eget brug og ikke som formidler.¹⁷⁰ Den retmæssige ejer af renterne vil således være den enhed, der i sidste ende har den økonomiske råderet over det modtagne beløb. EU-Domstolen besvarede desuden bekræftende på, at OECD's modeloverenskomst artikel 11 samt kommentarerne hertil, vil kunne være relevant ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer i rente-/royaltydirektivet.¹⁷¹

Selvom moder-/datterselskabsdirektivet ikke indeholder et direkte krav, synes der at være et vidst overlap i vurderingen af, om der foreligger misbrug i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet, og hvem der skal anses for at være retmæssig ejer i henhold til rente-/royaltydirektivet, jf. ovenstående gennemgang af udbyttesagerne. EU-domstolens holdepunkter for, hvornår der kan anses for at foreligge misbrug, synes at indeholde en del af de elementer, der også lægges vægt på ved vurderingen af, hvem der skal anses for at være retmæssig ejer i rente-/royaltydirektivet. Konstateringen af, at der foreligger misbrug er dog betinget af, at det objektive og subjektive element er til stede, hvorimod konstateringen af retmæssig ejer kun forudsætter, at de objektive betingelser er opfyldt. Ved vurderingen af, hvem der er retmæssig ejer, er der således ikke et krav om, at der foreligger misbrug af direktivet.¹⁷²

5.4.3.3.4.2 Østre Landsrets begrundelse og resultat

5.4.3.3.4.2.1 Skatteministeriet mod NetApp Denmark ApS

Retssagen drejede sig om, hvorvidt beskatningen af udbyttet fra NetApp Denmark til NetApp Cypem kunne frafaldes eller nedsættes i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet eller efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. nærmere beskrevet i afsnit 5.4.3.3.2.

Landsretten lagde i deres besvarelse til grund, at det var ubestridt, at NetApp Cypem var omfattet af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, og at de to udbytter var omfattet af ligningslovens § 16A, stk. 1. Det var endvidere ubestridt, at NetApp Cypem ved udlodningerne i 2005 og 2006 opfyldte betingelserne om ejerandel og ejertid i forhold til NetApp Denmark.¹⁷³

Moder-/datterselskabsdirektivet

Landsretten fandt, at det var ubestridt, at NetApp Cypem og NetApp Denmark var omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet som henholdsvis moderselskab og datterselskab, og derfor kunne anvende direktivets artikel 5 om fritagelse af udbyttet.

¹⁷⁰ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16, præmis 88

¹⁷¹ Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16, præmis 90

¹⁷² Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C299/16, præmis 138

¹⁷³ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 238

Landsretten anførte, at beføjelsen til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, herunder retsmisbrug, henhører under EU-Domstolen. EU-Domstolen bemærkede i besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål, at det generelle EU-retlige princip, hvorefter borgere ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skulle fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole skulle nægte en skatteydere fritagelse for kildeskat af udbytte, hvis der forelå svig eller misbrug, også selvom der i nationale bestemmelser ikke fandtes denne mulighed.¹⁷⁴

I forlængelse heraf anførte Landsretten, at ordlyden i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, der henviste til moder-/datterselskabsdirektivet om skattefritagelse, var i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning. Landsretten fandt ligeledes, at forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk. 2, litra c ikke kunne forstås på en sådan måde, at der også var hjemlet skattefritagelse i de tilfælde, hvor der forelå retsmisbrug.¹⁷⁵

Landsretten konkluderede derfor, at EU-Domstolens fortolkning af moder-/datterselskabsdirektivet ikke var i strid med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10, stk. 2.

Landsretten indledte sin begrundelse med en analyse af begrebet retmæssig ejer i den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst artikel 10, stk. 2 og konstaterede ud fra kommentarerne hertil, at der ikke var grundlag for at statuere, at forståelsen af begrebet retmæssig ejer skulle være i strid med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Landsretten anførte i forbindelse hermed, at hverken ordlyden eller forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c kunne medføre en anden fortolkning. Landsretten anførte herudover, at det forhold, at begreberne retmæssig ejer og rette indkomstmodtager ikke anvendes stringent i forarbejderne ville ligeledes ikke føre til et andet resultat.¹⁷⁶

Landsretten foretog på baggrund heraf en vurdering af de konkrete udbytteudlodningerne på henholdsvis 565.896.000 kr. og 92.012.000 kr.

Udbytteudlodning på 565.896.000 kr.

NetApp Denmark vedtog i 2005 at udlodde et udbytte på 565.896.000 kr. til NetApp Cypern. NetApp Cypern videreudloddede udbyttet til sit moderselskab, Network Bermuda, som herefter valgte at videreudlodde en betydelig del af beløbet til sit moderselskab, Network USA, jf. nærmere beskrevet i afsnit 5.4.3.3.2.

Landsretten fandt, ud fra en samlet vurdering af NetApp Cyperns forhold, herunder selskabets stiftelse, selskabets aktiviteter og økonomiske forhold, at NetApp Cypern ikke kunne opnå skattefritagelse for udbyttet på 565.896.000 kr. efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landsretten begrundede det med, at NetApp Cypern ikke kunne anses som retmæssig ejer af udbyttet, idet de ingen reel råderet havde over udbyttet fra NetApp Danmark.¹⁷⁷

Landsretten fandt endvidere, ud fra de nævnte forhold, at NetApp Cypern ikke kunne opnå skattefritagelse for udbyttet på 565.896.000 kr. efter moder-/datterselskabsdirektivet. Dette skyldtes, at NetApp Cypern skulle anses for at være et gennemstrømningselskab uden nogen

¹⁷⁴ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 239

¹⁷⁵ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 240

¹⁷⁶ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 240-243

¹⁷⁷ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 244

økonomisk begrundelse, og der var således tale om et kunstigt arrangement, hvis formål var at opnå skattefritagelse efter direktivet.¹⁷⁸

