

Beneficial owner

Retmæssig ejer

Studium: Cand. Merc. Aud.

Opgavetype: Kandidatafhandling

Forfatter: Anders Neldeberg Nielsen

Dato for aflevering: 17. oktober 2014

Vejleder: Jesper Anker Howes

Antal anslag inkl. Mellemrum: 181.753 (80 normalsider)

Uddannelsesinstitution: Copenhagen Business School 2014

Indholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| Indholdsfortegnelse..... | 1 |
| Executive summary..... | 4 |
| 1.1 - Problembaggrund..... | 6 |
| 1.2 - Problemformulering..... | 7 |
| 1.3 - Afgrænsning..... | 7 |
| 1.4 - Disposition..... | 7 |
| 1.5 - Metode..... | 7 |
| 1.6 – Definitioner..... | 8 |
| 2.0 - Relevansen af beneficial owner begrebet..... | 8 |
| 3.0 - Analyse af beneficial owner i henhold til OECDs modeloverenskomst..... | 9 |
| 3.1 - OECD modeloverenskomst kommentarer 2010..... | 10 |
| 3.1.1 - Analyse..... | 11 |
| 3.2 - Double taxation conventions and the use of conduit companies (1986)..... | 12 |
| 3.2.1 - Analyse..... | 13 |
| 3.3 - Clarification of the meaning of beneficial owner in the OECD model tax convention (2011) samt Revised discussion draft fra 2012..... | 13 |
| 3.3.1 - Analyse..... | 14 |
| 3.4 - Opsummering..... | 17 |
| 4.0 - Analyse af beneficial owner i henhold til danske retskilder excl. domme..... | 18 |
| 4.1 - Rente/royalty direktivet..... | 18 |
| 4.1.1 - Analyse..... | 19 |
| 4.2 - Beneficial owner begrebet i henhold til SEL § 2, stk 1, litra c samt moder/datterselskabsdirektivet..... | 20 |
| 4.2.1 - Analyse..... | 21 |
| 4.2.2 - Rent kunstige arrangementer..... | 24 |
| 4.2.2.1 - Analyse..... | 24 |
| 4.2.3 – Ændringsforslag til moder/datterselskabsdirektivet..... | 25 |
| 4.2.3.1 - Analyse..... | 26 |
| 4.3 - Rette indkomstmodtager..... | 28 |
| 4.3.1 - Analyse..... | 28 |
| 4.4 - Opsummering..... | 29 |
| 5.0 - Analyse af beneficial owner i henhold til international domspraksis..... | 30 |

| | |
|---|----|
| 5.1 - Indofood dom | 31 |
| 5.1.1 - Analyse | 32 |
| 5.2 - Prévost Car Inc dom | 33 |
| 5.2.1 - Analyse | 33 |
| 5.3 - Velcro Canada Inc dom..... | 35 |
| 5.3.1 - Analyse | 35 |
| 5.4 - A A/S dom..... | 36 |
| 5.4.1 - Analyse | 37 |
| 5.5 - Opsummering..... | 38 |
| 6.0 - Analyse af beneficial owner i forhold til danske domspraksis og bindende svar..... | 39 |
| 6.1 - SKM2012.121.ØLR mv. | 39 |
| 6.1.1 - Analyse | 40 |
| 6.2 - SKM2012.26.LSR..... | 41 |
| 6.2.1 - Analyse | 41 |
| 6.3 - SKM2012.409.LSR..... | 43 |
| 6.3.1 - Analyse | 43 |
| 6.4 - SKM2011.485.LSR samt SKM2011.57.LSR..... | 45 |
| 6.4.1 - Analyse | 45 |
| 6.6 – SKM2013.446.SR..... | 47 |
| 6.8 – SKM2012.246.SR..... | 48 |
| 6.9 – SKM2011.441.SR..... | 50 |
| 6.10 – SKM2011.47.SR..... | 52 |
| 6.11 – Opsummering | 53 |
| 7.0 – vurdering af dansk domspraksis i forhold til OECD modeloverenskomst og international domspraksis..... | 55 |
| 8.0 – konklusion..... | 56 |
| Kildefortegnelse..... | 61 |
| Bøger..... | 61 |
| OECD..... | 61 |
| EU kilder..... | 61 |
| Relevante artikler | 61 |
| Internationale domme..... | 62 |
| Danske domme og bindende svar | 62 |

| | |
|---------------------|----|
| Lovforslag | 63 |
| Internetsider | 63 |

Executive summary

The term beneficial owner was introduced to tax terminology in 1977 when the OECD model tax convention was updated. For many years most tax commentators assumed that the term was without practical relevance.

