

Rente-/royaltydirektivet i national kontekst

Af ph.d. og lektor, CBS, Jakob Bundgaard, partner i Deloitte

I lyset af den stigende aktualitet behandler artiklen rente-/royaltydirektivet i en national kontekst. Der kastes særligt lys over betingelserne for at bringe direktivets fordele i anvendelse.

1. Baggrund

Rente-/royaltydirektivet (direktiv 2003/49/EF)¹ blev endeligt vedtaget i 2003 efter at have været fremsat i forskellige versioner i 1990 og 1998.² I dansk ret blev direktivet implementeret med lov nr. 321 af 31/3 2004 (L 119). Rente-/royaltydirektivet har til formål at ophæve international dobbeltbeskatning ved koncerninterne rente- og royaltybetalinger inden for EU.³ Direktivets metode er fjernelse af kildeskatter på koncerninterne renter og royalties.⁴ Herved medvirker direktivet til at sikre gennemførelsen af Det Indre Marked, jf. betragtning nr. 2 i præambelen.

Siden vedtagelsen i 2003 har rente-/royaltydirektivet ikke haft den store bevågenhed i dansk skatteret. Baggrunden herfor er, at dansk begrænset skattepligt af renter og royalties ikke ifaldes, hvis der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvori modtageren er hjemmehørende. I mange praktiske tilfælde vil direktivet således være uden selvstændig betydning, for så vidt angår rentebetalinger og royaltybetalinger ud af Danmark. Dette skyldes, at det ofte tillige følger af indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, at Danmark skal fratage eller begrænse rentebeskatningen eller royaltybeskatningen, hvorfor Danmark i medfør af SEL § 2, stk. 1, litra d, g og h, allerede derfor helt afstår fra at pålægge dansk kildeskat på renter, kursgevinster og royalties.⁵ I sit svar til spm. 14 til lov nr. 321 af 31/3 2004 (L 119),⁶ svarede skatteministeren, at rente-/royaltydirektivet alene har praktisk betydning for renter, som betales til et selskab i en anden EU-stat, i tilfælde, hvor den danske beskatning af renter skal nedsættes eller fratages efter direktivet, men ikke efter overenskomsten.⁷ Dette svar begrundes i den omstændighed, at Danmark har indgået dobbelt-

beskatningsoverenskomster med alle EU-stater, og at alle de bestemmelser heri, der vedrører renter, medfører, at Danmark som hovedregel skal nedsætte eller fratage beskatning af renter, der hidrører her fra landet og betales til et selskab, der er hjemmehørende i den anden stat.

På trods heraf har det hele tiden været relevant for danske retsansvendere at kende til direktivets anvendelsesområde samt muligheder og begrænsninger. Direktivet var således relevant i forhold til lokale kildeskatter i andre EU-stater. Kendskab til direktivet er dog en nødvendighed, for så vidt angår betalinger til Danmark, så virksomhederne kender til mulighederne for helt at undgå lokale kildeskatter i EU, idet der ikke nødvendigvis foretages identiske implementeringer heraf i samtlige medlemsstater. Dette skal også ses i lyset af, at flere dobbeltbeskatningsoverenskomster med EU-lande tillader kildestaten at opkræve kildeskat i størrelsesordenen 5 pct.-15 pct.

Hertil kommer, at anvendelsesområdet for direktivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne ikke i alle tilfælde har været identiske. Direktivets praktiske betydning vil bl.a. kunne vise sig ved betaling af renter til associerede selskaber i de områder af EU, som ikke dækkes af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Eksempelvis omfatter den dansk-engelske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke Guernsey, Gibraltar, Jersey og Isle of Man.⁸ Netop disse geografiske områder kan være relevante i forbindelse med kanalisering af rentebetalinger og royaltybetalinger ud af EU. Gibraltar er således omfattet af det geografiske område for EU, jf. TEF art. 299, stk. 4.⁹ I hidtidig dansk administrativ praksis er moder-/datterselskabsdirektivet fortolket bredt, idet også selskaber på Gibraltar er anset for at være omfattet af direktivet, jf. TfS 1992, 441. Denne praksis kritiseres hos *Michael Kirkegaard Nielsen m.fl.* i SU 2005, 43, idet det anføres, at Gibraltar ikke er en del af Storbritannien, samt at bilaget til direktivet ikke omfatter selskaber på Gibraltar eller skat på Gibraltar. En tilsvaren-

de kritik rejses hos *Søren Næsborg Jensen*: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 213 f. Det er dog vanskeligt at se, at den geografiske afgrænsning af rente-/royaltydirektivet skulle være anderledes, men de danske skattemyndigheder har dog endnu ikke udtalt sig om den geografiske afgrænsning af dette direktiv.

Endelig ses det, at der forekommer tilfælde, hvor dobbeltbeskatningsoverenskomsternes subjektive anvendelsesområde har været bredere end direktivets. Eksempler herpå er de selskabsformer, der ikke er nævnt i bilaget til direktivet, jf. nedenfor under afsnit 3., men som er undergivet selskabsbeskatning i deres hjemstat, og som er nævnt i det endnu ikke vedtagne ændringsforslag til rente-/royaltydirektivet (eksempelvis det franske S.A.S.).

Direktivet har endvidere opnået fornyet relevans i lyset af, at Danmark med virkning fra 1/1 2009 har ophævet de hidtil gældende dobbeltbeskatningsoverenskomster med Frankrig og Spanien. Selv om det i bemærkningerne til ophævelsen anføres, at ophævelsen af overenskomsterne ikke giver anledning til særlige problemstillinger blandt andet grundet eksistensen af rente-/royaltydirektivet, er dette ikke en dækkende fremstilling af gældende ret for de i praksis forekommende problemstillinger. Det ses således, at der i flere tilfælde kan opstå dobbeltbeskatning som følge af den forskellige retsstilling, der følger af de hidtidige dobbeltbeskatningsoverenskomster og rente-/royaltydirektivet.

Særligt i lyset af sidstnævnte forhold har jeg fundet det relevant at redegøre for anvendelsesområdet for rente-/royaltydirektivet. Der er ikke tale om en udtømmende analyse af samtlige forekommende og potentielle fortolknings-spørgsmål.¹⁰

Den danske implementering af rente-/royaltydirektivet indebærer, at det blot blev indskrevet i SEL § 2, stk. 1, litra d, g og h, at skattepligten ikke omfatter betalinger, som er omfattet af direktivet. Dansk rente- og royaltyskat frafaldes således, hvis kreditorselskabet er omfattet af EUs rente-/royaltydirektiv med den virkning, at beskatningen af renterne skal frafaldes eller ned sættes. Betingelserne for at ifalde den begrænsede skattepligt analyseres ikke nærmere i denne artikel, ligesom de øvrige fritagelsesmuligheder

i SEL § 2, stk. 1, litra d og h ej heller gøres til genstand for nærmere undersøgelser.