Landsretten anførte dog, at den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst skulle tages i betragtning ved vurderingen af, om der forelå retsmisbrug efter moder-/datterselskabsdirektivet, idet Danmark havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med USA. Ifølge den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst kunne der ske nedsættelse af skatten, såfremt den retmæssige ejer af udbyttet var hjemmehørende i et andet land end det land, hvor mellemlidende var hjemmehørende og det land, hvor den retmæssige ejer var hjemmehørende. Dette indebar, at der i omhandlende situation ikke kunne siges at foreligge et retsmisbrug, idet udbyttet kunne være udloddet skattefrit af det danske datterselskab direkte til den retmæssige ejer i USA.¹⁷⁹

Landsretten fandt, at eftersom det ville have været muligt at udlodde udbyttet direkte fra NetApp Denmark til Network USA, uden at dette ville have udløst dansk kildeskat, og det samtidig fandtes at være godtgjort, at udlodningen skete som led i en allerede planlagt udbyttehjemtagning til koncernens amerikanske moderselskab, forelå der hverken retsmisbrug af den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller af moder-/datterselskabsdirektivet.¹⁸⁰

Landsretten konkluderede derfor, at NetApp Cypern var skattefritaget af udbyttet på 565.896.000 kr. efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Udbytteudlodning på 92.012.000 kr.

NetApp Denmark vedtog i 2005/06 at udlodde et udbytte på 92.012.000 kr. til NetApp Cypern. NetApp Cypern modtog dog først udbyttet i 2010, hvorefter de videreudloddede udbyttet til sit moderselskab, Network Bermuda, jf. nærmere beskrevet i afsnit 5.4.3.3.2.

Landsretten fandt, ud fra vurderingen af den tidsmæssige sammenhæng mellem udbetalingen fra NetApp Denmark til NetApp Cypern og overførelsen til Network Bermuda, sammenholdt med oplysningerne om NetApp Cyperns aktiviteter, at NetApp Cypern ikke kunne opnå skattefritagelse for udbyttet på 92.012.000 kr. efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet. Landsretten anførte, at NetApp Cypern ikke kunne opnå skattefritagelse efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten, idet NetApp Cypern ikke kunne anses for at være retmæssig ejer af udbyttet, mens NetApp Cypern ikke kunne opnå skattefritagelse efter moder-/datterselskabsdirektivet, idet NetApp Cypern måtte anses for et gennemstrømningsselskab, hvis eneste formål var at opnå skattefritagelse.¹⁸¹

Landsretten anførte endvidere, at det ikke var godtgjort, at udbyttet på 92.012.000 kr. indgik i udlodningen på 550 mio. USD fra Network Bermuda til Network USA, hvorfor den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke kunne finde anvendelse. Landsretten lagde herved vægt på, at årsrapporten fra NetApp Denmark, hvoraf udlodningen fremgik, først blev godkendt i oktober 2006, samt at beløbet først blev betalt til NetApp Cypern i 2010, som derefter videreudloddede udbyttet til Network Bermuda. Landsretten lagde endvidere vægt på, at der ikke var fremlagt årsrapporter eller lignende for Network Bermuda i tiden efter april 2006.¹⁸²

¹⁷⁸ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 244

¹⁷⁹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side.244-245

¹⁸⁰ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 245

¹⁸¹ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 247

¹⁸² Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 247

Landsretten konkluderede derfor, at NetApp Cypern var skattepligtig af udbyttet på 92.012.000 kr. efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

5.4.3.3.4.2 Skatteministeriet mod TDC A/S

Retssagen drejede sig om, hvorvidt beskatningen af det påtænkte udbytte fra TDC til NTC var skattefrit efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. eller selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., jf. nærmere beskrevet i afsnit 5.4.3.3.3.

Ad spørgsmål 1:

Landsretten bemærkede indledningsvist, at parterne var enige om, at NTC er omfattet af gruppen af selskabsformer på listen i bilag I til moder-/datterselskabsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a, og at NTC skulle anses for en skattemæssig transparent enhed i henhold til dansk ret.¹⁸³

Landsretten fandt, at skattefrihed efter selskabsskattelovens dagældende § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. forudsat, at betingelsen i bestemmelsens pkt. 3 om, at beskatningen af udbytte fra datterselskabet skulle frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, ligeledes var opfyldt. Landsretten begrundede det med, at selskabsskattelovens forarbejder foreskrev, at baggrunden for indsættelsen af 5. pkt. havde været at udvide kredsen af selskaber omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, således at selskaber, der efter dansk skatteret skulle anses for transparente enheder, blev omfattet. Det fremgik således ikke af forarbejderne, at ændringen på nogen måde havde til formål at gennemføre en lempelse af beskatningen af udbytte til selskabsdeltagere i transparente, udenlandske moderselskaber, der gik videre end skattefritagelsen for andre udenlandske moderselskaber.¹⁸⁴

Landsretten fandt endvidere, ud fra en vurdering af de sparsomme oplysninger, samt den manglende dokumentation for de økonomiske og forretningsmæssige forhold i NTC-koncernen, at det måtte lægges til grund, at udbyttet fra TDC til NTC var videreudloddet til kapitalfondene og eventuelt til de bagvedliggende investorer, og at NTC ikke havde haft en selvstændig dispositionsret over udbyttet.¹⁸⁵

Landsretten konkluderede derfor, at TDC ikke kunne opnå skattefritagelse efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorfor udbyttet udloddet fra TDC til NTC var skattepligtigt, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. 5. pkt., jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. 3. pkt.