However in 2007 Danish tax authorities accused multinational groups of evading Danish withholding taxes by paying dividends or interest payments to conduit companies, which were not the beneficial owner of the income received. As a result numerous cases have been brought before the Danish courts in order to decide whether or not the foreign holding companies could be regarded as beneficial owners.

Danish tax authorities have directed their claims for payable taxes against the paying Danish companies, arguing that the Danish companies have neglected their duty to withhold taxes when paying out dividends or interest.

The term beneficial owner has its origin in the OECD model tax convention and both foreign and national courts have agreed upon that the term is to be interpreted autonomously based upon the meaning in the OECD model tax convention. The OECD model tax convention states that agents, nominees and conduit companies cannot be regarded as beneficial owners. Regarding conduit companies the tax convention states that a company is a conduit company if the company has very narrow powers over the income concerned.

There have been several court cases, both nationally and internationally, concerning the interpretation of the beneficial owner term. Tax authorities have argued that foreign holding companies are not beneficial owner of received income, due to the companies not having the powers to decide on the use of the income and the companies not having substance in the form of employees and physical premises.

So far the outcome of the beneficial owner cases has been mixed. In 3 out of 4 cases ruled by foreign courts, the foreign holding companies have been recognized as the beneficial owner. In the Indofood case the foreign holding company was not recognized as the beneficial owner, which can most likely be attributed to the fact that the transaction structure in the case was an obvious example of treaty abuse. When ruling the cases the foreign courts have analyzed as to whether the foreign holding companies had a legal or de facto obligation to pass on received income. Furthermore foreign courts have analyzed on the situation for the conduit company's owners in the event of the conduit company's bankruptcy.

In Denmark there have been 7 court rulings and in 3 of 7 cases, the foreign holding companies have been recognized as the beneficial owner. When ruling the cases the courts have analyzed as to whether:

- The income has been passed on from the conduit company to its owners
- There is a net taxable income in the conduit company
- The conduit company has physical premises and employees
- Loan agreements between the Danish company and the conduit company and between the conduit company and its owners have the same terms and conditions
- The conduit company's decision of use of the income has been predetermined from the start of the group establishment

In 2011/12 OECD released 2 discussion drafts with the objective to clarify the term beneficial owner. The proposed definition in the discussion drafts has been approved by the OECD member countries July 16, 2014. The new definition states that in order for a company to be classified as a conduit company, the company must be subject to an obligation to pass on the received income. Such an obligation may arise from legal documents or a de facto obligation. However the updated definition states that for a de facto obligation to exist it must be related to the income received by the conduit company.

Based on the new definition of the beneficial owner term, it is my assessment that it will be very difficult for Danish tax authorities to prove that foreign holding companies should not be recognized as the beneficial owner.

However Danish tax authorities may still be able to require Danish companies to withhold taxes when paying dividends or interest to foreign holding companies, if tax authorities can prove that foreign holding companies constitute treaty abuse. So far Danish courts do not appear to have distinguished between the beneficial owner term and treaty abuse term. In future court rulings it should be expected that Danish courts will make a distinction between the 2 terms and treat the terms as 2 separate matters.

It is my assessment that if Danish tax authorities fails to prove that foreign holding companies constitute treaty abuse, the term beneficial owner will no longer have any practical relevance in Danish tax law.

1.1 - Problembaggrund

I gennem de senere år har SKAT indledt en række sager mod multinationale koncerner med krav om indeholdelse og betaling af kildeskat på renter og udbytter i multinationale koncernstrukturer, hvor udbytter eller renter efter SKATs opfattelse strømmer igennem et eller flere lande før at udbytterne/renterne kommer til den retmæssige ejer (beneficial owner). Kravet om indeholdelse og betaling af kildeskat til DK er relevant i de tilfælde, hvor den retmæssige ejer befinder sig i et land, der ikke er omfattet af EU's moder/datterselskabsdirektiv, EU's rente/royalty direktiv eller ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med DK.