2. Anvendelsesområde

Af direktivets art. 1 fremgår anvendelsesområde og procedure. Af art. 1, stk. 1, følger det, at *betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved kilden eller ved skatteansættelse*.¹¹ Dette forudsætter dog i medfør af ordlyden, at den retmæssige ejer af de pågældende renter er et selskab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat.¹² Heraf ses også, at direktivet alene finder anvendelse ved grænseoverskridende betalinger.¹³

Af direktivets art. 1, stk. 2, følger, at en betaling foretaget af et selskab i en medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en medlemsstat og tilhørende et selskab i en anden medlemsstat anses for at opstå i denne medlemsstat (benævnt kildestaten).¹⁴ Denne kildebestemmelse har ikke givet anledning til den store bevågenhed i den internationale skatteretlige litteratur.¹⁵

De anvendte begreber og principper defineres i direktivet. Af denne årsag må disse fortolkes i overensstemmelse med EU-rettens grundlæggende principper. Selv om begreberne "rente", "royalty", "beneficial owner" og "fast driftssted" defineres tæt op ad de parallelle begreber i OECD's modeloverenskomst, må de uanset dette anses for at være selvstændige EU-retlige begreber, som skal fortolkes autonomt i lyset af EU-retten og EF-Domstolens kompetence.¹⁶

3. Betingelser for at anvende rente-/royaltydirektivet

Selskab i en medlemsstat

En hovedbetingelse for at anvende direktivet er, at såvel debitor- som kreditorselskaberne udgør et *selskab i en medlemsstat*. Begrebet defineres i art. 3, litra a. Heri ligger, (i) at der skal være tale om en selskabsform som nævnt i bilaget til direktivet,¹⁷ og (ii) at dette selskab i overensstemmelse med lovgivningen i den pågældende medlemsstat anses for hjemmehørende i denne stat, og selskabet samtidig ikke som følge af en dob-

beltbeskatningsoverenskomst med et tredjeland kan anses for at være hjemmehørende uden for EU.

Bilaget er en kopi af de oprindelige bilag til moder-/datterselskabsdirektivet og fusionsbeskatningsdirektivet. Med henblik på at undgå forvirring søges bilaget dog bragt i overensstemmelse med de nugældende bilag ved ændringsforslaget til rente-/royaltydirektiver, jf. KOM 2003 (841).¹⁸ For Danmarks vedkommende betyder dette, at også andre selskaber, der undergives aktieselskabsbeskatning, vil være omfattet, hvis ændringsdirektivet vedtages.

Det kan overvejes, hvorledes direktivet finder anvendelse ved *dobbeltdomicilerede selskaber*. I litteraturen er der blevet argumenteret for, at et dobbeltdomicileret selskab er skattemæssigt hjemmehørende i såvel indregistreringsstaten som i hovedsædestaten, hvis begge stater er beliggende inden for EU. Således bemærker *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 41), følgende herom: "...It is argued in this article that a dual resident company qualifies as a "company of a Member State" in both the incorporation and the effective management Member State. First of all, Art. 3(a)(i) refers to the Annex, but this reference does not mean that only the incorporation Member State is allowed to treat the company as resident for the purposes of the Directive. All that Art. 3(a)(i) requires is that the company is "listed in the Annex". Second, Art. 3(a)(ii), as a rule, refers to domestic tax law; tax treaty residence tie-breaker rules, on the other hand, are only relevant if they result in tax residence outside the Community. A dual resident company is resident for tax purposes in both Member States and no relevance is attributed to a tax treaty residence tie-breaker rule between two Member States...".

Resultatet af en sådan fortolkning er, at to EU-medlemsstater som følge af rente-/royaltydirektivet kan være forhindret i at opkræve rente- og royaltyskatter. Der kan opstå adskillige mulige scenarier vedrørende denne problemstilling.

I tilfælde, hvor et selskab er indregistreret i en medlemsstat og har sin effektive ledelse i en ikke-EU-stat, med hvilken førstnævnte stat ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil direktivet finde anvendelse, idet sel-

skabet fortsat er hjemmehørende i EU. Dette gælder dog ikke, for så vidt angår et eventuelt fast driftssted beliggende uden for EU, og hvor der ikke findes en dobbeltbeskatningsoverenskomst.¹⁹

Hvis der derimod er tale om et selskab med den effektive ledelse i en ikke-EU-stat, men hvor der dog er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat og tie-breakerbestemmelsen svarende til art. 4 i OECD's modeloverenskomst, bliver resultatet, at selskabet er hjemmehørende uden for EU, hvorfor direktivet ikke finder anvendelse.²⁰ Resultatet er det samme, hvis indregistreringslandet ikke er en medlemsstat, idet selskabet i givet fald ikke opfylder betingelsen i art. 3, litra a, (i), om at være registreret i en medlemsstat og antage en af selskabsformerne i bilaget til direktivet.

Udregivet selskabsbeskatning

I medfør af art. 3, litra a, pkt. (iii) er det et yderligere krav, at selskaberne skal være omfattet af selskabsbeskatning i medlemslandene. Ordlyden indebærer, at de omfattede selskaber skal være omfattet af en af de nævnte skatter uden fritagelse eller af en identisk eller næsten tilsvarende skat, der efter direktivets ikrafttræden pålignes som supplement til eller i stedet for de eksisterende skatter. Baggrunden for "subject-to-tax"-betingelsen synes at være de muligheder, der findes i visse medlemsstater, hvorefter selskabet kan vælge at lade sig selskabsbeskatte eller vælge skattemæssig transparens.²¹

Direktivet angiver eksemplificerende, hvilke beskatningsordninger der er tale om. I Danmark vil det sige selskabsbeskatning.²² Som nævnt synes direktivet ikke at omfatte selskaber, der i medfør af valgfrihed kan undgå national selskabsbeskatning, herunder hvis transparensbeskatning anvendes. Derimod synes det ikke afgørende, om rente- eller royaltyindtægten konkret udregives selskabsbeskatning.²³ Kommissionens ændringsforslag i KOM (2003) 841 skal formentlig ses i lyset heraf.²⁴ I henhold til ændringsforslaget ønskes direktivets art. 1, stk. 1, ændret således, at der tilføjes følgende: "...and is effectively subject to tax on the interest or royalty payments in that other Member state." I Kommissionens kommentarer til dette forslag hedder det, at der herved særligt tænkes på de tilfælde,

hvor et selskab nok er omfattet af national selskabsbeskatning, men på grund af specielle nationale skattefordele er skattefritaget for udenlandske renter eller royalties. Direktivet skal ikke pålægge kildestaten at afstå fra kildebeskatning i sådanne tilfælde. Indtil dette forslag er vedtaget, er også selskaber beliggende i særlige skattezoner omfattet af direktivet, selv om der ikke sker nogen beskatning af de modtagne rentebetalinger. En sådan mulighed findes eksempelvis ved anvendelse af selskaber beliggende på Madeira, der som en del af Portugal er en del af EU, som har indført en særlig skattefritagelse for selskabers udenlandske indtægter.²⁵ Tilsvarende fordele kunne opnås ved betalinger til belgiske koordinationscentre, som var organiseret i en selskabsform omfattet af bilaget til direktivet.

Associering

En anden hovedbetingelse efter direktivet er et krav om *associering* som nævnt i direktivets art. 3, stk. 1, litra b, mellem de involverede selskaber, og at en sådan associering foreligger i en sammenhængende periode på mindst to år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge, jf. art. 1, stk. 10. Associeringskravet specificeres i direktivets art. 3, litra b og forudsættes i art. 1, stk. 7. Herefter udgør et associeret selskab et selskab, der er associeret med et andet selskab som minimum ved at:

- i) det direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af det andet selskabs kapital,
- ii) det andet selskab direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af dets kapital, eller
- iii) et tredje selskab direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af både dets kapital og det andet selskabs kapital.