Ad spørgsmål 2:

Landsretten anførte med henvisning til besvarelsen af spørgsmål 1, at der ikke var baggrund for at fastslå at udlodningen opfyldte betingelserne for skattefrihed efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt.

Landsretten konkluderede derfor, at udbyttet udloddet fra TDC til NTC var skattepligtigt, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt.

Af Landsrettens dom kan det udledes, at selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c ikke hjemler skattefritagelse, såfremt der foreligger retsmisbrug efter moder-/datterselskabsdirektivet eller

¹⁸³ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 251

¹⁸⁴ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 252-253

¹⁸⁵ Østre Landsrets dom af 3. maj 2021, side 254-255

en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Ved vurderingen af, om der foreligger retsmisbrug ligger Landsretten afgørende vægt på, hvorvidt gennemstrømningsselskabet har haft en reel råderet over det modtagne udbytte, før der sker en videreudlodning, og herved kan anses som retmæssig ejer. Den omstændighed, at der anvendes et gennemstrømningsselskab, indebærer desuden ikke retsmisbrug, såfremt det er muligt at opnå skattefrihed efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvori den retmæssige ejer er hjemmehørende, og det på forhånd er godtgjort, at udlodningen skal ende hos den retmæssige ejer.

Landsrettens dom synes at være i overensstemmelse med Østre Landsrets resultat i SKM2012.121.ØLR. Den nye afgørelse fra Østre Landsret bidrager dog yderligere til fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivets bestemmelser om retsmisbrug, hvilket Østre Landsret ikke tog stilling til i SKM2012.121.ØLR. Der er således grund til at tro, at denne afgørelse vil danne præcedens.

5.4.3.3.5 Sammenfatning af dansk praksis

Af ovenstående analyse af begrebet retmæssig ejer kan det udledes, at der i dansk ret ikke findes en generel definition af begrebet. Selvom der ikke kan udledes en generel definition, kan der af Landskatterettens kendelser og Landsrettens domme alligevel udledes en række tendenser, der bidrager til fortolkningen af begrebet.

Af den gennemgåede administrative praksis og domspraksis, kan det først og fremmest udledes, at begrebet retmæssig ejer skal tillægges en autonom fortolkning, samt at begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, samt at senere kommentarer til OECD's modeloverenskomst kan anvendes som fortolkningsbidrag til at ændre en dobbeltbeskatningsoverenskomst, idet ændringerne blot er præciseringer.

Herudover kan det udledes, at begrebet retmæssig ejer ikke er sammenfaldende med det i dansk praksis udviklet rette indkomstmodtager begreb. Et mellemliggende selskab, der anses for at være et gennemstrømningsselskab, vil som udgangspunkt blive anset som rette indkomstmodtager af udbyttet, når selskabet er den aktuelle aktionær af aktierne, der giver anledning til udbetaling af udbytte. Ved retmæssig ejer er det modsætningsvist det selskab, der har det reelle ejerskab, der er afgørende, og det bemærkes, at et selskab ikke kan anses som retmæssig ejer, hvis selskabets beføjelser er så snævre, at det i realiteten er en nullitet eller administrator. Der er dog ikke i sagerne taget stilling til, hvad der skal til for at opfylde kravet om selskabets snævre beføjelser, hvorfor der kan argumenteres for, at der ikke findes nogle generelle retningslinjer herfor. I praksis nævnes eksempler såsom, hvorvidt mellemliggende selskaber har haft ansatte, kontor eller anden aktivitet end at eje anparterne/aktierne i de underliggende selskaber. Disse punkter synes dog ikke alene at tillægges afgørende betydning for opfyldelsen.

Endvidere bemærkes det, at det mellemliggende selskab ikke kan anses for retmæssig ejer i de tilfælde, hvor der sker en videreudlodning til de bagvedliggende ejere, og de bagvedliggende ejere udøver en kontrol med selskabet, som ligger ud over den planlægning og styring, der sædvanligvis forekommer i internationale koncerner, herunder at de bagvedliggende ejere på forhånd har disponeret over det udloddede udbytte. Hvis udbyttet videreudloddet til selskaber i et tredjeland, med hvem det udbytteudloddende selskab ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan udbyttedtageren ligeledes ikke anses for at være retmæssig ejer. Det gælder modsat, at udbyttedtageren kan anses for at være retmæssig ejer, hvis udbyttet videreudloddet til selskaber i et tredjeland, med hvem det udbytteudloddende selskab har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Moder-/datterselskabsdirektivet indeholder ikke et tilsvarende krav om retmæssig ejer, som i OECD's modeloverenskomst, men henser i stedet til, hvorvidt der foreligger retsmisbrug af direktivets fordele. I forbindelse hermed, anfører EU-Domstolen en række holdepunkter for, hvornår der foreligger retsmisbrug, herunder hurtig videreudlodning, ubetydelig skattepligtig indkomst, kontrakter mellem involverede parter og manglende beføjelser. Hvis der i henhold til vurderingen findes, at der foreligger misbrug, er der en stærk formodning for, at udbytte-modtageren ligeledes ikke kan anses for at være retmæssig ejer.

5.4.3.4 Beneficial owner i aktielån

Aktielån uden videresalg til tredjemand

Långiver vil, uanset udlånet af aktierne til låntager, fortsat skattemæssigt være beneficial owner af aktierne og dermed også af udbyttet, som udloddes i udlånsperioden. Dette skal ses i sammenhæng med, at långiver efter udlånet fortsat er den aktuelle aktionær af de udlånte aktier, idet aktierne ikke anses for at være afstået af långiver, jf. afsnit 4.1.¹⁸⁶

Långivers status som beneficial owner kan ligeledes begrundes i ovenstående analyse af begrebet beneficial owner. Långiver har som udgangspunkt råderetten over udbyttet, som udloddes i udlånsperioden, idet vedkommende har retten til at modtage udbyttet i form af en udbyttekompensation i henhold til aktielånsaftalen. Det er således uden betydning, at låntager har det formelle ejerskab, herunder ejerrettighederne og de dertilhørende beføjelser over de udlånte aktier, idet långiver fortsat anses for at have det reelle ejerskab.