Baggrunden for SKATs indledning af disse sager mod multinationale selskaber skyldes dels et pres fra skiftende regeringer og medier om at SKAT sikrer at multinationale koncerner betaler skat i DK. Dels argumenterer SKAT i de indledte retssager med at definitionen af beneficial owner begrebet er blevet præciseret i forbindelse opdateringen af kommentarerne til artikel 10 i OECDs modeloverenskomst for 2003.

I hverken dansk eller international skatteret er beneficial owner begrebet defineret klart og objektivt.

I 2001 blev der genindført begrænset skattepligt på udbytter fra danske selskaber til udenlandske selskaber, således at hovedreglen er, at der skal indeholdes dansk kildeskat på udbytter til udenlandske selskaber. I forbindelse med behandlingen af lovforslaget udtalte skatteministeren, at skatteprovenuet fra genindførelsen af den begrænsede skattepligt ville forventes at være begrænset.¹

I 2004 blev begrænset skattepligt indført på koncerninterne renter. I forbindelse med behandlingen af lovforslaget udtalte skatteministeren, at skatteprovenuet fra indførelsen af den begrænsede skattepligt på renter, ikke ville medføre noget provenu.²

Senest har Danmark i december 2012 vedtaget ændringer til selskabsskattelovens § 2, stk 1, litra c, som skal forhindre at udenlandske investorer undgår andre landes udbyttebeskatning ved at bruge gennemstrømningsselskaber i DK.³ Lovteksten i SEL § 2, stk 1, litra c benytter specifikt ordet retmæssig ejer i betingelserne for at et dansk selskab ikke skal indeholde dansk kildeskat i forbindelse med udlodning af udbytter til udenlandske selskaber. Hverken lovteksten eller lovbemærkningerne definerer dog nærmere hvad der skal forstås ved retmæssig ejer.

Udfaldet af beneficial owner sagerne i Danmark har været blandet, hvor SKAT både har tabt sager⁴ samt vundet sager.⁵

Beneficial owner begrebet har også været behandlet af udenlandske domstole med forskellige udfald⁶ og der hersker både i dansk og international skatteret fortsat stor tvivl om, hvordan begrebet beneficial owner skal forstås.

¹Det store hykleri om beneficial owner sagerne, TfS 2011, 537

²Det store hykleri om beneficial owner sagerne, TfS 2011, 537

³L 10 udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber, SR-skat 2013, 22

⁴SKM2012.121.ØLR og SKM2012.26.LSR

⁵SKM2011.57.LSR og SKM2011.485.LSR

⁶Indofood sag, Prévost Car Inc sag, Velcro Canada Inc sag samt A/S sag

1.2 - Problemformulering

Hvad er konsekvenserne af at et selskab ikke bliver anerkendt som beneficial owner?

Hvad forstås ved begrebet beneficial owner ifølge dansk og international ret?

1.3 - Afgrænsning

I beneficial owner sagerne som SKAT har indledt mod multinationale selskaber i Danmark, har SKAT gjort kravene gældende mod de danske selskaber med henvisning til, at selskaberne har forsømt deres indeholdelsespligt på udbetalte udbytter/renter og at selskaberne dermed hæfter for de manglende indeholdte kildeskatter. Skatterådgivere og advokater har stillet spørgsmålstejn ved, hvorvidt de danske selskaber kan siges at have handlet forsømmeligt, baseret ud fra at SKAT ikke tidligere har rejst sager med beneficial owner problematikken som omdrejningspunkt.⁷

Opgaven vil ikke berøre problemstillingen om hæftelsen for den eventuelt manglende indeholdte kildeskat samt de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, der kan være ved at gøre de danske selskaber hæftelsespligtige.

1.4 - Disposition

- Relevansen af beneficial owner begrebet
- Analyse af beneficial owner i henhold til OECDs modeloverenskomst
- Analyse af beneficial owner i henhold til danske retskilder samt EU direktiver, excl. domme
- Analyse af beneficial owner i henhold til international domspraksis
- Analyse af beneficial owner i henhold til dansk domspraksis og bindende svar
- Vurdering af dansk domspraksis i forhold til OECD modeloverenskomst og international domspraksis

Opgavens struktur er således, at først beskrives/citeres afsnittets relevante retskilder og dernæst foretages analyse af de udvalgte retskilder.