Medlemsstaterne kan imidlertid erstatte kriteriet om en minimumsandel af kapitalen²⁶ med kriteriet om en minimumsandel af stemmerettighederne. Det er værd at bemærke, at direktivet alene omfatter *direkte ejerskab* af kapital. Direktivet omfatter betalinger mellem moder- og datterselskaber og mellem datter- og moderselskab. Tillige er betalinger mellem søsterselskaber omfattet. Dette gælder dog kun søsterselskaber, hvor det samme moderselskab direkte ejer kapitalandele i begge selskaber. Hvis der således

foreligger direkte ejerskab til det ene selskab og indirekte ejerskab til det andet selskab, er betalinger mellem søsterselskaberne ikke omfattet af direktivet. Betalinger mellem moderselskaber og datter-datterselskaber og lign. omfattes ej heller af direktivet. Direktivet omfatter heller ikke betalinger mellem selskaber, hvor der er indskudt personselskaber mellem disse, idet ejerskabet på trods af skattemæssig transparens for personselskabet ikke anses for at være direkte.

Begrænsningen i direktivets anvendelsesområde er blevet kritiseret for alene at omfatte betalinger mellem concernforbundne selskaber, herunder særligt i lyset af, at direktivet forudsætter, at betalingerne sker på armslængdevilkår, hvorved også betalinger mellem ikke-forbundne selskaber burde være omfattet.²⁷

Denne åbenbare begrænsning i direktivets anvendelsesområde har da også store praktiske implikationer, idet mange concerninterne rentebetalinger ikke sker mellem selskaber, der er direkte forbundne.²⁸ I praksis ses det da også, at dette begrænsede anvendelsesområde for direktivet medfører store problemer i lyset af ophævelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med Frankrig og Spanien, hvilket kan føre til faktisk dobbeltbeskatning.

Særligt i forhold til den danske renteskat kan koncerneerne meget vel komme i den situation, at kontrolkravet i SEL § 2, stk. 1, litra d og h, opfyldes, hvormed der kan pålægges kildeskat, men samtidig, at associeringsbetingelsen ikke opfyldes. Den modsatte situation, hvor associeringsbetingelsen er opfyldt, mens kontrolbetingelsen ikke er opfyldt, kan ligeledes forekomme.

I dansk ret er det indskrevet i SEL § 2, stk. 1, litra d og g, at associeringskravet kun er opfyldt, hvis det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i direktivet i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge. Hermed er det altså tilstrækkeligt, at betaler og modtager er associerede på renternes forfaldstidspunkt, uden at der herved gælder retroaktive associeringskrav. Kravet er alene fremadrettet.²⁹

Den danske implementering falder i tråd med direktivets karakter af minimumsdirektiv og falder samtidig i tråd med fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivet. En tilsvarende fortolk-

ning vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet har EF-Domstolen således tidligere anlagt, jf. de forenede sager C-283/94 og 292/94, *Denkavit Voormeer* (SU 1996, 369).³⁰ I nævnte sag tillagde Domstolen det betydning, at moder-/datterselskabsdirektivet art. 2, stk. 1 var formuleret i nutid, ved ordene “which do not maintain”. Den danske version benytter datidsformen “har besiddet”, hvorved det formentlig var den danske version af direktivet, der ikke var i overensstemmelse med de øvrige sproglige varianter. Det forholder sig anderledes ved rente-/royaltydirektivet, hvor den engelske version i art. 1, stk. 10 tillige benytter datidsformen “have not been maintained”, hvilket er i overensstemmelse med den danske version, som benytter ordene “ikke har været opfyldt”. Det er derfor ikke givet, at der består et EU-retligt krav om at tillade, at rente-/royaltydirektivet finder anvendelse forud for, at betingelserne faktisk har været opfyldt i den pågældende periode, idet ordlyden af de forskellige direktiver ikke er identiske på dette punkt.³¹ Det bemærkes hertil, at Italien med Ministerielt cirkulære 47 E af 2/1 2005 har fortolket direktivet således, at det er et krav for at være omfattet af direktivet, at ejerperioden har været opfyldt på betalingstidspunktet. Ved en efterfølgende opfyldelse af kravet kan skatten refunderes efter ansøgning.

Faste driftssteder

Rente- og royaltybetalinger fra et *fast driftssted* kan kun omfattes af direktivet, hvis det modtagende selskab er associeret med hovedvirksomheden.³² Direktivet omfatter ikke betalinger til et fast driftssted af et EU-selskab, hvor det faste driftssted er beliggende i et tredjeland, når selskabets virksomhed helt eller delvis udøves gennem det faste driftssted, jf. art. 1, stk. 8.

Det er skatteministerens opfattelse, at direktivet ikke finder anvendelse ved rentebetalinger fra et EU-selskab til et fast driftssted i en anden EU-stat af et selskab, der er hjemmehørende i et land uden for EU, selv om det faste driftssted er undergivet en af de i art. 3, a, iii) nævnte beskatningsformer.³³ Denne fortolkning synes rigtig, jf. også ordlyden af art. 1, stk. 1, in fine. Tilsvarende er det skatteministerens opfattelse, at direktivet ikke finder anvendelse ved rentebetalinger til faste driftssteder uden for EU af selskaber

inden for EU, uanset om EU-selskabet er omfattet af selskabsdefinitionen i art. 3.³⁴ At dette tillige er en rigtig fortolkning, synes at fremkomme på baggrund af en modsætnings slutning af art. 1, stk. 1, if. Direktivets udstrækning vedrørende sådanne triangulære situationer er indgående analyseret af *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 86 ff., hvortil der henvises.

Hvis et fast driftssted af et EU-selskab er den retmæssige ejer af renteindtægter, er det afgørende for at opfylde direktivets betingelser, at renteindtægten i driftsstedets stat undergives en af de skatter, der er anført i direktivets art. 3, a, iii) eller de andre skatter som nævnt i art. 1, stk. 5, og at selskabet i den anden medlemsstat er omfattet af en af de skatter, der er anført i art. 3.³⁵

I art. 1, stk. 3 i rente-/royaltydirektivet er det anført, at et fast driftssted kun anses for at være betaler af renter og royalties, hvis betalingerne udgør en fradragsberettiget udgift for det faste driftssted i det land, hvori det er beliggende.

Begrebet *fast driftssted* er defineret i art. 3, litra c. Idet begrebet hermed inddrages direkte i direktivet, er der tale om et fælleseuropæisk begreb. Den præcise fortolkning heraf kan der ikke siges noget klart om, men der må forventes en vis inspiration fra begrebet i art. 5 i OECD's modeloverenskomst. Begrebet er dog begrænset i forhold til OECD's definition, idet der ikke indeholdes nogen pendant til agentreglen.³⁶

Retmæssig ejer³⁷

Det er i medfør af art. 1, stk. 1, tillige en betingelse, at et selskab eller et fast driftssted anses for at være den *retmæssige ejer* af renter eller royalties.³⁸ Et selskab kan i medfør af definitionen af retmæssige ejer-begrebet i art. 1, stk. 4, kun anses for at være den retmæssige ejer af renterne, hvis selskabet modtager renterne *til eget brug* og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.

