

## 98

## Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership

Af Jakob Bundgaard, CORIT Advisory P/S ([www.corit-advisory.com](http://www.corit-advisory.com)), adjungeret professor, Aarhus Universitet

Artiklen redegør for den seneste udvikling i dansk praksis vedrørende beneficial ownership, herunder ved en omtale af Landsskatterettens seneste kendelser og den første dom fra Østre Landsret om spørgsmålet. Ligeledes vurderes de EU-retlige spørgsmål i lyset af en nylig Landsskatteretskendelse og endelig omtales forslaget til præcisering af begrebsindholdet fra OECD.

### 1. Baggrund

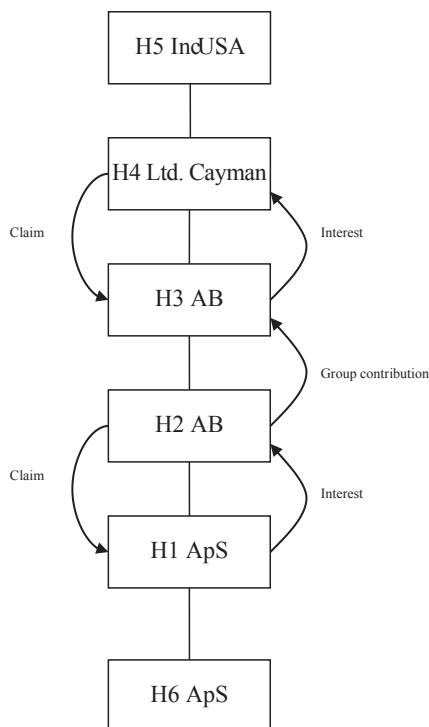
Der verserer et betydeligt antal danske sager vedrørende påstået manglende indeholdelse af dansk kildeskat på renter og udbytter. Det har udviklet sig til en føljeton at kommentere udviklingen i retspraksis vedrørende beneficial ownership nationalt og internationalt. Visse af sagerne har jeg således kommenteret løbende i dette tidsskrift og andre steder.<sup>1</sup> Efter de seneste bidrag er der sket visse fremskridt på området, og redaktionen har derfor fundet det relevant med en kommentar til den seneste udvikling.<sup>2</sup>

### 2. COOK-sagen – SKM2011.485LSR

Med SKM2011.485LSR (TfS 2011, 676) gav Landsskatteretten for anden gang Skat medhold i synspunktet om, at en umiddelbar modtager af rentebetalinger ikke kunne anses for at være beneficial owner.<sup>3</sup>

### 2.1 Faktum

Koncernstrukturen var som skitseret nedenfor:



Frem til en koncernintern omstrukturering var H6 ApS det ultimative danske moderselskab for den underliggende koncern. H6 ApS var direkte ejet af H4 Ltd. Cayman. Omstruktureringen medførte, at de to svenske selskaber og H1 ApS blev indskudt. Som i omstruktureringen opstod en fordring fra H4 Ltd. mod H3 AB og fra H2 AB mod H1 ApS. Disse gældsbreve var efter det oplyste indgået på fuldstændig identiske vilkår (med undtagelse af debitorangivelsen). Sagens

tvist var spørgsmålet om eventuel kildeskat på rentebetalinger fra H1 ApS til H2 AB.

## 2.2 Landsskatterettens kendelse

Efter en generel gennemgang af retsgrundlaget konstaterede Landsskatteretten endnu en gang, at begrebet retmæssig ejer (beneficial owner) må fortolkes autonomt ("*... i sammenhæng med den betydning, som begrebet tillægges i retskilder og praksis indenfor dobbeltbeskatningsområdet...*"). og at det ikke uden videre kan antages, at begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med det internretlige begreb "rette indkomstmodtager".

Herefter konstaterer Landsskatteretten, at den gennemførte omstrukturering og de hermed etablerede gældsforhold medførte, at H2 AB via de svenske regler om koncernbidrag overførte de modtagne renteindtægter til H3 AB, mens H3 AB førte beløbene videre til H4 Ltd. som renteudgifter. Landsskatteretten konstaterede herefter, at rentebetalingerne fra H1 ApS via de svenske skatteregler kom ubeskåret til H4 Ltd.

Den centrale præmis er den følgende:

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

På baggrund heraf udtalte Landsskatteretten uden videre, at H2 AB anses for et gennemstrømnings-selskab, med så få beføjelser over de modtagne beløb, at dette selskab, hverken i medfør af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller i relation til rente-/royaltydirektivet, kan anses for beneficial owner af de modtagne renter. Det udtales endvidere, at det ikke gør nogen forskel, at overførslerne mellem de svenske selskaber er sket i form af koncernbidrag og ikke som renter.

Sagen omhandlede endvidere spørgsmålet om

fortolkningen af en af de øvrige undtagelsesbestemmelser i SEL § 2, stk. 1, litra d. Dette spørgsmål skal ikke omtales yderligere her.

En af selskabets påstande var, at H4 Ltd. under ingen omstændigheder kunne anses for beneficial owner af renter på selskabets gæld til H2 AB, og at hvis der skulle ses igennem både H2 AB og H3 AB, at der tilsvarende skal ses igennem H4 Ltd., således at H5, USA, anses som retmæssig ejer af renterne med den følge, at renterne ikke er omfattet af den begrænsede skattepligt. Til dette særlige forhold udtalte Landsskatteretten, at renterne i første omgang var betalt til selskabet H2 AB, som var lovligt stiftet og indregistreret i Sverige og ligeledes skattepligtigt hertil. Af denne årsag var det efter Landsskatterettens vurdering dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Sverige (den nordiske overenskomst), der var afgørende og ikke dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA.

## 2.3 Vurdering

Efter det foreliggende offentliggjorte referat lader det umiddelbart til, at Landsskatteretten har gjort sig mindre umage med at tydeliggøre, hvilke præcise forhold der fører til, at råderetten over en given betalingsstrøm er så ubetydelig, at modtageren ikke kan anses for at være beneficial owner. Dog skal der lyde en vis ros for at bevæge retstilstanden definitivt væk fra de forhold, som SKAT har tillagt betydning om manglende substans i holdingselskaberne og friere overvejelser om kunstige arrangementer, som konkret er helt umulige at styre, hvis SKAT fik held til at anlægge sådanne betragtninger.