1.5 - Metode

Opgavens metode er baseret på retsdogmatisk fortolkning, hvor det ved analysen forsøges at udlede, hvorledes beneficial owner begrebet skal fortolkes.

De retskilder som benyttes til analysen vil være:

- OECD modeloverenskomst med kommentarer 2010
- EU direktiverne rente/royalty direktivet samt moder/datterselskabsdirektivet
- Nationale retsregler for begrænset skattepligt på renter samt udbytter
- Domstolsafgørelser afsagt af udenlandske domstole
- Domstolsafgørelser afsagt af danske domstole, herunder administrative kendelser fra Landsskatteretten
- Bindende svar fra Skatterådet
- Artikler udarbejdet af skatteretlige kommentatorer

⁷Det store hykleri om beneficial owner sagerne, TfS 2011, 537

Analysens fortolkning af retsregler, domstolsafgørelser, bindende svar samt artikler vil primært være baseret på ordlydsfortolkninger af retsreglerne samt de argumenter, som domstole har lagt vægt på i deres afgørelser.

De domstolsafgørelser samt bindende svar som der benyttes i analysen er valgt dels ud fra dommenes omtale i artikler af skatteretlige kommentatorer samt ved søgning i SKATs afgørelsesdatabase med brug af søgeordet Beneficial owner. Ikke alle afgørelser som fremkommer ved søgning i SKATs afgørelsesdatabase er medtaget i analysen, idet at der kun er benyttet afgørelser, som vurderes at bidrage til fortolkningen af beneficial owner begrebet.

Herudover er der ved udvælgelsen af relevante afgørelser lagt vægt på at benytte de seneste offentliggjorte kendelser.

1.6 – Definitioner

LSR – Landsskatteretten

ØLR – Østre Landsret

VLR – Vestre Landsret

Skatterådet – SR

M/D-direktivet – Moder/datterselskabsdirektivet

R/R-direktivet – Rente/royalty direktivet

SEL – Selskabsskatteloven – lovbekendtgørelse nr. 1082 af 14. november 2012

KSL – Kildeskatteloven – lovbekendtgørelse nr. 1403 af 7. december 2010

SKL – Skattekontrolloven – lovbekendtgørelse nr. 1264 af 31. oktober 2013

DBO – Dobbeltbeskatningsoverenskomst

OECD MO – OECD modeloverenskomst 2010 med kommentarer

2.0 - Relevansen af beneficial owner begrebet

Omdrejningspunktet i beneficial owner sagerne er, hvorvidt udenlandske modtagere af indkomst fra Danmark er begrænset skattepligtige til Danmark og subsidiært, hvorvidt de udbetalende selskaber i Danmark har været pligtige til at indeholde kildeskat i forbindelse med betalingen til de udenlandske modtagere.

SEL § 2, litra c) og d) angiver, at udenlandske selskaber er begrænset skattepligtige til Danmark af udbytter og renter på kontrolleret gæld, når disse udbetales fra Danmark.

Den begrænsede skattepligt bortfalder dog, såfremt beskatningen af udbytterne/renterne skal nedsættes eller frafalder efter en DBO eller hhv. M/D-direktivet eller R/R-direktivet.

De fleste DBO'er som Danmark er part i indeholder krav om, at indkomstmodtageren er beneficial owner for at beskatningen skal nedsættes eller frafalder.

M/D-direktivet indeholder ikke et eksplicit krav om, at indkomstmodtageren er beneficial owner af indkomsten.

R/R-direktivet indeholder et eksplicit krav om, at indkomstmodtageren er beneficial owner af indkomsten.

I de tilfælde hvor indkomstmodtageren ikke anerkendes som beneficial owner af den modtagne indkomst og transaktionen ikke er omfattet af M/D-direktivet, bortfalder den begrænsede skattepligt til Danmark ikke og indkomstmodtageren bliver dermed begrænset skattepligtig til Danmark på baggrund af hovedreglen i SEL § 2, litra c) og d).