For faste driftssteder specificeres kravet i art. 1, stk. 5, litra a og b. Heraf fremgår, at den gældsfordring eller brug af rettigheder, som giver ophav til rente- eller royaltybetalingen, skal have direkte forbindelse med det faste driftssted. Tillige gælder det, at rente- og royaltybetalingen skal være undergivet selskabsbeskatning som

nævnt i direktivets art. 3, litra a, nr. iii) i den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende. I direktivets art. 1, stk. 6, hedder det, at når et fast driftssted tilhørende et selskab i en medlemsstat anses for at være betaleren eller den retmæssige ejer af renter eller royalties, anses ingen anden del af selskabet for at være betaler eller retmæssig ejer af disse renter eller royalties. Denne bestemmelse analyseres af *Michèle Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 46 f.). Forfatteren karakteriserer bestemmelsen som en art tie-breaker-regel. Det konkluderes som værende mest sandsynligt, at bestemmelsen må fortolkes således, at "...Art. 1(6) only prevents another "part of the company" (i.e. another PE) from being treated as the payer of interest or royalties, but not the general enterprise, which includes the paying PE, so that dual source – resulting in dual source non-taxation under Art. 1(1) – could, indeed, arise under the Directive. This interpretation would be consistent with a proper use of tax treaty language (something which the Directive does not always do). It, however, voids Art. 1(6) of any practical significance. So why, therefore, provide for a tie-breaker rule then? Does it target situations in which more than one PE could be deemed to be the payer (or the beneficial owner)? If this is the case, Art. 1(6) would not be a tie-breaker rule after all, since it does not provide for a criterion under which one PE takes precedence over another..."

Direktivets retmæssige ejer-begreb fastlægges endeligt af EF-Domstolen, og det må forventes, at EF-Domstolen vil fortolke begrebet fællesskabsretligt.³⁹ Direktivets definition af retmæssige ejer-begrebet er imidlertid ikke udtømmende, og det er derfor nærliggende at antage, at EF-Domstolen ved fortolkningen vil søge vejledning i afgrænsningen af beneficial owner-begrebet i OECD's modeloverenskomst.⁴⁰

Ved fastlæggelsen af direktivets retmæssige ejer-begreb kunne det endvidere tænkes, at EF-Domstolen vil søge vejledning i, hvordan medlemsstaterne har fortolket begrebet i forbindelse med gennemførelsen af direktivet.⁴¹ Som led i en undersøgelse af implementeringen af direktivet har IBFD sammenfattet spørgsmålet om medlemsstaternes implementering af direktivets betingelse om den retmæssige ejer (=beneficial

owner) således: "*Member States usually require the recipient company to be the beneficial owner of income received. In many instances, however, the definition of the beneficial owner has been transposed with deviations, has not been incorporated into the law or has not been incorporated because the existing domestic law concepts apply...*"⁴² Det ses derfor, at selv om EF-Domstolen måtte tillægge medlemsstaternes gennemførelse af direktivet betydning ved fortolkningen, er der kun beskeden vejledning at hente.

Det kan endelig overvejes, om EF-Domstolen vil fortolke retmæssige ejer-begrebet i lyset af misbrugsbestemmelsen i art. 5.

Det er ifølge direktivets definition centralt, at betalingerne skal være til *eget brug* for det modtagende selskab og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person. Særligt eftersættningen ("ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person") synes at føre til en fortolkning, hvorefter det alene er ved rent kunstige transaktioner, hvor et indskudt mellemlid ikke selv drager økonomisk fordel af rentebetalingen, rentemodtageren ikke skal anses som den retmæssige ejer.⁴³

På trods af det saglige slægtsskab kan der næppe hentes inspiration til det fællesskabsretlige retmæssige ejer-begreb fra EF-Domstolens dom af 22/12 2008 i sag C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves SA* (SU 2009, 4). EF-Domstolen er i sagen blevet forelagt følgende præjudicielle spørgsmål vedrørende forståelsen af moder/datterselskabsdirektivet: "*Er lov af 28/12 1992, der ændrer art. 202 i indkomstskatteloven af 1992 med henvisning til Rådets direktiv 90/435/EØF af 23/7 1990, og hvorefter udbyttmodtageren skal være i besiddelse af en kapitalandel i det selskab, der udbetaler udbyttet, idet loven ikke udtrykkeligt nævner, at besiddelsen skal bestå i et fuldt ejerskab, og dermed indirekte tillader indstævntes fortolkning, hvorefter det er nok at være i besiddelse af retten til afkastet af aktier eller anparter for at kunne opnå fritagelse for skat af et sådant udbytte, i overensstemmelse med direktivets bestemmelser om kapitalandele og nærmere bestemt direktivets art. 3, 4 og 5?"* Modsat generaladvokaten

afviste EF-Domstolen at fortolke moder-/datterselskabets aktionærbegreb ("andel af kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat") således, at direktivets fordele skulle tildeles indehaveren af brugsretten til en aktie (usus fructus).

Det skal naturligvis holdes for øje, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke indeholder en beneficial owner-klausul, som jo netop er indeholdt i rente-/royaltydirektivet.

Indtil videre må det konstateres, at definitionen af retmæssige ejer-begrebet i rente-/royaltydirektivet ikke er endeligt afklaret.

Svig og misbrug

Rente-/royaltydirektivet giver i art. 5 muligheden for at indføre nationale og folkeretlige svigs- og misbrugsregler. Ifølge art. 5, stk. 1, udelukker direktivet således ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug. Endvidere kan medlemsstaterne i medfør af art. 5, stk. 2, tilbagekalde fordele i henhold til direktivet eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste eller en af de væsentligste beæggunde.

Direktivets art. 5 skal undergives en EU-retlig fortolkning. Det er EF-Domstolen, som bindende fastlægger, om det er i overensstemmelse med direktivet, såfremt en medlemsstat i overensstemmelse med sine internretlige regler har nægtet direktivets fordele. Det må antages, at EF-Domstolen vil fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med sin generelle praksis om svig og misbrug. Det må også forventes, at visse former for brug af gennemstrømningselskaber vil kunne anses som svig eller misbrug.⁴⁴ Art. 5 skal imidlertid fortolkes i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, og der skal derfor konkret være tale om svig eller misbrug, således som dette fortolkes af EF-Domstolen, for at bestemmelsen kan bringes i anvendelse og føre til, at direktivets fordele nægtes.⁴⁵

Det kan ikke antages, at misbrugsbestemmelsen i art. 5 skal eller kan indfortolkes i art. 1, stk. 4, om definitionen af retmæssige ejer-begrebet. Den omstændighed, at direktivet i modsætning til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne indeholder en egentlig misbrugsbrugsbestem-

melse, taler derimod i sig selv for, at direktivets retmæssige ejer-begreb i art. 1, stk. 4, undergives en indskrænkende fortolkning i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd.⁴⁶ Retsikkerhedsmæssige hensyn forhindrer, at et direktiv i sig selv skaber forpligtelser for skatteydere, og direktivets art. 5 giver medlemsstaterne mulighed for at varetage hensynet til at undgå misbrug gennem nationale værnregler.⁴⁷ Endelig skal det nævnes, at det vil skabe en sammenhæng til fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivet, såfremt hensynet til at undgå misbrug først og fremmest anses for varetaget af misbrugsbestemmelsen i rente-/royaltydirektivets art. 5 og ikke af direktivets retmæssige ejer-begreb, idet moder-/datterselskabsdirektivet (direktiv 90/435/EØF) ikke indeholder et retmæssigt ejer-begreb som supplement til misbrugsbestemmelsen i art. 1, stk. 2.