Baseret direkte på præmisserne synes følgende forhold at have spillet en rolle:

- At der var tale om forudgående transaktioner mellem interesseforbundne partner
- At der ikke kom nogen nettoindtægt til beskatning i Sverige, og at renterne således ubeskattet kunne kanaliseres til Cayman Islands.
- At ingen af de etablerede holdingselskab havde anden aktivitet end holdingaktivitet, og at der derfor ikke kunne forventes anden indkomst end indkomst, som typisk genereres fra holdingaktivitet.

- At der ikke blev tilført midler fra andre koncernselskaber til holdingselskaberne med henblik på at kunne servicere den opståede gæld.

Langt hen ad vejen minder sagen om SKM2011.57LSR (TfS 2011, 277) (HHU-sagen). Dog omtales ikke de forhold, der blev lagt til grund i HHU-sagen, vedrørende automatikken i viderebetalingen af renterne/koncernbidraget, vedrørende formålet med strukturen og spørgsmålet om hvilke driftsmæssige aktiviteter, ansatte, kontor eller administration der fandtes i Sverige.

Det altafgørende i SKM2011.485LSR synes efter præmisserne at være det forhold, at der ikke blev tilført koncernintern kapital til at finansiere omstruktureringerne og de dermed opståede gældsforhold. Argumentet synes uforståeligt, i hvert tilfælde som det er refereret, idet det vel er helt almindeligt forekommende, at gæld i holdingselskaber kan blive serviceret via de indtægter, som holdingfunktionen giver adgang til, herunder udbytte. Det synes bemærkelsesværdigt, at de konkrete omstændigheder vedrørende gældens opståen således er tillagt en afgørende betydning.

Et yderligere forhold, hvor kendelsen adskiller sig fra de hidtidige afgørelser, er, at det ultimative moderselskab i strukturen var beliggende i en overenskomststat (USA), og at dette forhold ikke blev tillagt betydning ved afgørelsen. Derimod fastslog Landsskatteretten, at fastlæggelse af rette indkomstmottager i henseende til at fastlægge et skattesubjekt til den begrænsede skattepligt indebærer en anden bedømmelse end spørgsmålet om beneficial ownership. Med andre ord kan rette indkomstmottager efter intern dansk ret meget vel være det umiddelbare udenlandske mellemholdingselskab, mens dette selskab efter omstændighederne kan blive underkendt, som værende beneficial owner efter den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst og rente-/royaltydirektivet. Intuitivt synes der hermed at være tale om en meget markant udvidelse af anvendelsesområdet for kriteriet om beneficial ownership, som jeg ikke føler mig overbevist om er i overensstemmelse med OECD's oprindelige forståelse af begrebet og det hensyn, der skal varetages ved anvendelsen heraf.

### **3. ISS-sagen – SKM2012.121Ø: Østre landsret opretholder det korrekte resultat, men skærper tonen overfor SKAT**

Den 20/12 2011 afsagde Østre landsret den første dom i en dansk sag om beneficial ownership (jr. nr. B-2152-10), jf. SKM2012.121Ø. Dommens resultat er en stadfæstelse af Landsskatterettens kendelse af 3/3 2012 (SKM2010.268LSR (TfS 2010, 502)), men indeholder en mærkbar skærpelse af tonen in forhold til SKATs argumentation.<sup>4</sup> Det skal allerede på dette sted udtales, at dommen ikke bringer fornøden afklaring af retstilstanden, idet sagens faktum er atypisk, og at sagen dermed har været en dårligt valgt prøvesag.

#### **3.1 Faktum**

Selvom Landsskatterettens kendelse er kommenteret andetsteds, skal faktum rides op nedenfor af hensyn til den efterfølgende vurdering af dommens resultat.

Sagen vedrører spørgsmålet om indeholdelsespligt for en udbytteudlodning fra et dansk selskab til et Luxembourg S.a.r.l., som var moderselskab for det danske selskab. Strukturen udgør en sædvanlig private equity opkøbsstruktur, som anvendt i en leveraged buy-out transaktion.

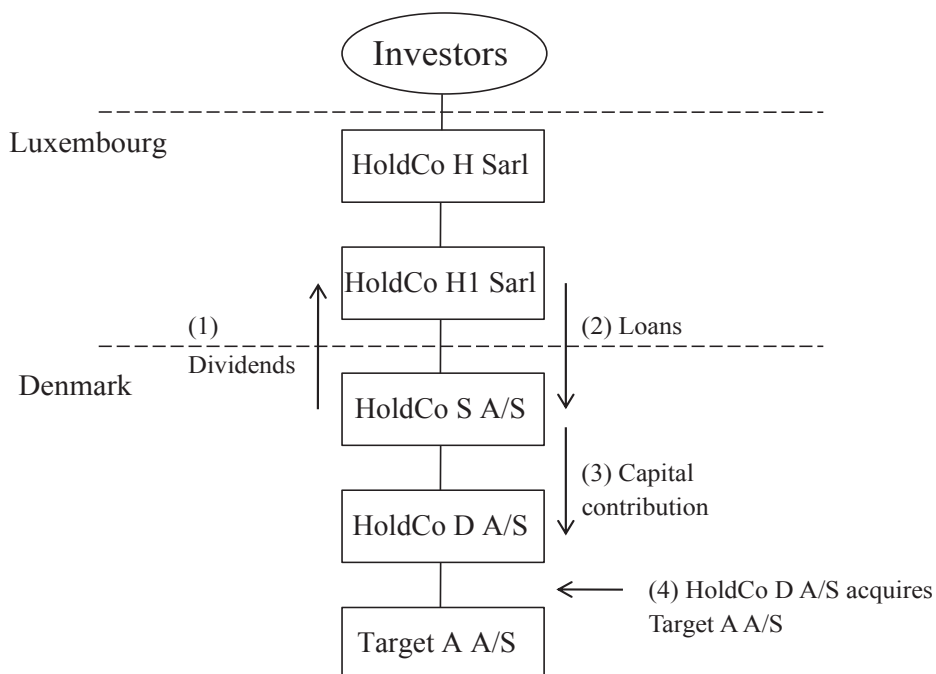
Der var tale om en række kapitalfondes fælles opkøb af et dansk aktieselskab via et holdingselskab i Luxembourg af S.a.r.l.-typen. Opkøbsstrukturen kom i stand ved, at et andet dansk aktieselskab (D A/S), som var ejet af kapitalfondene, købte target-selskabet (A A/S) fra de hidtidige aktionærer og dermed blev holdingselskab for target-selskabet.