KSL § 65 og KSL § 65 D angiver, at det udbetalende selskab er pligtig til at indeholde og indbetale kildeskat, når der foretages udbetalinger af udbytter og renter omfattet af SEL § 2, litra c) og d). KSL § 69 angiver, at såfremt det udbetalende selskab undlader at opfylde sin pligt til at indeholde kildeskat, kan det udbetalende selskab gøres umiddelbart ansvarlig, medmindre at denne godtgør, at selskabet ikke har udvist forsømmelighed.

Det danske udbetalende selskab vil således være pligtig til at indeholde kildeskat, hvis den udenlandske modtager ikke er beneficial owner og det danske selskab hæfter over for skattemyndighederne for den manglende indeholdte kildeskat.

3.0 - Analyse af beneficial owner i henhold til OECDs modeloverenskomst

Begrebet beneficial owner optræder for første gang i OECD MO i forbindelse med revisionen af OECD MO i 1977 i artikel 10-12 (udbytte, renter og royalties).

For så vidt angår udbytte (artikel 10) var begrebet beskrevet således:

"However such dividends may be taxed in the contracting state of which the company paying the dividends is a resident, and according to the laws of that state but if the recipient is the beneficial owner of the dividends, the tax so charged shall not exceed..."

I bemærkningerne til artikel 10 var blandt andet anført følgende:

"...the limitation of the tax in the state of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner of the income is a resident of the other contracting state."⁸

Formålet med indførelsen af beneficial owner begrebet var at forhindre skatteunddragelse og misbrug samt at retfærdiggøre restriktionen af national beskatningsret.⁹

Beneficial owner begrebet var ikke et begreb, som tidligere havde været benyttet i dansk skatteret og begrebet var i det hele taget ikke kendt inden for dansk ret. Beneficial owner begrebet var derudover et ukendt begreb for en række af OECD landene, dog var der enkelte lande, som havde referencer til beneficial owner i landenes lovgivning, primært common law lande.

Begrebet beneficial owner udspringer fra common law-lande, hvor ejerskab til et aktiv kan fordeles mellem

⁸Beneficial owner, SU 2011, 415

⁹Tværeurøpæisk substanskrav, SU 2010, 1

flere parter, der hver især besidder varierende rettigheder og det anvendes til at beskrive forholdet mellem de enkelte rettighedshavere.¹⁰

I de DBO'er, som Danmark efterfølgende indgik med fremmede stater efter 1977, blev betingelsen om beneficial ownership medtaget som en betingelse for at kunne gøre brug af DBO'ernes fordele i forhold til udbytter, renter og royalties.

Til trods for at beneficial owner begrebet således har været i brug siden 1977 i de danske DBO'er, er det først i 2007, at SKAT gør brug af begrebet i forhold til multinationale koncerners brug af overenskomstfordele i forbindelse med grænseoverskridende udbytter og rentebetalinger.

3.1 - OECD modeloverenskomst kommentarer 2010

I 2003 udvides kommentarerne til artikel 10-12 og følgende angives i kommentarernes punkt 12 om beneficial owner:

12. Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i artikel 10, stk 2, for at tydeliggøre betydningen af ordene "betalt...til en person, der er hjemmehørende", således som de anvendes i artiklens stk 1. Det gøres herved klart, at kildestaten ikke er forpligtet til at give afkald på sin beskatningsret til udbytteindkomst, blot fordi indkomsten umiddelbart blev betalt til en person, der er hjemmehørende i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en overenskomst. Udtrykket retmæssig ejer er ikke anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.

12.1 Når en indkomst betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat og som handler i sin egenskab af agent eller mellemmand, vil det ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, at kildestaten indrømmer lempelse eller skattefritagelse alene på grundlag af den umiddelbare indkomstmodtagers status som en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Den umiddelbare indkomstmodtager er i denne situation en person, der er hjemmehørende i den anden stat, men ingen dobbeltbeskatning opstår som følge heraf, da indkomstmodtageren ikke anses for ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvori han er hjemmehørende. Det ville ligeledes ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle indrømme lempelse af eller fritagelse for skat i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som agent eller mellemmand, blot fungerer som "gennemstrømningsenhed" (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. Af disse grunde konkluderer den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", at et "gennemstrømningselskab" normalt ikke kan anses for den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter.