Misbrugsbestemmelsen i art. 5 kan føre til, at direktivets fordele nægtes, men det er en betingelse, at der er hjemmel hertil i intern ret.⁴⁸ En sådan intern hjemmel behøver ikke nødvendigvis at være udtrykt i en national lovbestemmelse, men kan også være indeholdt i almindelige internretlige (uskrevne) principper om omgåelse og misbrug.⁴⁹

4. Rente- og royaltydefinitionen

Rente-/royaltydirektivet indeholder i art. 2 en *rente- og en royaltydefinition*. Rentedefinitionen er sålydende: "*indkomst af gældsfordringer af enhver art, uanset om de er sikret ved pant i fast ejendom, og uanset om de indeholder en ret til andel i debtors fortjeneste, og i særdeleshed indkomst fra gældsbeviser, obligationer eller forskrivninger, herunder gevinster og præmier, der er knyttet til sådanne værdipapirer. Straftilæg for for sen betaling anses ikke for renter*".

Det er interessant at observere, at rentedefinitionen stort set svarer til den i OECD's modeloverenskomst indeholdte i art. 11.⁵⁰ På baggrund af ordlyden synes direktivets rentedefinition klart bredere end den interne danske praksisudviklede rentedefinition. Der vil således formentlig næppe kunne tænkes tilfælde, hvor der pålægges en dansk kildeskat, uden at der samtidig vil være tale om en rentebetaling omfattet af rente-/royaltydirektivet. Direktivets rentedefini-

tion omfatter således efter ordlyden også kursgevinster for kreditor, jf. ordene "indkomst af gældsfordringer af enhver art".

Rentebegrebet afgrænses negativt i art. 4, og det står klart, at art. 2 og art. 4 skal læses i sammenhæng. Således angives i art. 4 nogle muligheder for *kildestaten* til at udelukke visse rentebetalinger fra direktivets anvendelsesområde. Det er herved op til hver enkelt medlemsstat at beslutte, hvor direktivet skal anvendes vedrørende finansieringsforhold, der afviger fra almindelige rentebærende låneforhold.⁵¹ Opregningen af de fire relevante tilfælde må antages at være udtømmende i modsætning til de tidligere udkast til direktivet.⁵²

Muligheden gælder *for det første* betalinger, "der behandles" som udlodning af udbytte eller som tilbagebetaling af kapital, jf. art. 4, stk. 1, litra a. Der kan her være tale om afkast på visse hybride finansieringsinstrumenter og om regler om tynd kapitalisering.⁵³ For så vidt angår tynd kapitalisering synes denne mulighed ikke relevant for Danmarks vedkommende, idet de danske regler om tynd kapitalisering ikke medfører en omkvalifikation af renter til udbytter. Det er dog ikke afklaret, hvilken betydning art. 4, stk. 1, litra a, har for nationale regler om tynd kapitalisering, som ikke medfører en omkvalifikation af renter til udbytter.⁵⁴ Det synes tillige uafklaret, hvad der ligger i ordene "der behandles". Således kan det næppe antages, at der generelt heri ligger en mulighed for medlemsstaterne til at kvalificere betalingerne efter forgodtbefindende.⁵⁵ Den danske arbitragebestemmelse i SEL § 2 B medfører en omkvalificering af gæld/renter til egenkapital/udbytte. Baggrunden herfor er dog ikke, at en sådan klassifikation generelt følger for visse hybride gældsinstrumenter. Derimod gælder bestemmelsen alene, hvis en tilsvarende behandling finder sted i modtagerstaten. Baggrunden for den danske bestemmelse er således, at der kan opstå en "uhensigtsmæssig" skattemæssig situation, hvis der tillades fradrag i Danmark uden korresponderende beskatning af indtægten i modtagerstaten. Uanset om dette er i overensstemmelse med formålet bag rente-/royalty-direktivet, udgør forholdet næppe noget stort problem, idet moder-/datter-

selskabsdirektivet og intern dansk ret tilsikrer, at der ikke sker dobbeltbeskatning af udbytter i EU-koncerner.

Direktivets art. 4. omhandler efter ordlyden tillige indfrielse og afdrag af gældsforholdet. Selve indfrielsessummen udløser efter gældende ret ikke skattemæssige konsekvenser og er ikke fradragsberettiget. Derimod kan der ved indfrielse/afdrag opstå kursgevinster for kreditor, som må være omfattet af direktivet.

For det andet gælder muligheden betalinger fra gældsfordringer, som indebærer en ret til en andel i debtors fortjeneste, jf. art. 4, stk. 1, litra b. Dette kan omfatte afkastet på udbyttegivende gældsbreve (profit participating loans), uanset at sådanne betalinger må antages at være omfattet af definitionen i art. 2. I hidtidig dansk praksis er sådant afkast, for så vidt angår den fast forrentede del af rente, blevet behandlet som en rente og for den overskudsafhængige del som en kursgevinst/kurstab. Se herom TfS 1998, 77, TfS 2006, 127, TfS 2008, 407, TfS 2008, 546, TfS 2007, 407, TfS 2006, 127 og TfS 2008, 546. Danmark har således muligheden for at undlade at fritage sådanne betalinger for kildeskat i medfør af direktivet. Det skal dog holdes for øje, at også dobbeltbeskatningsoverenskomsterne regulerer denne type af betalinger.

For det tredje er der tale om betalinger fra gældsfordringer, som berettiger fordringshaveren til at ombytte sin ret til renter til en ret til en andel i debtors fortjeneste, jf. art. 4, stk. 1, litra c. Herved må sigtes til forskellige konvertible instrumenter.⁵⁶ Art. 4, stk. 1, litra c, omhandler efter ordlyden alene konvertering af retten til rente, men ikke konvertering af hovedstolen. Bestemmelsen synes ligeledes uklar i forhold til rentebetalinger fra konvertible gældsforhold, som relaterer sig til perioden forud for konverteringen.⁵⁷

Henvisningen til deltagelse i "debtors fortjeneste" udelukker tillige såkaldte "exchangeables", hvorefter konverteringen sker til egenkapital i et andet selskab end debtorselskabet.⁵⁸ Der ses ikke at være nogen begrundelse for denne begrænsning i anvendelsesområdet af art. 4, stk. 1, litra c).⁵⁹ Dog synes det korrekt at foretage en indskrænkende fortolkning af direktivet på dette punkt, idet der med art. 4 er tale om en begrænsning i direktivets anvendelsesområde.