Efterfølgende stiftede kapitalfondene et nyt dansk selskab (S A/S), hvori D A/S blev apportindskudt, således at D A/S blev et helejet datterselskab af S A/S og der dermed var tale om en dobbelt dansk holdingstruktur. Herefter blev den danske holdingstruktur indskudt i en Luxembourg dobbelt holdingstruktur. Samtlige holdingselskaber havde som eneste aktivitet at eje og finansiere deres datterselskab. De luxembourgiske selskaber var registreret i Luxembourg og havde ikke ansatte. Begge selskaber blev ledet af et Board of Managers, der var identisk i de to selskaber. Den daglige administration m.v. blev varetaget

af kapitalfondenes administrationselskaber, hvis opgaver blandt andet bestod i opbevaring og førelse af aktionærfortegnelser, bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, fakturering, bogføring, udarbejdelse af regnskaber, afholdelse af møder og generalforsamlinger, kontakt til myndigheder m.v.

Straks strukturen var på plads, blev der aflagt

årsrapport for S A/S og der blev afholdt ordinær generalforsamling i selskabet, hvor det blev besluttet at udlodde udbytte til moderselskabet H1 S.a.r.l. Efter udlodningen ydede H 1 S.a.r.l. to lån til S A/S (et konvertibelt og ikke traditionelt lån), som i alt svarede til hele det deklarerede udbytte. Strukturen og de gennemførte transaktioner kan illustreres således:



### 3.2 Østre landsrets dom

Landsretten frifandt ISS med en meget klar og utvetydig begrundelse. Af denne årsag citeres de vigtigste præmisser in extenso:

*“Begrebet “beneficial owner” (“retmæssig ejer”) har været anvendt i OECDs modeloverenskomster siden 1977 og er ikke et i øvrigt kendt begreb i dansk ret. I OECD modeloverenskomsten fra 1977, som ligger til grund for dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg fra 1980, og i modeloverenskomsten fra 2003 er “retmæssig ejer” ikke nærmere defineret. Der er imidlertid i kommentarerne til overenskomsterne givet visse retningslinjer om forståelsen af begrebet. Henset hertil og til, at*

formålet med OECD modeloverenskomsterne tilsiger, at der bør tilstræbes en ensartet rets- anvendelse af OECD modeloverenskomsterne, finder landsretten, at kravet om, at modtageren er retmæssig ejer, så vidt muligt må fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, der er kommet til udtryk i blandt andet kommentarerne til modeloverenskomsten, jf. tilsvarende for så vidt angår anvendelsen af en selvstændig international fortolkning blandt andet Court of Appeals dom af 2. marts 2006 i sagen *Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*. I den forbindelse kan de efterfølgende kommentarer fra 2003 tillægges betydning ved fortolkningen af begrebet, forudsat de nye kommentarer ikke i realiteten indebærer en ændret forståelse af artikel 10, stk. 2, set i forhold til de oprindelige kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977. Landsretten finder, at ændringerne i 2003 kommentarerne har karakter af præciseringer, og inddrager således disse kommentarer ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer.

I de indledende kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977 omtales traktatmisbrug som det forhold, at en person disponerer via en juridisk sammenslutning, der er dannet i en stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som ikke ville kunne opnås af personen direkte. Ifølge kommentarerne imødegås nogle af disse traktatmisbrugs-situationer ved indførelsen af begrebet retmæssig ejer i blandt andet artikel 10. Der henvises samtidig i både de indledende kommentarer og i punkt 22 i kommentaren til artikel 10 til muligheden for i bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster at vedtage yderligere bestemmelser med henblik på at imødegå misbrug. I rapporten fra OECDs Committee on Fiscal Affairs fra 1986 og kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003 henvises på samme måde til muligheden for i de bilaterale overenskomster at indsætte specifikke bestemmelser med henblik på at hindre misbrug. De tre eksempler, hvor et indskudt mellemed ikke kan anses for retmæssig ejer, der nævnes i punkt 12 i kommentarerne til 1977 modeloverenskomsten henholdsvis punkt 12.1 i kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003, har det til fæl-

les, at det indskudte mellemed er undergivet den egentlige beløbsmodtagers kontrol og således, jf. 2003 kommentaren, er "a mere fiduciary or administrator". Når dette sammenholdes med, at det i såvel kommentarerne til de to modeloverenskomster som rapporten fra 1986 erkendes, at man ikke ved brugen af begrebet retsmæssig ejer kan ramme enhver form for misbrug – som de kontraherende stater i stedet opfordres til at regulere bilateralt – kan det ikke antages, at udbyttmodtagende holdingselskaber, hvis ledelse selskabsretligt er beføjet til at råde over selskabet og herunder over udbytter fra underliggende datterselskaber, ikke normalt skal anses for retmæssige ejere. Dette må også gælde i tilfælde, hvor der indskydes et eller flere mellemholdingselskaber i en stat, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, medens den/de bagvedliggende ejere af mellemholdingselskabet er hjemmehørende i et tredjeland uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. For at et sådant mellemholdingselskab ikke kan anses for retmæssig ejer, må det kræves, at ejeren udøver en kontrol med selskabet, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner, jf. tilsvarende rapporten fra 1986 afsnit II, B, litra b, 7. pkt.