Aktielån med videresalg til tredjemand

Ved låntagers videresalg til tredjemand, vil långivers status som beneficial owner ophøre, og tredjemand vil blive beneficial owner af aktierne og udbyttet. Dette skal ses i sammenhæng med, at der kun kan være én, som ejer aktierne. Långiver vil således ikke længere være den aktuelle aktionær af de specifikke udlånte aktier.¹⁸⁷

Tredjemands status som beneficial owner kan ligeledes begrundes i ovenstående analyse af begrebet beneficial owner. Tredjemand vil have det reelle ejerskab over aktierne og udbyttet, idet vedkommende har erhvervet den fuldstændige ejendomsret over de specifikke udlånte aktier og de dertilhørende beføjelser.

6. Den økonomiske fordel ved udbytterefusion

Udbyttebeskatning er typisk begrundet i hensynet om at beskytte et lands indkomstgrundlag, og derved sikre indtægter fra landets selskaber, som ellers vil ende i udlandet som følge af udenlandske aktionærer.¹⁸⁸ Behovet for at beskytte Danmarks indkomstgrundlag opstår i de tilfælde, hvor udenlandske aktionærer har indtægter fra Danmark, og de kan opnå nedsættelse eller frafald af beskatningen efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet. Hvis et selskab i udlandet foretager investeringer i danske aktier, vil det ofte være med det formål at modtage et udbytte fra aktierne. For at beskytte Danmarks indkomstgrundlag, er det således nødvendigt at afklare, hvilket selskab der skal beskattes af dette udbytte.

¹⁸⁶ Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 6

¹⁸⁷ Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån, side 7

¹⁸⁸ McKenzie, J. Kenneth: An Analysis of The Economic Effects of Withholding Taxes on Cross-Border, side 3

Såfremt et selskab ikke opfylder betingelserne for at anvende reglerne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet, skal der ske beskatning efter de almindelige danske udbytteregler, jf. nærmere beskrevet i afsnit 4.2.1.

Det kan have en stor økonomisk betydning for selskaber at kunne anvende en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet, da der herefter skal ske nedsættelse eller frafald af udbytteskatten. Dette kan således resultere i en betydelig økonomisk fordel for en aktionær. Aktionæren har dog først opnået den endelige fordel af nedsættelsen eller frafaldet, når denne opfylder betingelserne for og har ansøgt om refusion i kildelandet for forskellen mellem den indeholdte udbytteskat og den egentlige skatteprocent, som er fastsat i dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller moder-/datterselskabsdirektivet. Refusionsprocessen er derfor afgørende, da der ellers er risiko for, at udbyttet bliver beskattet i både kildelandet og domicil landet, og derved bliver dobbeltbeskattet.

Den økonomiske gevinst ved at være beneficial owner og opnå nedsættelse eller frafald af udbyttebeskatningen efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet vil tydeliggøres ved nedenstående eksempel.

Det antages, at et dansk selskab, X, har vedtaget en beslutning om at udlodde et udbytte på 100 mio. kr. til selskabets aktionærer. Af det samlede udbytte på 100 mio. kr. skal der indeholdes en dansk udbytteskat på 27 pct.

| | Udbytte | Beskatningsprocent | Beskatning | Udbytte efter skat |
|--------------------------|-----------------|--------------------|----------------|--------------------|
| Dansk udbytteskat | 100.000.000 kr. | 27 pct. | 27.000.000 kr. | 73.000.000 kr. |

Eksempel 1: Indeholdelse af dansk udbytteskat

Selskabet skal således indeholde en udbytteskat på 27 mio. kr., hvilket efterlader et samlet udbytte på 73 mio. kr. til selskabets aktionærer, som skal fordeles i henhold til deres ejerandel. Selskabets aktionærer kan, såfremt de opfylder betingelserne for anvendelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet, opnå skattefritagelse eller skatenedsættelse af udbyttet.

Aktionær A

Aktionær A ejer 20 pct. af kapitalen i selskab, X, og er hjemmehørende i USA. Det følger af artikel 10, stk. 2 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA, at udbytte, der udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat (Danmark), til en person, der er hjemmehørende i en anden kontraherende stat (USA), kun skal beskattes i den førstnævnte stat (Danmark) med 15 pct. af udbyttet, såfremt aktionæren ejer mindre end 25 pct. af kapitalen i det udbytteudloddende selskab, og aktionæren desuden er udbyttets retmæssige ejer.

Eftersom A ejer 20 pct. af kapitalen i X og desuden skal anses for retmæssig ejer, skal der ske en nedsættelse af beskatningen til 15 pct. Fordelen af denne nedsættelse er illustreret ved nedenstående eksempel:

| | Udbytte | Beskatningsprocent | Beskatning | Udbytte efter skat |
|---------------------------|----------------|--------------------|---------------|--------------------|
| Dansk udbytte-skat | 20.000.000 kr. | 27 pct. | 5.400.000 kr. | 14.600.000 kr. |
| DBO udbytte-skat | 20.000.000 kr. | 15 pct. | 3.000.000 kr. | 17.000.000 kr. |

Eksempel 2: Nedsættelse af udbytteskat til 15 pct. efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Aktionær A opnår dermed en forskel på 2,4 mio. kr. (17 mio. kr. – 14,6 mio. kr.), hvis beskatningen nedsættes til 15 pct. efter en dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorfor A vil opnå en betydelig fordel, såfremt denne har et ”mindre” ejerskab af aktierne i selskabet, og opnår status som retmæssig ejer. Aktionær A har således muligheden for at søge udbytterefusion for 2,4 mio. kr.