12.2 Med forbehold af artiklens andre betingelser vedbliver begrænsningen i kildestatens beskatningsret at eksistere, når en agent eller mellemmand, hjemmehørende i en kontraherende stat eller i en tredjestat, er indskudt mellem den berettigede og betaleren, medmindre den retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. (Modelteksten blev ændret i 1995 for at tydeliggøre dette punkt, som er i

¹⁰Gennemstrømningselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, SU 2008, 89

overensstemmelse med alle medlemsstaternes opfattelse). Stater der ønsker at udtrykke dette tydeligere, kan frit gøre dette under bilaterale forhandlinger.¹¹

3.1.1 - Analyse

I forhold til 1977 kommentarerne er der i 2003 kommentarerne tilføjet til afsnit 12 at "Udtrykket retmæssig ejer er ikke anvendt..." samt kommentarer omkring conduit selskaber indføres.

OECD MO angiver at for at der skal være tale om et conduit selskab, skal selskabet have meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst. Brugen af ordet "meget" indikerer, at der må skulle mere til end i forhold til en normal situation og at der vil skulle nogle særlige omstændigheder til for at et selskab vil blive betragtet som et conduit selskab. At der skal særlige omstændigheder til, for at selskab bliver nægtet anerkendelse som beneficial owner, er også Hans Severin Hansens fortolkning.¹² Som beskrevet nedenfor angav OECD i sin rapport fra 1986, at det forhold, at et selskab kun ejer aktiver eller rettigheder, medfører ikke, at selskabet blot er et conduit selskab. Der må således skulle løftes en ganske betragtelig bevisbyrde, for at et selskab kan siges at være et conduit selskab og som angivet i OECDs rapport fra 1986, vil denne bevisbyrde ofte være svær for kildestatens skattemyndigheder at løfte.

I forbindelse med Prévost Car Inc. sagen i Canada blev Daniel Lüthi benyttet som ekspertvidne til at belyse begrebet conduit selskaber. Daniel Lüthi var tilknyttet det schweiziske finansministerium og var desuden involveret i en række OECD komiteer. Daniel Lüthi har således haft viden omkring, hvad OECD medlemslandene har lagt i begrebet beneficial owner i forbindelse med forhandlinger om OECD MO. I forbindelse med sagen oplyste Daniel Lüthi at:

"There was no expectation that a holding company was a mere agent or nominee for its shareholders, that is, that its shareholders were the beneficial owners of the holding company's income. Indeed, a holding company is the beneficial owner of the dividend paid to it unless there is strong evidence of tax avoidance or treaty abuse."¹³

Daniel Lüthi's forklaring af begrebets forventede betydning understøtter min fortolkning af, at nægtelse af anerkendelse som beneficial owner til en indkomst for et conduit selskab, kræver særlige omstændigheder og at et sædvanligt holdingselskab ikke vil kunne blive nægtet anerkendelse som beneficial owner af modtagne indkomster.

Brugen af formuleringen "pågældende indkomst" i OECD MO indikerer, at vurderingen af, hvorvidt selskabet skal betragtes som et conduit selskab, skal foretages transaktion for transaktion og at selskabet således kan være et conduit selskab i forhold til en type indkomst, mens at selskabet ikke er conduit selskab i forhold til andre typer indkomster, som selskabet måtte have.

I afsnit 12.2 angives "Den umiddelbare indkomstmodtager er i denne situation en person, der er hjemmehørende i den anden stat, men ingen dobbeltbeskatning opstår som følge heraf, da indkomstmodtageren ikke anses for ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvori han er hjemmehørende." Den pågældende sætning er angivet efter forudgående omtale af agenter og nominees, men før omtalen af conduit selskaber. Det er dog min vurdering at den pågældende sætning er relevant i

¹¹OECD modeloverenskomst 2010 – med kommentarer

¹²Det store hykleri - om beneficial owner sager, Tfs 2011, 537

¹³Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 57

forhold til både agenter, nominees og conduit selskaber.