I denne sag er det ufornuddent at tage stilling til, om der fra de bagvedliggende investorer side er udøvet en kontrol af denne karakter med FS Invest II S.å.r.l. Det følger således af såvel den definition på misbrug, som gives i kommentarerne og rapporten, som de eksempler på misbrug, der nævnes i henholdsvis punkt 12 og punkt 12.1 i 1977 og 2003 kommentarerne, at personen eller selskabet i den stat, hvormed dobbeltbeskatningsoverenskomsten er indgået, skal være skudt ind mellem udbetaleren og den egentligt berettigede som et mellemed, der viderefører den skattefri udbetaling til den kontrollerende person i et tredjeland uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det må på den baggrund antages, at tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Denne

forudsætning er ikke opfyldt i denne sag. Det af ISS EQUITY A/S udbetalte udbytte er således ikke ført videre af FS Invest II S.å.r.l., men er tværtimod tilbageført som et lån til ISS EQUITY A/S. Efter de foreliggende oplysninger er der heller ikke truffet bestemmelse om senere videreførelse af det tilbageførte udbytte til de bagvedliggende investorer. FS Invest II S.å.r.l. må som følge heraf anses for retmæssig ejer af det modtagne udbytte på 5.544.200.000 kr., og er dermed ikke skattepligtig med hensyn til udbyttet, jf. selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra c, og dobbeltbeskatnings-overenskomsten med Luxembourg artikel 10, stk. 2. En hæftelse for ISS EQUITY A/S (nu FS Invest II S.å.r.l.) for ikke indeholdt udbytteskat kommer dermed ikke på tale.

*FS Invest II S.å.r.l.'s frifindelsepåstand tages herefter til følge."*

### 3.3 Vurdering af dommen

På baggrund af dommen vil jeg særligt fremhæve følgende fire forhold vedrørende fortolkningen af begrebet beneficial ownership:

1. Med ovenstående præmisser har Østre landsret skærpet tonen overfor Skat med afsigelsen af en "allerede fordi" afgørelse, som Landsskatterettens kendelse faktisk også kunne læses. Særligt betones, at tilsidesættelsen af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatter forudsætter, at udbetalingen er ført videre, eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjemand uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Resultatet er ubetinget korrekt og det synes mest nærliggende blot at gentage min tidligere kommentar fra SU 2010, 144 :

*"... Det konkrete udfald af kendelsen må anses som værende absolut korrekt, når der henses til at den omhandlede udbytteudlodning ikke er kanaliseret videre til de ultimative ejere. Fænomenet »gennemstrømningsselskab« næppe giver mening, hvis ikke der faktisk skulle ske en gennemstrømning. Forudsætningen for at vurdere om HI S.a.r.l. udgør rette indkomstmotager baseret på rådigheden over udbyttet synes således ikke at være til stede. På dette punkt kan det undre, at Skat har udvalgt netop denne sag til*

*at være den første retningsgivende sag på området..."*

2. Østre landsret har tilsluttet sig synspunktet om, at der skal foretages en *autonom fortolkning* af beneficial owner-begrebet, endda med direkte henvisning til Indofood-sagen. Udfaldet af en sådan fortolkning i andre situationer end den foreliggende er vanskeligt at forudsige, hvorfor der fortsat består en betydelig usikkerhed vedrørende fastlæggelsen af indholdet i begrebet "beneficial owner".

3. Landsretten har tillige tilsluttet sig Landskatterettens *dynamiske fortolkning* af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, idet der henvises til OECD's kommentarer til modellens art. 10 fra 2003, selvom sagen vedrører en fortolkning af en dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1980.

4. Der kan som udgangspunkt næppe udledes præcise retningslinjer af dommen i forhold til den skatteretlige bedømmelse af begrebet "beneficial ownership", idet der som en "allerede fordi-afgørelse" netop ikke er taget stilling til, hvad der skal til for at opfylde kravet om manglende beføjelser over udbyttet. Dog fremkommer Landsretten med den principielle udtalelse, at udbyttemodtagende holdingselskaber, hvis ledelse selskabsretligt er beføjet til at råde over selskabet og herunder over udbytter fra underliggende datterselskaber, ikke normalt skal anses for retmæssig ejer, uanset om der er indskudt mellemholdingselskaber i overenskomstlande. Landsretten betoner endvidere, at en frakendelse af status som beneficial owner forudsætter, at ejeren af selskabet udøver en kontrol med selskabet, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner. Også dette synes åbenbart korrekt.

### 3.4 Skatteministeriets kommentar

Skatteministeriet har kommenteret dommen i SKM2012.100DEP, hvoraf det fremgår, at ministeriet har besluttet ikke at anke dommen vedrørende det danske selskab. Det er Skatteministeriets vurdering, at der er tale om en klar dom, der i væsentlig grad er baseret på et særligt konkret faktisk forhold. Det er Skatteministeriets vurdering, at Landsrettens klare dom inde-

bærer, at en anke af sagen til Højesteret næppe kan antages at føre til en yderligere afklaring af retstilstanden og dermed en afklaring af spørgsmålene om:

- hvorvidt modtagne moderselskaber, uanset om disse ikke var retmæssig ejer efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten, alligevel har ret til skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF),
- om der foreligger en skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft, og
- om de danske selskab hæfter for udbytteskatten som følge af forsømmelighed.

Skatteministeriet bemærker, at de øvrige rejste sager er kendetegnet ved, at de udbetalte udbytter og renter faktisk føres videre eller er bestemt til at blive ført videre til de bagvedliggende ejere, og at beløbene ikke – som i denne sag – returneres til det udbetalende danske selskab. På baggrund heraf finder Skatteministeriet det – med rette – fortsat uafklaret, hvorledes domstolene vil forholde sig i den situation, hvor der sker en faktisk videreførelse af beløbene eller hvor beløbene er bestemt til at blive ført videre til de bagvedliggende ejere. Det er derfor Skatteministeriets opfattelse, at de rejste sager, hvor de faktiske forhold adskiller sig fra forholdene i denne sag, bør prøves ved domstolene, med henblik på at opnå en endelig afklaring af retsområdet.

Det er efter min vurdering en rigtig beslutning, der hermed er truffet.

## 4. Rækkevidden af moder-/datterselskabsdirektivet i udbyttesager – SKM2012.26LSR

### 4.1 Baggrund

Med sin kendelse i SKM2012.26LSR (TfS 2012, 126) har Landsskatteretten endegyldigt tonet rent flag, for så vidt angår fortolkningen af EU moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) ved grænseoverskridende udbytteudlodninger.