Endelig for det fjerde omfatter muligheden betalinger fra gældsfordringer, som ikke indeholder nogen bestemmelse om tilbagebetaling af hovedstolen, eller hvor tilbagebetaling skal finde sted mere end 50 år efter udstedelsesdatoen, jf. art. 4, stk. 1, litra d. Også denne bestemmelse sigter mod hybride lån, som effektivt fungerer som egenkapital i kraft af manglende indfrielsesdato eller løbetid på mere end 50 år. Bestemmelsen omfatter perpetual og super maturity debt.⁶⁰

Der er udtrykt tvivl om den generelle betydning af begrænsningerne i art. 4. Således hedder det hos *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 150): "... Looking at the cases provided for by Art. 4(1) of the Directive, it seems that the Member States, apart from cases under letter (a), will be allowed to deny the application of the Directive (i.e. the exemption from withholding tax on interest) irrespective of the fact that the payments under debt claims as described under letters (b), (c), (d) are treated as profit distributions in that Member State. Therefore, such payments may still keep their characterization as interest under the laws of the source state but may nonetheless be subject to withholding tax on interest in the same state. Frankly, the rationale behind the denial of the benefits of the Directive is difficult to understand without the reference to a corresponding profit recharacterization or a limitation of the deduction of the interest expense in the source state. A justification may be found by assuming that through the cases mentioned under letters (b), (c), (d), the Directive has granted the source state the possibility of levying withholding tax on interest if the payments under the financial instruments described are still treated as interest in the source state but are characterized as profit distributions in the Member State of the recipient. In other words, the Directive's intention would be to "hit" those instruments that create a tax deduction in the source state and which give rise to an exemption from taxation of the correspondent income received in the residence state (or state of establishment) of the recipient, as such income would be characterized as a profit distribution...". Hvis dette er udtryk for en korrekt fortolkning, er det beklageligt, at der ved direktivets endelige udformning er valgt

en shut-gun approach, hvor også andre almindeligt forekommende og økonomisk begrundende instrumenter kan udeholdes fra direktivet.

Direktivets art. 2, litra b indeholder en *royaltydefinition*, som er sålydende: Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende enhver opbhavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm og software, ethvert patent, varemærke, mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer; betalinger for anvendelsen af eller retten til at anvende industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr anses for royalties.

5. Armslængdeprincip og tynd kapitalisering

Yderligere er det relevant at bemærke, at rente-/royaltydirektivet i art. 4, stk. 2, indeholder et *armslængdeprincip*. Således gives den regel, at direktivet kun finder anvendelse på en armslængderente- og royaltybetaling.

Det er overvejet i den internationale skatteretlige litteratur, om rente-/royaltydirektivet er til hinder for nationale regler om tynd kapitalisering, som resulterer i dobbeltbeskatning.⁶¹ Herom kan det formentlig konkluderes, at regler om tynd kapitalisering *ikke generelt* er i strid med direktivet, idet det netop fremgår af art. 5, at nationale misbrugsregler må accepteres. Enhver national foranstaltning mod tynd kapitalisering skal dog overholde proportionalitetsprincippet. For så vidt angår den type af regler mod tynd kapitalisering, som kendes i dansk ret, og som kendetegnes ved fradragsbegrænsning frem for egentlig omkvalifikation, kan det overvejes, om fradragsbeskæringen udgør en "skat" opkrævet af rentebetalinger, som er omfattet af art. 1 i direktivet. Et sådant spørgsmål besvares bekræftende i litteraturen, hvormed der opstår en spænding mellem art. 1 og art. 5 i direktivet.⁶² For dansk rets vedkommende opstår problemstillingen dog næppe, idet reglerne om begrænset skattepligt for rentebetalinger har forrang for reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, jf. eksplicit SEL § 11, stk. 1, i.f. Det er dog muligt, at det er i strid med direktivet at foretage rentefradragsbegrænsning, idet der således kan argu-

menteres for, at den selskabsbeskatning, der kan komme på tale som følge heraf, udgør en skat omfattet af art. 1 i direktivet.⁶³

6. Dokumentation

I medfør af direktivets art. 1, stk. 11, kan kildestaten kræve, at de krævede forudsætninger dokumenteres ved en attest på tidspunktet for betalingen. Kravene hertil uddybes i stk. 12-13. Attestkravet er i dansk ret udnyttet ved SKATs blanketkrav.⁶⁴

Noter

- 1) Direktivet er tilpasset de nye medlemsstater med direktiv 2004/66/EF og 2004/76/EF.
- 2) Se eksempelvis herom *Stella Raventós* i ET 2000, s. 286 f. 1990-udkastet er i dansk ret kommenteret hos *Søren Næsberg Jensen*: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 274 ff. 1998-udkastet er analyseret i detaljer hos *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 15 ff. og hos *Søren Næsberg Jensen* i SU 1998, 242. Det endeligt vedtagne direktiv er analyseret hos IBFD: Survey on the implementation of the EC Interest and Royalty Directive, 2005, samt hos *Terra/Wattel*: EU Tax Law, 2008, s. 609 ff., *Luca Cerioni* i ET 2004, s. 47 ff., *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff., samt kort hos *Jakob Bundgaard* i Skatteretten 3, 2006, s. 504 ff. og *Søren Næsberg Jensen* i SU 2003, 284.
- 3) I præambelens betragtning nr. 3 anføres følgende: “*Det må sikres, at renter og royalties beskattes én gang i en medlemsstat*”. I betragtning nr. 4 anføres, at den mest hensigtsmæssige måde at fjerne de u hensigtsmæssige formaliteter og problemer på, er at “*...ophæve beskatningen af renter og royalties i den medlemsstat, hvori de opstår, uanset om beskatningen sker ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse...*”.
- 4) Opmærksomheden henledes dog på, at visse medlemsstater fortsat opkræver visse begrænsede kildekatte i en overgangsperiode. Der er tale om Tjekkiet, Grækenland, Letland, Litauen, Polen, Portugal og Spanien.
- 5) Jf. skatteministerens svar optrykt i bilag 47 på spm. 14 (bilag 2) til lovforslag 119, Folketingsåret 2003-2004.
- 6) Jf. bilag 2.
- 7) Jf. bilag 47.
- 8) Jf. Skat og Erhverv, Noter vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Storbritannien art. 3, marts 2005, Magnus Informatik.
- 9) Det geografiske område for EU fastlægges i TEF art. 299. Heraf fremgår, at Traktaten tillige omfatter de franske oversøiske departementer, Azorerne, Madeira og De Kanariske Øer.
- 10) At der findes mange fortolkningsspørgsmål vedrørende direktivet, er der næppe tvivl om. Dette fremgår af analysen nedenfor. Se tillige for en konstatering heraf kort tid efter direktivets vedtagelse, *Luca Cerioni* i ET 2004, s. 47 ff. og *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff.
- 11) En betaling anses for opstået i den stat, hvorfra betalingen sker fra et selskab eller et fast driftssted, jf. art. 1, stk. 2. Denne stat benævnes “kildestaten”.
- 12) Et fast driftssted anses kun for at være betaler af renter, hvis betalingerne udgør en fradragsberettiget udgift for det faste driftssted i den medlemsstat, hvori det er beliggende, jf. art. 1, stk. 3.
- 13) Det er fremgået, at rente-/royaltydirektivet ikke omfatter betalinger til lande uden for EU. Dog har Rådet besluttet at imødekomme Schweiz’ ønske om at gøre rettighederne i rente-/royaltydirektivet tilgængelige for betalinger til Schweiz. Dette følger af art. 15, stk. 2, i den bilaterale aftale af 26/10 2004 – den såkaldte “opsparingsaftale”, som indgår i den politiske handel, der samtidig gør rentebeskatningsdirektivet anvendeligt vedrørende rentebetalinger fra Schweiz. Af præambelen til aftalen fremgår følgende: “*...(3) The Community has decided to grant the request of the Swiss confederation for the inclusion in the Agreement of measures equivalent to the regimes provided for in Council Directive 90/435/EEC of 23/7 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States (3) and in Council Directive 2003/49/EC of 3/6 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States (4) in their original versions...*”. Den praktiske betydning heraf er fortsat uklar, men det må antages, at betalinger fra EU til Schweiz tillige er omfattet af direktivet, idet aftalen trådte i kraft 1/7 2005. Se om denne aftale *Xavier Oberson* i BIFD, 2005, s. 108 ff.
- 14) Denne bestemmelse udtrykker blot følgende, jf. *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 47): “*...The only possible interpretation is, therefore, the following: a payment made (1) by a company of a Member State (the first Member State) or (2) by a PE situated in another Member State (the second Member State) is deemed to arise in that Member State (i.e. the first Member State in (1) of the second Member State in (2))...*”.
- 15) Så vidt ses har alene *Michele Gusmeroli* behandlet bestemmelsen indgående, jf. ET 2005, s. 39 ff. (s. 45 ff.). Forfatteren påviser, at mens ordet “opstår” (engelsk “arising”) i direktivet betyder, at der ikke kan ske beskatning, betyder det samme ord i overenskomstsammenhæng, at indtægten kan beskattes (er “taxable”). Dette forhold er efter forfatterens opfattelse kritisabelt, idet begreberne ikke blindt bør kopieres.
- 16) Jf. *Klaus Eicker & Fabio Aramini* i ECTR 2004, s. 135.
- 17) De danske udbetalende selskaber kan i henhold til bilaget alene udgøre aktie- og anpartsselskaber.
- 18) Se kritisk ad det eksisterende bilag *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff.
- 19) Jf. *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 43 f.).
- 20) Jf. *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 43 f.).