Aktionær B

Aktionær B ejer 30 pct. af kapitalen i selskab, X og er hjemmehørende i Luxembourg. Det følger af artikel 10, stk. 2 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, at udbytte, der udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat (Danmark), til en person, der er hjemmehørende i en anden kontraherende stat (Luxembourg), kun skal beskattes i den førstnævnte stat (Danmark) med 5 pct. af udbyttet, såfremt aktionæren ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det udbytteudloddende selskab, og aktionæren desuden er udbyttets retmæssige ejer.

Eftersom B ejer 30 pct. af kapitalen i X og desuden skal anses som retmæssig ejer, skal der ske en nedsættelse af beskatningen til 5 pct. Fordelen af denne nedsættelse er illustreret ved nedenstående eksempel:

| | Udbytte | Beskatningsprocent | Beskatning | Udbytte efter skat |
|---------------------------|----------------|--------------------|---------------|--------------------|
| Dansk udbytte-skat | 30.000.000 kr. | 27 pct. | 8.100.000 kr. | 21.900.000 kr. |
| DBO udbytte-skat | 30.000.000 kr. | 5 pct. | 1.500.000 kr. | 28.500.000 kr. |

Eksempel 3: Nedsættelse af udbytteskat til 5 pct. efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Aktionær B opnår dermed en forskel på 6,6 mio. kr. (28,5 mio. kr. – 21,9 mio. kr.), hvis beskatningen nedsættes til 5 pct. efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorfor B vil opnå en betydelig fordel såfremt denne har et ”større” ejerskab af aktierne

i selskabet, og opnår status som retmæssig ejer. Aktionær B har således muligheden for at søge udbytterefusion for 6,6 mio. kr.

Aktionær C

Aktionær C ejer 50 pct. af kapitalen i selskab, X og er hjemmehørende i Cypern. Eftersom C ejer 50 pct. af kapitalen i det udbytteudloddende selskab, X, og begge selskaber er hjemmehørende i en EU-medlemsstat, og de desuden opfylder de øvrige betingelser for anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivet skal beskatningen begrænses til 0 pct., jf. nærmere beskrevet afsnit 5.3.2. Fordelen ved frafaldet af beskatningen er illustreret ved nedenstående eksempel:

| | Udbytte | Beskatningsprocent | Beskatning | Udbytte efter skat |
|--------------------|----------------|--------------------|----------------|--------------------|
| Dansk udbytte-skat | 50.000.000 kr. | 27 pct. | 13.500.000 kr. | 36.500.000 kr. |
| M/D udbytte-skat | 50.000.000 kr. | 0 pct. | 0 kr. | 50.000.000 kr. |

Eksempel 4: Nedsættelse af udbytteskat til 0 pct. efter moder-/datterselskabsdirektivet.

Aktionær C opnår dermed en forskel på 13,5 mio. kr. (50 mio. kr. – 36,5 mio. kr.), hvis beskatningen nedsættes til 0 pct. efter moder-/datterselskabsdirektivet. Frafaldet af beskatningen medfører således, at C ikke skal beskattes af udbyttet, og derved opnår C en betydelig skattefordel af sin status som moderselskaber for det udbytteudloddende selskab. Aktionær C har således muligheden for at søge udbytterefusion for 13,5 mio. kr.

Ud fra ovenstående beregninger for de forskellige muligheder for frafald eller nedsættelse, kan det konkluderes, at det i langt de fleste tilfælde, medmindre dobbeltbeskatningsoverenskomsten hjemler skattefrihed, vil være mere fordelagtigt at blive beskattet efter moder-/datterselskabsdirektivet fremfor dobbeltbeskatningsoverenskomsten, da direktivet medfører skattefrihed.

Den økonomiske fordel ved frafald eller nedsættelse af udbyttebeskatning efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet kan, som det er illustreret ved gennemgangen af de omtalte kendelser og domme i afsnit 5.4.3.2, have den uønskede effekt, at selskaber indsætter mellemliggende selskaber i en koncernstruktur med henblik på at udnytte de fordelagtige regler i en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet.

7. Konklusion

Det kan sammenfattes, at man har retten til at modtage en udbytterefusion i forbindelse med et aktielån, når man opfylder betingelserne i kildeskattelovens § 69 B. Det vedrører betingelserne om, at man skal være begrænset skattepligtig til Danmark, der skal være modtaget et udbytte, der skal være indeholdt kildeskat af det udbytte, som der søges refusion for, samt den indeholdt kildeskat skal overstige den endelige skat i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet.

Det er som udgangspunkt udenlandske personer, selskaber og foreninger, som er begrænset skattepligtige af udbytte, omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2, fra danske selskaber. Udenlandske personer, selskaber og foreninger kan fritages for denne begrænsede skattepligt, hvis beskattningen af udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor udbyttemodtageren er hjemmehørende. Ligeledes kan udenlandske selskaber og foreninger, som har datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, fritages for den begrænsede skattepligt, når udbyttebeskatningen skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet.

Den begrænsede skattepligtige skal have modtaget et udbytte, omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2, hvori der er indeholdt en udbytteskat i henhold til kildeskattelovens § 65, fra det udbytteudloddede selskab. Det udbytteudloddende selskab skal have indeholdt en udbytteskat på 27 pct. af det samlede udbytte i forbindelse med vedtagelsen om udbetalingen af udbytter fra aktierne.