Allerede i SKM2010.268LSR (TfS 2010, 502) fremkom Landsskatteretten med nogle meget interessante og principielle betragtninger om anvendeligheden af moder-/datterselskabsdirektivet,

idet det blev udtalt, at der i intern ret skal være hjemmel til at anvende art. 1, stk. 2. Landsskatterettens konstaterede, at da H1 S.a.r.l. anses for rette indkomstmodtager og da der ikke ud fra realitetsbetragtninger kan ske tilsidesættelse af de foretagne dispositioner, var der ikke intern hjemmel til at nægte selskaberne de fordele, der følger af direktivet. Dette udsagn kunne tages til indtægt for en vidtrækkende anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivet i sager om beneficial ownership.

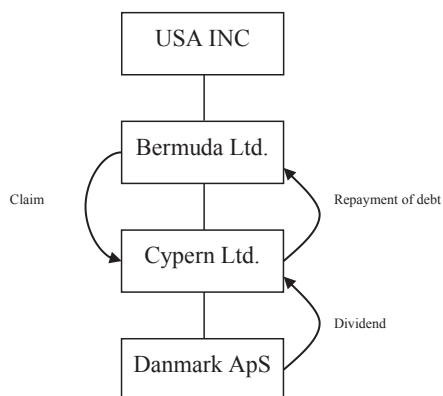
Enhver mulig tvivl om Landsskatterettens holdning til dette spørgsmål er nu fejlet af banen med kendelsen i SKM2012.26LSR (TfS 2012, 126).

### 4.2 Faktum

Danmark ApS (Selskabet) var en del af en stor multinational koncern. Selskabet var indtil september 2005 ejet af Bermuda Ltd. (Bermuda). Koncernens ultimative ejer er USA Inc., som er et børsnoteret amerikansk selskab. Danmark ApS udfører alene salgs- og supportaktivitet. Bermuda Ltd. stiftede i september 2005 Cypem Ltd. (Cypern) og via en koncernintern omstrukturering blev det cypriotiske selskab blev indskudt mellem Danmark ApS og det hidtidige moderselskab på Bermuda. Købesummen blev aftalt til 90 mio. euro, svarende til ca. 670 mio. kr. Danmark ApS solgte derpå aktierne i D Holland B.V. til sit søsterselskab H Holland B.V. (Nederlandene). Aktierne blev solgt til en pris på 14 mio. euro, og Danmark ApS bogførte et tilgodehavende for salgsprisen hos H Holland B.V.

Om baggrunden for omorganiseringen var anført, at det ikke var hensigtsmæssigt, at de samlede europæiske aktiviteter var kontrolleret af det danske salgs- og supportselskab, hvis ansatte alene var medarbejdere involveret i salgs- og supportfunktioner på det danske marked, og som derfor ikke havde kompetencer eller ekspertise i relation til ejerskab af de underliggende datterselskaber.

Strukturen kan forsimples illustreres som følger:



I september 2005 vedtog Selskabet at udlodde udbytte med ca. 566 mio. kr. til Cypern Ltd. Ifølge Selskabet blev det udbytte, som blev modtaget af Cypern Ltd., anvendt af dette selskab til betaling af gælden til moderselskabet Bermuda Ltd., som hidrørte fra købet af anparterne i Danmark ApS.

I oktober 2006 deklarerede Selskabet endnu et udbytte til Cypern Ltd. - denne gang på godt 92 mio. kr.

Også denne udlodning blev videreført fra Cypern Ltd. til Bermuda Ltd.

Om Cypern Ltd. fremgik af selskabets regnskaber, at den væsentligste funktion for selskabet i disse år var at eje aktier i Selskabet. Selskabet havde hverken lokaler eller personale til rådighed. Om Bermuda Ltd. var i en henvendelse til SKAT oplyst, at selskabet ejer alle de immaterielle aktiver, som er nødvendige for at producere og markedsføre produkterne udenfor USA og forbundne markeder. Aktiviteterne uden for USA er således organiseret under selskabet.

SKAT anså Selskabet for indeholdelsespligtigt af udbytteskat, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens § 65.

#### 4.3 Landsskatterettens kendelse

Efter en generel redegørelse vedrørende retsgrundlaget udtalte Landsskatteretten, at begrebet "retmæssig ejer" herefter ikke uden videre kan antages at være sammenfaldende med princippet om "rette indkomstmodtager" i dansk skatteret. Landsskatteretten fandt, at Cypern-selskabet konkret ikke kunne anses som beneficial owner

efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Cypern.

Med henvisning til de faktiske transaktioner, der førte til den omhandlede koncernstruktur, udtalte Landsskatteretten følgende:

*"... Under disse omstændigheder, hvor der indenfor en kortere periode er foretaget flere af hinanden afhængige transaktioner mellem interesseforbundne parter, herunder parter hjemmehørende i lande, som er beliggende udenfor EU, og hvormed der ikke er indgået dobbeltbeskatningsaftale, påhviler det det danske selskab at godtgøre, at overenskomstens fordele om bortfald af dansk kildeskat skal finde anvendelse.*

*Efter Selskabets oplysninger blev selskabets første udlodning til det cypriotiske selskab anvendt til betaling af dette selskabs gæld til moderselskabet på Bermuda. Udlodningen indgik endvidere sammen med den anden udlodning i moderselskabets udlodning til dette selskabs moderselskab i USA. Det er således ubestridt, at Selskabets udlodninger til moderselskabet på Cypern efter overførsler hertil blev videreoverført til selskabet på Bermuda. Det cypriotiske selskab, som var stiftet umiddelbart forud for erhvervelsen af anparterne i det danske selskab, var i de pågældende år uden egne lokaler eller eget personale, og havde kun meget beskedne driftsudgifter. Det findes herefter ikke godtgjort, at det cypriotiske selskab kan anses for "den retmæssige ejer" af det modtagne udbytte. Det cypriotiske selskab er dermed ikke berettiget til overenskomstens skattefrihed for udbyttet; jf. artikel 10..."*

Til spørgsmålet om, hvilken dobbeltbeskatningsoverenskomst, der skulle finde anvendelse, udtalte Landsskatteretten følgende:

*"... Det bemærkes, at det cypriotiske selskab, hvortil udbytte fra det danske datterselskab er betalt, er lovligt stiftet og indregistreret på Cypern, hvortil det også er skattepligtigt mv. Selskabet er derfor - uanset at selskabet ikke anses for "retmæssig ejer" af udbyttet - efter dansk ret "rette indkomstmodtager" af udbytte. Det følger heraf - uanset den evt. videreoverførsel af udbyttet til USA-selskabet - at det er den dansk-*



*cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, der skal anvendes ved vurderingen af evt. kildeskat, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Hverken den dansk-cypriotiske overenskomst, kommentarerne hertil eller kommentarerne til modeloverenskomsten ses at åbne mulighed for anvendelse af anden overenskomst.”*

#### 4.4 Vurdering af kendelsen

Mine kommentarer til Landsskatterettens kendelse falder i fire hovedområder:

1. For det første er det, så vidt ses, første gang, der er indført omvendt bevisbyrde vedrørende nægtelse af overenskomstfordele. Det er vanskeligt at se, hvor dette princip har sin oprindelse og på hvilket retsgrundlag det hviler. Det må således normalt forventes, at Skattemyndigheden skal dokumentere, at en skatteyder ikke opfylder betingelsen om at være beneficial owner, hvis en i øvrigt bestående overenskomstfordel skal begrænses.
2. For det andet lægger kendelsen sig i sporet af de tidligere kendelser, hvor Landsskatteretten har fundet, at et selskab ikke kunne anses som beneficial owner, og finder at det pågældende selskab ikke kan anses for beneficial owner alene baseret på en konstatering af nogle få objektive faktorer, som ikke indeholder en vurdering af den reelle råderet over udbyttet. Landsskatteretten tillægger det således afgørende betydning, at udbyttet er viderebetalt, og at selskabet ikke havde lokaler og personale samt beskedne driftsudgifter. Endelig fremstår det som om, Landsskatteretten anskuer beneficial ownership-problematikken som et spørgsmål om en mulig underkendelse af et retskraftigt eksisterende selskab, snarere end et spørgsmål om reel råderet over en betalingsstrøm. Kendelsen er ikke helt klar på dette punkt.
3. For det tredje indeholder kendelsen en klar stillingtagen til, hvilken dobbeltbeskatningsoverenskomst der skal anvendes og hermed holdes en dør åben for, at kriteriet om beneficial ownership har et anvendelsesområde selv i de tilfælde, hvor den ultimative ejer og modtager en den omhandlede betalingsstrøm

er beliggende i et overenskomstland. Som det ses har Landsskatteretten vurderet, at det alene er overenskomsten mellem Danmark og Cypern, der skal vurderes og dermed ikke overenskomsten med det land, hvor den ultimative ejer/modtager er hjemmehørende.

4. For det fjerde, og mest centralt, skal den udslagsgivende præmis fra Landsskatteretten analyseres:

*“... Ifølge direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, artikel 5, fritages udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, for kildeskat. I moder-/datterselskabsdirektivets almindelige bestemmelser kan der ikke indlæses et misbrugsforbehold. I artikel 1, stk. 2 gives medlemsstaterne derimod mulighed for at fravige direktivet i tilfælde af skattemisbrug mv. Af direktivets artikel 1, stk. 2 fremgår, at direktivet ikke er til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug. Danmark har ikke vedtaget lovbestemmelser med dette sigte, men hjemmel til at bortse fra formelt lovlige og korrekte dispositioner i tilfælde af misbrug følger af almindelige retsgrundsætninger, herunder retspraksis. Højesteret har imidlertid ikke fundet grundlag for at tilsidesætte et i øvrigt lovligt stiftet selskab alene med henvisning til, at stiftelsen er foretaget af skattebesparelseshensyn, jf. herved Højesterets domme i SKM2003.482 (Overhold-sagen) og SKM2006.749 (Finwill-sagen). Det her i sagen lovligt stiftede og fungerende cypriotiske selskab, som er ejer af anparterne i det danske selskab, er således rette indkomstmodtager af udbyttet, som er udloddet fra det danske selskab. Den omstændighed, at det cypriotiske selskabs eneste - eller i det væsentligste eneste - aktivitet er at eje anparter i det danske selskab, medfører ikke at selskabet ikke har erhvervs-mæssig drift og herved ikke et andet resultat, jf. herved Højesterets dom i TfS 2004, 542 (Johnson Holding-sagen). Som følge heraf er udbyttet i medfør af direktivets artikel 5 fritaget for kildeskat...”*

Herefter blev udbyttet ikke omfattet af den be-

grænsede skattepligt og selskabet var følgelig ikke pligtigt til at indeholde udbytteskat, jf. KSL § 65, stk. 5.

Landsskatterettens kendelse synes efter min opfattelse korrekt, om end jeg er af den klare overbevisning, at fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2, i forhold til mellemholdingselskaber bør prøves for EU-Domstolen, idet Domstolen aldrig direkte har pådømt spørgsmålet om, hvorvidt mellemholdingselskaber kan udgøre et misbrug i EU-retlig forstand.<sup>5</sup>

Det er fastslået i EU-Domstolens praksis, at svigs- og misbrugsbestemmelsen i de selskabs-skatte retlige direktiver kan bringes i anvendelse uden en egentlig implementering heraf. Dette forudsætter i givet fald, at der findes nationale regler, som kan fortolkes i overensstemmelse med den relevante svigs- og misbrugsbestemmelse.<sup>6</sup> Art. 1, stk. 2, er ikke implementeret i dansk ret og det er almindeligt antaget, at betragtninger om manglende skatteretlig realitet eller læren om rette indkomstmotager ikke konkret fører til en underkendelse af udenlandske holdingselskaber som beneficial owner.

EU-Domstolen har særligt i de seneste år afsagt en række domme i skattesager, som vedrører spørgsmålet om svig og misbrug af de EU-retlige regler. EU-Domstolen har i denne praksis statueret, at en national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan være sagligt begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning.<sup>7</sup> Der foreligger dog endnu ikke noget klart præjudikat vedrørende vurderingen af holdingselskaber i lyset af misbrugsstandarder. Det er min vurdering, at etablering af holdingselskaber ikke i sig selv kan siges at udgøre svig- eller misbrug i EU-retlig henseende.