- 21) Se herom *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 20 f.
- 22) Det ses hermed, at skattefritagne selskaber ikke kan være omfattet af direktivet. Baggrunden er klar, idet der ikke synes at være nogen grund til at kræve, at medlemsstaterne ophæver dobbeltbeskatning, hvor der ingen dobbeltbeskatning opstår.
- 23) Denne fortolkning lægges i hvert tilfælde til grund i den danske skatteministers svar på spørgsmål 14 i bilag 2, jf. bilag 47 til L 119.
- 24) Jf. *Klaus Eicker & Fabio Aramini* i ECTR 2004, s. 144.
- 25) Med fremsættelsen af ændringsforslaget synes det også at være afklaret, hvordan betingelsen i art. 3, litra a, pkt. iii, skal forstås. Forud herfor har *Dennis Weber* argumenteret for, at betingelse skal forstås sådan, at kravet retter sig mod selve rente- og royaltybetalingen frem for selskabet, jf. ECTR 2000, s. 21. Modsat dette se *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 144) med argumentation for, at kravet retter sig mod selskabet.
- 26) Det er ikke afklaret, hvad der skal forstås ved ordet "kapital", jf. herom *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 145) og *David B. Oliver* i *Inter-tax* 1999, s. 204.
- 27) Se *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 21.
- 28) Jf. herom også *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 41). 1998-udkastet til direktivet omfattede tillige indirekte ejerskab. Denne indskrænkning i det endelige direktiv kritiseres kraftigt af *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 146): "...*Frankly, the rationale behind the exclusion of these cases is hard to understand or to justify...*".
- 29) På trods af en klar ordlyd gælder kravet efter skatteministerens opfattelse ikke i forhold til betalinger omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. også skatteministerens svar i bilag 86 til L 119.
- 30) Se også om end forsigtige *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 151).
- 31) Denne problemstilling fremhæves hos *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 24. Forfatteren nævner dog retfærdigvis, at Kommissionen i explanatory notes til direktivet anfører, at der ikke kan stilles krav om forudgående ejerskab m.v., men tillægger ikke dette stor betydning, herunder særligt i lyset af Domstolens vrangvillighed til at inddrage explanatory notes ved fortolkningen.
- 32) Hermed er interne ydelser mellem hovedvirksomheden og dennes faste driftssted ikke omfattet af direktivet.
- 33) Jf. L 119, bilag 47.
- 34) Jf. bilag 47 til L 119 i svaret til spm. 14.
- 35) Jf. skatteministerens svar i bilag 47 til L 119.
- 36) Jf. omtalen hos *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 42) og *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 146 f.). Sidstnævnte forfatter finder, at det på trods af ligheden med OECD's definition ikke er muligt at forudsige, om EF-Domstolen vil tolke begrebet i overensstemmelse hermed, eller om Domstolen i stedet vil finde inspiration i 6. momsdirektiv, i begrebet "fixed establishment". Forfatterne påviser, at der er for-
- skel på dette begreb og OECD-modellens begreb. For så vidt angår den manglende inddragelse af agenter under direktivet, anfører forfatterne, op.cit., s. 147, at dette formentlig er i strid med art. 43 i EF-traktaten om etableringsfrihed. Se endelig om begrebet *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 23 f.
- 37) Dele af det følgende afsnit er baseret på og udgør en sammenfatning af analysen af begrebet hos *Jakob Bundgaard & Niels Winther-Sørensen* i SR-skat 2007, s. 508 ff.
- 38) Begrebet "retmæssige ejer" indgår tillige i rentebeskatningsdirektivets art. 2 (direktiv 2003/48/EF). Da rentebeskatningsdirektivet vedrører renter, der betales til fysiske personer, er det særligt rente-/royaltydirektivet, der er relevant i nærværende sammenhæng.
- 39) Jf. *Klaus Eicker og Fabio Arami* i ECTR 2004, s. 142. Se *Luc Hinnekens* i BIFD 2000, s. 324 f., om de forskellige formål, som varetages af EU-retten og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Se også *Matthias Dahlberg*: *Internationell beskatning*, 2005, s. 294 f. Der kan endvidere argumenteres for, at indholdet skal fastlægges med udgangspunkt i direktivets ordlyd, jf. *Brent Springael* i DFI 2004, s. 282 og *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 148 f.). Der kan også argumenteres for, at begrebet "beneficial owner" endnu ikke er defineret. Denne fortolkning må dog forkastes. Herom anfører *Klaus Eicker & Fabio Aramini* i ECTR 2004, s. 142, at "...*Actually, states interpret it as an anti-avoidance provision aimed at fighting abusive transactions (e.g. sham, conduit). The fact that the beneficial owner concept is not clearly defined is not a sufficient argument to state that the Directive is not clear considering that all double tax treaties contain reference to it and are equally applied in all member countries. Thus, the beneficial owner concept cannot jeopardize the application of the IRD to the extent that the related parties do not act within an abusive (e.g. sham, conduit) transaction...*". Der kan endvidere argumenteres for, at begrebet ligger på linje med det begreb, der er indeholdt i OECD's modeloverenskomst., jf. *Brent Springael* i DFI 2004, s. 282.
- 40) Jf. *Brent Springael* i DFI 2004, s. 282.
- 41) Jf. *Joanna Wheeler* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 92b, s. 24.
- 42) Jf. table 4, s. 18, i *Survey on the implementation of the EC Interest Royalty Directive*. I de enkelte country surveys findes der specifikke gengivelser af de foretagne undersøgelser. I *Belgisk skatteret* synes begrebet eksempelvis ved implementeringen af rente-/royaltydirektivet at have fået den betydning, at modtageren skal være det selskab, der har den reelle ejendomsret til det aktiv, der genererer afkastet, jf. *Brent Springael* i DFI 2004, s. 282 f. Eksemplificerende nævnes det, at kildeskattefritagelsen må omfatte den situation, hvor der indskydes et selskab beliggende i EU, og dette selskab modtager betalingen til eget brug, bogfører denne, beskattes af denne og selv effektivt beslutter, hvordan der skal disponeres over beløbet, herunder også ved straks at foretage