Den indeholdt udbytteskat på 27 pct. skal overstige den endelige skat i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet. Den begrænsede skattepligtige skal således opfylde betingelserne for anvendelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet, herunder bl.a. kravet om at udbyttemodtageren skal være beneficial owner, og der ikke må foreligge misbrug.

Den begrænsede skattepligtige er således kun berettiget til udbyttefusion, hvis vedkommende i henhold til den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst anses for at være beneficial owner af udbyttet. Dette krav indeholder moder-/datterselskabsdirektivet ikke direkte, men misbrugsvurderingen indeholder elementer, som stemmer overens med de elementer, der anvendes ved fastlæggelse af, hvem der er beneficial owner.

Begrebet beneficial owner er ikke sidestillet med begrebet rette indkomstmottager i dansk skatteret. Dette er særlig relevant i forhold til udgangspunktet om, at udbyttet skal allokere til det skattesubjekt, der har det civile ejerskab til aktierne. I forbindelse med aktielån vil udbyttet skulle allokere til långiver, idet långiver efter udlånet fortsat anses for at være den aktuelle aktionær af de udlånte aktier. Långivers status som aktuel aktionær skyldes, at aktierne i skatteretlig henseende ikke anses for at være afstået af långiver. Långiver er dog kun rette indkomstmottager af aktierne og udbyttet fra aktierne indtil det tidspunkt, hvor låntager videresælger aktierne til tredjemand. Herefter er det tredjemand, som er rette indkomstmottager af de specifikke udlånte aktier og udbyttet herfra.

Begrebet beneficial owner skal i henhold til dansk administrativ praksis og domspraksis fortolkes i overensstemmelse med kommentarerne til OECD's modeloverenskomst. Ved fastlæggelsen af, hvem der er beneficial owner, skal der lægges vægt på det reelle ejerskab fremfor det juridiske ejerskab, og at selskabets beføjelser i henhold til indkomsten ikke er så snævre, at det i realiteten har karakter af en nullitet eller administrator. I forbindelse med aktielån vil långiver være beneficial owner af aktierne og udbytter herfra, selvom det er låntager, som er registreret i værdipapircentralen. Dette skyldes, at långiver fortsat er den aktuelle aktionær af de udlånte aktier, samt at långiver anses for at have råderetten over et udbytte, som udloddes i udlånsperioden, idet vedkommende har retten til at modtage et udbytte i form af en udbyttekompensation i henhold til aktielånsaftalen. Långivers status som beneficial owner af de udlånte aktier ophører dog, når låntager videresælger aktierne til tredjemand. Det er herefter tredjemand, som er beneficial owner af de specifikke udlånte aktier og udbyttet herfra. Långivers

eller tredjemands status som beneficial owner medfører således, at vedkommende er berettiget til at modtage en udbytterefusion, såfremt de øvrige betingelser er opfyldt.

Den økonomiske status som beneficial owner viser, hvorfor det er væsentligt at have klare regler for, hvornår man er beneficial owner i henhold til dansk ret. Ved at have et tydeligt defineret begreb og en fast praksis, kan skattemyndighederne sikre, at det er de korrekte personer og selskaber, som bliver beskattet, og som modtager en udbytterefusion.

Litteraturliste

Artikler

Joo, Katja Dyppel: *Beskatning af aktielån og REPO'er*. SR.2013.0053 (2013)

<https://corit-advisory.com/wp-content/uploads/2011/12/Beskatning-af-aktiel%C3%A5n-og-repoer-Katja-Joo-Dyppel-SR-SKAT-March-2013..pdf>

Laursen, Anders Nørgaard: *Kommentarer til udvalgte afgørelser – SKM2016.281.HR – rette indkomstmodtager og udbytte*. RR.SM.2016.0101 (2016)

<https://corit-advisory.com/wp-content/uploads/2011/12/Kommenterede-udvalgte-afg%C3%B8relser-SKM2016.281.HR-Rette-indkomstmodtager-og-udbytte.pdf>

McKenzie, J. Kenneth: *An Analysis of The Economic Effects of Withholding Taxes on Cross-Border*. Department of Economics, University of Calgary, Alberta (2008)

http://publications.gc.ca/collections/collection_2010/fin/F34-3-11-2009-eng.pdf

Weber, Katja Dyppel: *Tax Treaty Treatment of Dividend Related Payments under Share Loan Agreement*. World Tax Journal (2014)

<http://corit-academic.org/wp-content/uploads/2011/12/Tax-Treaty-Treatment-of-Dividend-Related-Payments-under-Share-Loan-Agreements-Katja-Dyppel-Weber-23-June-2014.pdf>

Bøger

Banner-Voigt, Erik og Preben Underbjerg Poulsen: *Aktieavancebeskatning*. 3. udg. Karnov Group (2013)

Bundgaard, Jakob: *Skatteret & civilret – et bidrag om skatte- og civilrettens interdisciplinære relationer til videreudvikling af skatterettens almindelige*. 1. udg. Karnov Group (2006)

Dybbel, Katja Joo: *Beskatning af Finansielle kontrakter*. 1. udg. Jurist – og Økonomforbundets forlag (2012)

Faulkner, Mark C.: *An Introduction to Securities Lending*. 1. udg. Spitalfields Advisors Limited, (2006)

Michelsen, Aage, Anja Dalgas Svendgaard, og Anders Nørgaard Laursen: *International skatteret*. 4. udg. Karnov Group (2017)

Michelsen, Aage, Jane Bolander, Liselotte Madsen, Anders Nørgaard Laursen og Inge Langhave: *Lærebog om indkomstskat*. 18. udg. Djøf (2019)

Mortensen, Peter: *Indledning til Tingsretten*. 2. udg. Thomas Reuters Professional A/S (2009)

Kerzel, Malene, Jane Ferniss og Jan Pedersen.: *Skatteretten 2*. 8. udg. Karnov Group (2019)