Det er således ikke i sig selv et udtryk for svig eller misbrug, at der er etableret et selskab i en anden medlemsstat, jf. bl.a. Sag C-347/04, *Rewe Zentralfinanz eG* (ej bragt i SU, red.), præmis 52. Sagen omhandlede de tyske regler om fradrag for nedskrivning af aktiebesiddelser, som ikke var anvendelige vedrørende aktiebesiddelser i udenlandske datterselskaber. Dette fandt EU-Domstolen udgjorde en restriktion af etablerings-

friheden i EF-traktatens art. 43, jf. art. 48, som ikke kunne retfærdiggøres. Af særlig interesse i denne sammenhæng er dog, at der i sagen var tale om en koncern, hvor det udenlandske datterselskab blev ejer gennem et nederlandsk holdingselskab og netop dette forhold skulle holdes op mod Domstolens misbrugstest. Hertil bemærkede domstolen i præmis 52, at etableringen af et selskab uden for en medlemsstat indebærer ikke i sig selv et misbrug, idet selskabet i sagen, under alle omstændigheder var undergivet skattelovgivningen i den stat, hvor det er etableret. På dette grundlag kan der argumenteres for, at et holdingselskab vil være undergivet skattelovgivningen i etableringsstaten, og dermed ikke i sig selv være udtryk for misbrug. Kun såfremt de konkrete omstændigheder viser, at der er tale om et kunstigt arrangement, hvis hovedformål er at opnå en skattefordel, kan det betegnes som svig eller misbrug. Endelig kan det nævnes, at EU-Domstolen i *Leur-Bloem-dommen* udtalte, at man ikke på forhånd kan afvise, at et nyoprettet holdingselskab, der ikke har nogen virksomhed, ikke kan indgå i en aktieombytning ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger (præmis 42). Denne argumentation kan måske overføres til den foreliggende problemstilling vedrørende mellemholdingselskaber, som i sin essens også drejer sig om, hvorvidt oprettelsen af tomme holdingselskaber kan siges at være udtryk for skattesvig eller misbrug.

Det er samtidig ikke givet, at præmisserne fra *Cadbury-Schweppes* skal fortolkes sådan, at de kan overføres fra et finansselskab til et holdingselskab, og at et holdingselskab kan siges at være udtryk for misbrug i EU-retlig henseende. En sådan udlægning synes for vidtgående.<sup>8</sup> Kommissionen har betvivlet, at de objektive kriterier fra *Cadbury Schweppes* kan udbredes til andre virksomhedstyper end den i sagen omhandlede. Således anføres det i KOM (2007) 785, p. 5, at "... *Det er imidlertid ikke helt sikkert, hvordan disse kriterier kan finde anvendelse på f.eks. finansstjenester inden for en koncern og holdingselskaber; hvis aktiviteter normalt ikke kræver en væsentlig fysisk tilstedeværelse...*". Se også *Picq* i *European Taxation* 2009, 474, hvor det anføres, at: "...*It is submitted that the required level of substance depends on the functions of the EU*

*holding company. A holding company does not necessarily need to have its own premises and salaried personnel to carry out genuine economic activity; the company can effectively be run by its directors...".*

En anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivet i tilfælde, hvor der er etableret mellemholdingselskaber er endvidere ikke i modstrid med direktivets *formål*. *Picq*, op.cit., konstaterer, s. 477, at direktivets formål ligefrem modarbejdes ved at kræve, at et holdingselskab har egne ansatte og lokaler.

## 5. Skattekendens reaktion på usikkerheden – Bindende svar og planlægning

I kølvandet på Skats kampagne mod gennemstrømningselskaber er der naturligt nok fremkommet en række offentliggjorte bindende svar, som skal sikre fornøden klarhed for skattekendere, som står foran strukturændringer, rentebetalinger eller udbytteudlodninger.

I den første offentliggjorte sag blev anmodningen om bindende svar afvist, jf. SKM2011.47SR (TfS 2011, 211). Begrundelsen for afvisningen var, at vurderingen af, om kriteriet om beneficial ownership er opfyldt, afhænger af en række konkrete faktorer, som ikke kunne oplyses i den konkrete situation, men derimod afhang af en række fremtidige forhold.

I SKM2011.142SR (TfS 2011, 301) fandt Skatterådet konkret, at der ikke var begrænset skattepligt på en påtænkt udlodning af en fordring i en amerikansk ejet koncern. Skatterådet udelukkede dog ikke muligheden for, at dette kunne ske på baggrund af en nærmere vurdering efter kriteriet om beneficial ownership.

I SKM2011.441SR (TfS 2011, 658), fandt Skatterådet ikke, at et Luxembourg holdingselskab var beneficial owner, hvorfor en påtænkt udbytteudlodning ville medføre begrænset skattepligt. I denne forbindelse blev der henset til, at det påtænkte udbytte forventedes at strømme igennem to holdingselskaber i et EU-land og blive videregivet til de bagvedliggende investorer. Samtidig fandt Skatterådet, at et udenlandsk

selskab af kommanditselskabstypen også skulle anses som et moderselskab i henseende til den begrænsede skattepligt i SEL § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. Spørgeren havde argumenteret for, at udbyttet i denne henseende ville være skattefrit, idet selskabet efter intern dansk skatteret skulle anses som transparent og idet SEL § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt., efter spørgers opfattelse ikke stiller krav om, at Danmark skal være forpligtet til at afvalde eller nedsætte beskatningen af udbytte efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Skatterådet fandt, at behandlingen af de transparente selskaber var identisk med behandlingen af øvrige selskaber. Af denne årsag forudsætter en eventuel skattefritagelse en nærmere undersøgelse af betingelserne i moder-/datterselskabsdirektivet eller i en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Så vidt vides, er sagen indbragt for Landsskatteretten.