- en hel eller delvis videreudlodning, også selv om modtager af videreudlodningen ikke isoleret set er omfattet af direktivet.
- 43) Jf. *Brent Springael* i DFI 2004, s. 282 og *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 148 f.). Sidstnævnte konkluderer tillige, at alle andre situationer vil være omfattet af direktivet, hvis det modtagende selskab vederlægges på armslængdevilkår. Herved er det et centralt spørgsmål at analysere, om en sådan økonomisk fordel foreligger, og at fastlægge, ud fra hvilke kriterier konstateringen heraf kan foregå. *Michele Gusmeroli* tilslutter sig i ET 2005, s. 39 ff. (s. 42) konklusionen hos *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 148, note 55, hvorefter der skal være en økonomisk fordel for det modtagende selskab og, at rent kunstige transaktioner, hvor der indskydes selskaber mellem modtageren og betaleren, er udelukket fra direktivets anvendelsesområde. *Dennis Weber* har i ECTR 2000, s. 22 konkluderet: "...I doubt whether the beneficial owner requirement can obstruct the use of conduit companies..." Se dog nedenfor om betydningen af misbrugsbestemmelsen i direktivets art. 5, jf. således *Klaus Eicker & Fabio Aramini* i ECTR 2004, s. 142, der bemærker, at conduit er udtryk for *en abusive transaction*.
- 44) Jf. således *Klaus Eicker & Fabio Aramini* i ECTR 2004, s. 142, der bemærker, at conduit er udtryk for *en abusive transaction*.
- 45) Jf. EF-Domstolens dom af 17/7 1997, sag C-28/95, *Leur Bloem* (SU 1997, 257), præmis 43 ff. vedrørende fusionsbeskatningsdirektivets art. 11. En bestemmelse svarende til rente-/royaltydirektivets art. 5 findes i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2.
- 46) Dette kan i givet fald føre til, at retmæssige ejer-begrebet i direktivet fortolkes mere snævert end beneficial owner-begrebet i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, jf. herved at det i OECD's kommentarer (fra og med 2003-versionen) til art. 11 er anført, at begrebet *beneficial owner* ikke er anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhæng med og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse, jf. ovenfor i afsnit 4.1.
- 47) Jf. i samme retning EF-Domstolens dom af 5/7 2007, sag C-321/05, *Kofoed* (SU 2007, 343), præmis 37 ff., hvor EF-Domstolen fastslår, at anvendelsen af den tilsvarende misbrugsbestemmelse i art. 11 i fusionsbeskatningsdirektivet forudsætter hjemmel i national ret.
- 48) Det fremgår endvidere af art. 5, at bestemmelsen heller ikke udelukker anvendelse af overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug. En dobbeltbeskatningsoverenskomst giver efter dansk ret imidlertid ikke i sig selv hjemmel til beskatning, jf. om den gyldne regel *Niels Winther-Sørensen* i Jan Pedersen m.fl.: *Skatteretten* 3, 2006, s. 37 ff., så også, hvor der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er en hjemmel i intern dansk ret nødvendig.
- 49) Jf. EF-Domstolens dom af 5/7 2007, sag C-321/05, *Kofoed* (SU 2007, 343), præmis 43 ff. med henvisninger. IBFD har i sin komparative undersøgelse af implementeringen af rente-/royaltydirektivet sammenfattet medlemsstaternes implementering af art. 5 således, jf. *Survey on the implementation of the EC Interest Royalty Directive*: "All Member States apply general anti-abuse measures under domestic law to deny the relief under the Directive in cases of fraud and abuse. In many instances, specific measures for the purpose of the directive have been introduced...[...]...Only Austria and Germany have introduced specific measures that follow closely...". Se om den parallelle bestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2; *Ottmar Thömmes* i EC Corporate Tax Law, pkt. 19 af art. 1, *Fred De Hosson* i *Intertax* 1990, s. 427 og *Søren Næsborg Jensen*: *EU-Selskabsskatteret*, 1997, s. 311 f.
- 50) Den eneste forskel består i, at statsgældsbeviser ikke er medtaget. Dette finder *Michele Gusmeroli* berettiget i ET 2005, s. 39 ff. (s. 44), idet medlemsstaterne ikke udgør selskaber omfattet af direktivet.
- 51) Jf. også *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 149 f.).
- 52) Jf. herom *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 25.
- 53) Det kan i denne forbindelse overvejes, om en sådan omkvalificeret rentebetaling i stedet vil være omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF). Dette spørgsmål indgik i Sag C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH* (SU 2003, 12), dog uden at EF-Domstolen tog stilling hertil.
- 54) Jf. *Michele Gusmeroli* i ET 2005, s. 39 ff. (s. 44).
- 55) Jf. kritisk *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 26.
- 56) Om denne bestemmelse bemærker *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 149), at ordlyden er uklar, og at bestemmelsen ikke per automatik omfatter finansielle instrumenter, der giver kreditor ret til at konvertere lån til aktiekapital i debitorselskabet.
- 57) Jf. *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 26.
- 58) Jf. *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 150).
- 59) Jf. kritisk hertil *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 21 ff. (s. 26) og *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 150).
- 60) Se herom *Jakob Bundgaard* i DFI 2008, s. 157 ff.
- 61) Jf. herom *Bertrand Dussert* i DFI 2004, s. 213 f. og *Brent Springael* i DFI 2004, s. 287.
- 62) Jf. *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 21 ff. (s. 21) og *Marcello Distaso & Raffaele Russo* i ET 2004, s. 143 ff. (s. 152).
- 63) Jf. herved *Dennis Weber* i ECTR 2000, s. 27. Forfatteren henviser herved til formålet med direktivet, som er at ophæve dobbeltbeskatning. En sådan dobbeltbeskatning kan jo netop forekomme ved en fradragsbegrænsning i den ene medlemsstat samtidig med en indkomstbeskatning i den anden medlemsstat. Nævnte forfatter konkluderer følgende herom: "...If the above conclusion is correct, the introduction of the Interest

and Royalty Directive would eliminate thin capitalization measures based on a general debt/equity ratio in the EC...[...]. One may well doubt whether this is the

effect intended by the Commission, and also whether the Member States are fully aware of its significance...”.

64) Jf. blanket 06.013 vedrørende royalties og blanket 06.026 vedrørende renter.