Som jeg fortolker dette afsnit angiver OECD MO, at det er en forudsætning for at man kan nægte anerkendelse som beneficial owner, at conduit selskabet i sin hjemmehørende stat ikke bliver anerkendt som rette indkomstmodtager (eller tilsvarende begreb i henhold til conduit landets skattepraksis) af den pågældende indkomst. Dvs. at det må være en forudsætning, at indkomsten ikke bliver allokeret til conduit selskabet. At en sådan vurdering skal foretages i forbindelse med beneficial owner vurderingen er desuden foreslået i kommentatorers kommentarer til Revised discussion draft fra 2012.¹⁴ Det forhold, at en indkomst er fritaget fra beskatning i conduit landet og at conduit selskabet dermed ikke bliver beskattet af indkomsten, kan ikke medføre, at conduit selskabet ikke vil være beneficial owner, idet at indkomsten fortsat er allokeret til selskabet, den er blot fritaget for beskatning. At det må være en forudsætning, at conduit selskabet ikke bliver anerkendt som rette indkomstmodtager i sit hjemland må også følge af den logiske konsekvens det har, hvis conduit selskabet bliver pålagt kildeskat i kildestaten, idet at conduit selskabet dermed vil blive pålagt både selskabsskat af indkomsten og kildeskat af indkomsten og dermed bliver juridisk dobbeltbeskattet.

3.2 - Double taxation conventions and the use of conduit companies (1986)

Forud for tilføjelsen af yderligere tekst til kommentarerne til artikel 10-12, havde OECD i 1986 udarbejdet rapporten Double taxation conventions and the use of conduit companies. Rapporten beskriver, hvorledes conduit selskaber kan bruges til uretmæssigt at gøre brug af DBO'ernes fordele samt angiver forslag til, hvordan OECD lande kan udarbejde lovgivning rettet mod brugen af conduit selskaber.

Rapporten angiver, at conduit selskaber kan bruges på 2 måder:

- Direkte conduit selskaber anvendes i de situationer, hvor selskabets indkomst ikke undergives beskatning i gennemstrømningsstaten¹⁵ samt conduit selskabet undgår helt eller delvist at skulle betale kildeskat til det land, hvorfra udbyttet oprindeligt udloddes fra.
- Stepping stone conduit selskaber anvendes i de situationer, hvor lempelse i kildeskatten alene kan opnås ved at placere et conduit selskab i en stat, der ikke tilbyder fordelagtig beskatning af selskabets indtægter.¹⁶

Rapporten angiver i afsnit II.A at følgende specifikke forhold, vil medføre at conduit selskabet ikke vil kunne gøre brug af DBO'ernes fordele:

- The entity used as a conduit is not recognized as a juridical person
- The company is not liable to tax in the state of conduit on the basis of its domicile, place of management or other criterion of a similar nature
- The assets and rights giving rise to the dividends, interest and royalties have not effectively been transferred to the company so that it acts as a mere nominee when receiving payments of such income

¹⁴Revised discussion draft, afsnit E.14

¹⁵Gennemstrømningselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, SU 2008, 89

¹⁶Gennemstrømningselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, SU 2008, 89

Rapportens afsnit II.B angiver desuden følgende omkring conduit selskaber:

”Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company). In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary.

3.2.1 - Analyse

Direkte conduit selskaber strategien benyttes som oftest, når conduit selskabets indkomst består af udbytteindtægter fra datterselskaber, idet at mange lande har fritaget datterselskabsudbytter fra beskatning, når givne kriterier er opfyldt.

Stepping stone conduit selskaber strategien benyttes som oftest, når conduit selskabets indkomst består af renteindtægter fra datterselskaber. Conduit selskabet vil ofte have et modsvarende lån hos sit moderselskab, således at conduit selskabet har renteomkostninger, som helt eller delvist modsvarer selskabets renteindkomst.

I OECD rapporten er ikke angivet, hvorvidt de 3 nævnte betingelser skal betragtes som værende kumulative eller hvorvidt blot et enkelt af kriterier skal være opfyldt for at conduit selskabet kan nægtes brug af overenskomstens fordele, men ud fra kriteriernes indhold, er det min vurdering, at såfremt at blot 1 af kriterierne er opfyldt, vil overenskomstens fordele kunne nægtes.