I SKM2011.738SR (TfS 2011, 959), udtaler Skatterådet, at testen om beneficial ownership beror på en transaktionsbestemt vurdering, der skal foretages for hver enkelt udbytteudlodning, med henblik på at fastslå, hvem der har dispositionsretten over udlodningen. Konkret fandt Skatterådet, at den omhandlede udlodning ikke ville have karakter af en gennemstrømningsudlodning, og at der derfor ikke ville blive udløst begrænset skattepligt. Udslagsgivende for dette resultat var, at der ikke havde været videregivet nogen midler fra et svensk holdingselskab i form af udbytter eller på anden vis, da investeringsafkastet blev anvendt til reinvestering. Hertil kom, at selskabet ikke efter det oplyste var underlagt nogen aktiv eller løbende instruks fra dets investorer, der alle kunne anses som passive investorer, der ikke udøvede indflydelse over selskabernes daglige forretning, herunder konkrete investeringer, anvendelse af investeringsafkast mv. Det svenske selskab kunne således efter Skatterådets vurdering bedst sammenlignes med et formueforvaltningsselskab/investeringsforening, svarende til danske og udenlandske formueforvaltningsselskaber, der investerer i såvel noterede og unoterede produkter, og afhængigt af investeringspolitik akkumulerer eller udbetaler investeringsafkast.

## 6. Præcisering af OECD's kommentarer til modeloverenskomsten – 2011

I 2011 offentliggjorte OECD et diskussionsoplæg til visse præciseringer til kommentaren til modeloverenskomstens art. 10, 11 og 12 og de heri indeholdte betragtninger om beneficial ownership.<sup>9</sup> Ændringerne fremhæver betydningen af konteksten, hvori kriteriet indgår ved bedømmelse af "paid ... to a resident". Hermed understreges, at der ikke er tiltænkt en teknisk betydning i overensstemmelse med en eventuel internretlig betydning. Dog angives det samtidig i nyt pkt. 12.1. (vedrørende art. 10) og pkt. 9.1. (vedrørende art. 11), at OECD ikke frakender intern ret enhver betydning, idet det angives, at en internretlig fortolkning kan spille ind i det omfang en sådan fortolkning er i overensstemmelse med de retningslinjer der fremgår at OECD's kommentarer.

For så vidt angår udbytter, indeholder forslaget til præcisering af kommentaren i pkt. 12.4., følgende forslag til en definition:

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

OECD angiver samtidig i nyt pkt. 12.5 (vedrørende art. 10) og nyt pkt. 10.3. (til art. 11), at statueringen af en umiddelbar modtager af en betaling som beneficial owner, ikke herved udelukker, at overenskomstfordele kan nægtes på andet grundlag, herunder hvis der er tale om misbrug af overenskomsten. Endvidere henvises til andre måder at imødegå gennemstrømningsselskaber for overenskomststaterne gennem specifikke og generelle værnsregler.

Den endelige udformning af kommentarerne kendes ikke endnu, og det er vanskeligt at sige, hvilken betydning – om nogen – disse nye kommentarer får for retstilstanden vedrørende fastlæggelsen af beneficial owner.

### Noter

1. I SU 2011, 31 har jeg kommenteret SKM2011.57LSR (TfS 2011, 277), i SU 2010, 144 er SKM2010.268LSR (TfS 2010, 502) kommenteret og i SU 2010, 384 er TfS 2010, 974 LSR kommenteret. Se også *Bundgaard: Kapitalfonde i dansk og international skatteret*, 2010, s. 225 ff.
2. Udviklingen i litteraturen har heller ikke stået stille, hverken herhjemme eller i udlandet. Det ville være for omfangsrigt at omtale den internationale udvikling. De danske sager er omtalt i korte referater af danske rådgivere, jf. eksempelvis *Tolstrup & Bjørnholm* i BIT 2011/9, s. 503 ff, *Booker* i SU 2011, 415, *Wittendorff* i Tax Notes Int'l 2011, February 7, 2011, p. 410 f. Se også *Ravnkilde* i SpO 2011, p. 487 ff om det eventuelle efterspil om rådgiveransvar og *Tolstrup & Becker-Christensen* i SU 2011, 370 om partsidentifikation, høringspligt og forældelse. Endelig er hele sagskomplekset kritisk analyseret af *Severin Hansen* i TfS 2011, 26.
3. SKAT fik medhold for første gang i SKM2011.57LSR (TfS 2011, 277).
4. Kendelsen er analyseret af *Bundgaard*: Første slag om "beneficial ownership" er udkæmpet – det endelige venter forude, i SU 2010, 144 og i *Kapitalfonde i dansk og international skatteret*, 2010, s. 230 ff, samt *Engdal* i SR-Skat 2010, s. 148 ff, og *Wittendorff* i SR-Skat 2010, s. 212 ff.
5. For så vidt angår fortolkningen af artikel 1, stk. 2, se eksempelvis *Bundgaard* i SU 2010, 111.
6. Jf. præmis 46 i Sag C- 321/05, *Kofoed* (SU 2007, 343).
7. Jf. Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes* (SU 2006, 333), præmis 51 med henvisninger.
8. *Evers & deGraaf* har analyseret dette spørgsmål i EC Tax Review, 2009, s. 279 ff. Forfatterne synes optimistiske på medlemsstaternes vegne, for så vidt angår de eksisterende muligheder for at bekæmpe conduit strukturer. Det konkluderes ad moder-/datterselskabsdirektivet, s. 296, at "...It is also not clear whether Member States where an EU conduit is established are allowed to eliminate double taxation under the Parent-Subsidiary Directive in respect of dividends being received by the EU conduit company concerned...". Den samlede konklusion lyder: "... Member States have substantial discretion as regards comba-

*ting artificial arrangements that are intended to minimize taxation on capital payments and/or capital gains...".* Denne konklusion kan ikke anfægtes, men idet "the devil is in the detail", må det erindres, at vanskelighederne netop ligger i, at det ikke er muligt præcist at udlede, hvor grænserne går for det fiktive i forhold til konkret forekommende situationer. Se også *Robert & Tof* i ET 2011/11, som blandt andet konkluderer, at en eventuel vurdering af, hvorvidt et selskab kan siges at tage del i det økonomiske liv i en medlemsstat, skal vurderes over en betragtelig tidshorisont.

9. Jf. OECD: Clarification of the meaning of "Beneficial Ownership" in the OECD Model Tax Convention, Discussion draft 29 April to 15 July 2011. OECD's discussion paper er omtalt hos *Bernstein Tax Notes Int'l* 2011, July 4, s. 49 ff, *Arnold* i Bulletin 2011/10 og *Danon* i Bulletin 2011, s. 437 ff, hvortil der henvises.