Ramskov, Bent: *Intern selskabsomstrukturering*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag (2001)

Tvarnø Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder og retsteorier*. 5. reviderede udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag (2017)

Willebois, Emile van der Does de, Emily H. Halter, Robert A. Harrison, Ji Won Park og J.C Sharman.: *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. The World Bank (2011)

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2363/9780821388945.pdf?sequence=6>

Tidsskrifter:

Booker, Thomas: *Beneficial owner*. SU 2011, 415 (2011)

Bundgaard, Jakob: *Deltagelse i kapitalselskaber - aktionærbegrebet i selskabsretlig og skatteretlig belysning*. SPO.2006.17 (2006)

Bundgaard, Jakob og Niels Winther-Sørensen: *Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del*. SR.2007.0395 (2007)

Wittendorff, Jens: *Rette indkomstmodtager af udbytte – i lyset af Tfs 2015, 574*. Tfs 2015, 572 (2015)

Administrativ Praksis

Tfs 1998, 357 LR

Tfs 1999, 408 LR

Tfs 2001, 146 LR

Tfs 2002, 755 LR

Tfs 2008, 704 LR

Tfs 2008, 517 SR

Tfs 2008, 600 SR

Tfs 2009, 283 SR

Tfs 2009, 982 SR

Tfs 2010, 545 SR

Tfs 2011, 886 SR

SKM2020. 372.SR

TfS 2004, 152 LSR

SKM2010.268.LSR

SKM2012.26.LSR

SKM2009.105.SKAT

TfS 2011, 877 SKAT

SKM2012.100.SKAT

Retspraksis

SKM2012. 121.ØLR

Udskrift af Østre Landsrets Dombog (Afsagt den 3. maj af Østre Landsrets 13. afdeling)

<https://domstol.dk/media/1qnfn3xc/dombog-b198012-og-b217312.pdf>

SKM2003.482 HR

SKM2006.749 HR

SKM2016.281.HR

SKM2020.179.HR

EU-retlige afgørelser

Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-116/16 og C-117/16

Dom af 26. februar 2019 – Forenede sager, C-115/16, C-118/16, C-119/16 og 299/16

Internationale afgørelser

Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank NA (EWCA Civ 158)

Prévost Car Inc. v Her Majesty the Queen (2008 TCC 231)

Her Majesty the Queen v Prévost Car Inc (2009 FCA 57)

Danske love

Lovbekendtgørelse 2021-01-29 nr. 172 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (Aktieavancebeskatningsloven)

Lovbekendtgørelse 2019-07-23 nr. 763 om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven)

Lovbekendtgørelse 2021-02-22 nr. 251 Selskabsskatteloven (Selskabsskatteloven)

Lov 1922-04-10 nr. 149 om indkomstskat til staten (Statsskatteloven)

Lovbekendtgørelse 2019-08-08 nr. 806 om påligningen af indkomstskat til staten (Ligningsloven)

Lovbekendtgørelse 2020-11-27 nr. 1767 om kapitalmarkeder (Kapitalmarkedsloven)

Lovbekendtgørelse 2021-04-23 nr. 743 om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver m.v. (Fusionskatteloven)

Lovbekendtgørelse 2016-01-29 nr. 117 Kildeskatteloven (Kildeskatteloven)

Direktiver

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

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

Forordninger

Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps (SSR-Forordningen)

OECD

Modeloverenskomst til overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter (OECD modeloverenskomst med kommentarer 2017)

Modeloverenskomst til overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter (OECD modeloverenskomst med kommentarer 1977)

Organization for economic co-operation and development (OECD): *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital* (1977)

Vejledninger

Finansrådet og Børsmæglerforeningen: *Ny dansk aktielåneordning*. Journal nr.: 613/03, Dok. Nr.: 28871 (2001) - Bilag 1

Finansrådets og Børsmæglerforeningen: *Finansrådets og Børsmæglerforeningens standardvilkår for lån af aktier*. Journal nr.: 613/03, Dok. Nr.: 48504 (2002)

<https://finansdanmark.dk/media/17122/standardvilka-r-for-la-n-af-aktier.pdf>

ISLA: *Global Mater Securities Lending Agreement* (2010)

https://www.islaemea.org/wp-content/uploads/2019/03/GMSLA_2010_amendments_July_2012-1.pdf

Den juridiske vejledning 2021-1

<https://skat.dk/SKAT.aspx?oid=124>

Rapporter

Skatteministeriet: *Rapport om administration af udbyttebeskatning* (2017)

<https://www.ft.dk/samling/20161/almdel/SAU/bilag/227/1772839.pdf>

Notater og kommentarer

Finanstilsynet: *Short selling i Danmark* (2018)

<https://www.finanstilsynet.dk/Lovgivning/Information-om-udvalgte-tilsynsomraader/Short-selling/Shortselling-i-Danmark>

Folketinget rigsrevisionen: *SKATS forvaltning af og skatteministeriets tilsyn med refusion af udbytteskat*. RN 1407/20 (2020)

<https://rigsrevisionen.dk/Media/2/9/1407-20.pdf>

Jyske Bank: *Hvad er en valutaterminskontrakt* (2018)

<https://www.jyskebank.dk/wps/wcm/connect/jfo/80e956a2-3901-405b-be4a-3150c5882052/Terminer%2C+valuta.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mAGiKfA>

Skatteministeriet: *Skatteministeriet svar på early warning i forbindelse med aktielån*. J.nr.15-2051530 (2015)

<https://www.skm.dk/media/6325/skatteministeriets-besvarelse-til-skat-om-early-warning.pdf>

Skattestyrelsen: *Status: Bankordning og aktieudlån på udbytteområdet*. J. Nr. 18-1701498 (2018)

Unine Université de Neuchâtel: *2011 OECD Discussion draft on the meaning of beneficial owner* (2011)

<https://www.oecd.org/ctp/treaties/48415237.pdf>

Internetsider

SKAT: *Ansøgning om refusion af udbytteskat: Dokumentation af de fem betingelser*. Internet-adresse: <https://skat.dk/SKAT.aspx?oid=2244486> – Besøgt den 02.04.2021

Bilag

Bilag 1: Finansrådet og Børsmæglerforeningen: *Ny dansk aktielåneordning*. Journal nr.: 613/03, Dok. Nr.: 28871 (2001)

BØRSMÆGLERFORENINGEN – FINANSRÅDET – KØBENHAVNS FONDSBØRS

Til
direktionen
ledelsen i medlemsvirksomhederne

Ny dansk aktielåneordning

Vedlagt fremsendes "Standardvilkår for lån for aktier" (herefter Standardvilkårene) udarbejdet af Finansrådet og Børsmæglerforeningen i samarbejde med Københavns Fondsbørs. Standardvilkårene kan anvendes som aftalegrundlag for lån af aktier **med virkning fra den 11. juni 1999**, hvor en af Fondsbørsen etableret indberetningsordning træder i kraft. Standardvilkårene kan rekvireres på diskette ved henvendelse til Finansrådet eller Børsmæglerforeningen. Tilsvarende kan en engelsk oversættelse af Standardvilkårene rekvireres hos organisationerne.

Ligningsrådet har på organisationernes anmodning truffet afgørelse om den skattemæssige behandling af aktielån. Finanstilsynet har truffet beslutning om den regnskabsmæssige og solvensmæssige behandling mv. af aktielån. Endelig har Københavns Fondsbørs etableret en indberetningsordning og truffet beslutning om fortolkningen af flagningsreglerne i relation til aktielån.

Børsmæglerforeningen vil afholde et medlemsmøde om den nye aktielåneordning **den 7. juni 1999 kl. 16.30**. Der vil senere blive indkaldt til mødet.

Nedenfor orienteres nærmere om Standardvilkårene.

Baggrund og formål

Organisationerne har igennem en længere periode arbejdet for at etablere en låneordning for aktier i Danmark. Det antages, at en velfungerende aktielåneordning vil kunne forbedre aktiemarkedets likviditet, fremme handel med aktier noteret på flere børser og øge mulighederne for en effektiv afvikling af værdipapirhandler.

Låneordninger for værdipapirer kendes fra mange andre lande, og Danmark har hidtil skilt sig ud internationalt ved ikke at have en låneordning for aktier.

I Sverige fungerer eksempelvis en aktielåneordning på grundlag af en standardaftale nogenlunde svarende til Standardvilkårene.

1. februar 2001

Ref.: Helle Soby Thygesen
Direkte tlf. 33 70 10 92
e-mail: hst@finansraadet.dk

Finansrådets Hus
Amaliegade 7
1256 København K
Tlf.: 33 70 10 00
Fax: 33 93 02 60
e-mail: f@finansraadet.dk
www.finansraadet.dk
CVR-nr.: 14 65 42 98

Journal nr.: 613/03
Dok. nr.: 28871

Værdipapirlåneordninger kan fungere på mange forskellige måder. Organisationerne har valgt ikke at etablere en særlig organisation eller en central modpart for aktielån. I stedet for har organisationerne udarbejdet Standardvilkårene, der indeholder en standardiseret låneaftale, som interesserede långivere og låntagere kan anvende. Det er organisationernes håb, at tilstedeværelsen af Standardvilkårene suppleret med myndighedsudtalelser mv. om den skattemæssige og regnskabsmæssige behandling af aktielån kan tilvejebringe det fornødne grundlag for et velfungerende marked for aktielån.

Standardvilkårene

Standardvilkårene er et tilbud til markedsdeltagerne. Interesserede långivere og låntagere kan vælge at anvende Standardvilkårene som grundlag for aktielån. Standardvilkårene gælder kun i det omfang, parterne har indgået aftale herom, og parterne er frit stillet til at fravige vilkårene ved særskilte aftaler. Sådanne særskilte aftaler har fortrinsret frem for Standardvilkårene (pkt. 1).

I det omfang parterne vælger ved særlig aftale at fravige Standardvilkårene, er det vigtigt at være opmærksom på, at de nedenfor anførte myndighedsafgørelser og fortolkninger mv. angår Standardvilkårene. Det vil være op til parterne i de enkelte låneforhold at bedømme, om eventuelle fravigelser fra Standardvilkårene medfører, at de nedenfor anførte afgørelser og fortolkninger mv. ikke finder anvendelse.

Standardvilkårene skal suppleres af en aftale, som angiver parterne i låneforholdet, typen af lånte aktier, mængden af lånte aktier, tidspunkter for levering og tilbagelevering, vederlag for lånet og sikkerhedsstillelse (pkt. 3).

Der er tale om "lån til eje" på samme måde, som når andre artsbestemte aktiver udlånes. Låntager registreres således som ejer af aktierne i Værdipapircentralen. Denne registrering er i øvrigt en nødvendig forudsætning for, at låntager kan afhænde de lånte aktier til en tredjemand (pkt. 4). Parterne skal foretage indberetning af aktielån i overensstemmelse med værdipapirhandelslovens bestemmelser herom (pkt. 5). Der henvises til afsnittene nedenfor om indberetning og "flagning".

Journal nr.: 613/03

Dok. nr.: 28871

Der aftales en fast løbetid på højst skes måneder. Derudover gælder dog korte opsigelsesfrister (pkt. 7).

Journal nr.: 613/03

Dok. nr.: 28871