3.3 - Clarification of the meaning of beneficial owner in the OECD model tax convention (2011) samt Revised discussion draft fra 2012

I 2011 udgav OECD et discussion draft med henblik på at præcisere kommentarerne til beneficial owner begrebet i OECD MO, da begrebet blev fortolket forskelligt af domstole og skattemyndigheder.¹⁷

I discussion draftet giver OECD sit bud på opdaterede kommentarer til artikel 10-12. I oktober 2012 udgav OECD et Revised discussion draft på baggrund af kommentarer til 2011 draftet.¹⁸ I Revised discussion draft fra 2012 er bl.a. angivet følgende (kun relevante afsnit er medtaget):

”12.1 ...The term ”beneficial owner” is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context...”

”12.4 In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that the recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation must be related to the payment

¹⁷Clarification of the meaning of ”Beneficial owner” in the OECD Model tax convention – discussion draft, 29 April 2011 to 15 July 2011

¹⁸ Revised proposals concerning the meaning of Beneficial owner in articles 10, 11 and 12 – discussion draft, 19 October 2012 to 15 December 2012 (Revised discussion draft)

received; it would therefore not include contractual or legal obligations unrelated to the payment received even if those obligations could effectively result in the recipient using the payment received to satisfy those obligations. Examples of such unrelated obligations are those unrelated obligations that the recipient may have as a debtor or as a party to financial transactions... Where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the “beneficial owner” of that dividend. It should also be noted that article 10 refers to the beneficial owner of a dividend as opposed to the owner of the shares, which may be different in some cases.”

“12.5 The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision...”

“12.6 ...In the context of Article 10, the term “beneficial owner” is intended to address difficulties arising from the use of the words “paid to” in relation to dividends, rather than difficulties related to the ownership of the shares of the company paying these dividends. For that reason, it would be inappropriate, in the context of that article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise “ultimate effective control over a legal person or arrangement.”

3.3.1 - Analyse

OECDs bud på opdaterede kommentarer er endnu ikke indarbejdet i OECD MO, men da discussion draftet er benævnt med titlen “clarification” er det min vurdering at disse nye kommentarer vil udgøre præcisering til det nuværende beneficial owner begreb og således ikke vil være en udvidelse af kommentarerne. Herudover er det i kommentarerne til Revised discussion draft for 2012 angivet at working party gruppen, som har udarbejdet draftet, betragter ændringerne som værende præciseringer og ikke udtryk for ændringer.¹⁹ Det er derfor min vurdering, at disse kommentarer vil kunne inddrages i en analyse af beneficial owner begrebet i henhold til den nuværende OECD MO.

Endelig skal det fremhæves at OECD den 16. juli 2014 har offentliggjort en pressemeddelelse, hvori det oplyses, at i 2014 OECD MO vil de foreslåede kommentarer i Revised discussion draft fra 2012 indgå.²⁰

Det første som er værd at bemærke i de nye kommentarer er, at det i afsnit 12.1 angives at beneficial owner begrebet ikke skal fortolkes på baggrund af den definition/brug af begrebet, som er lagt til grund i common law lande i relation til fondslovgivning. Efter min mening indikerer dette, at OECD er af den opfattelse, at beneficial owner begrebet skal undergives en autonom fortolkning. At begrebet skal undergives en autonom fortolkning understøttes desuden af de retssager, som der har været omkring begrebet, hvor begrebet også er blevet fortolket autonomt.²¹ Herudover blev der i forhold til det første discussion draft fjernet den sidste sætning i afsnit 12.1, hvori der var angivet, at nationale regler eller definitioner af beneficial owner begrebet måske kunne være relevant i forbindelse med fortolkningen af beneficial owner begrebet. Enhver tvivl om hvorvidt beneficial owner begrebet skal fortolkes ved brug af national ret, må herefter siges at være fejlet af bordet.

¹⁹ Revised discussion draft, afsnittet Other comments on the discussion draft

²⁰ <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-update-model-tax-convention.htm>

²¹ SKM2012.121.ØLR, Prévost Car Inc dom, Indofood dom

I afsnit 12.4 ændres beskrivelsen af beneficial owner begrebet fra at conduit selskabet har "very narrow powers" til "have the right to use and enjoy". OECD bruger således den beskrivelse af begrebet, som der blev brugt i Prévost Car Inc dommen.²² Hvorvidt ændringen i formuleringen kommer til at få en reel betydning er svær at vurdere. Som jeg læser de 2 formuleringer, kan den første formulering læses som om at det skal bevises, at conduit selskabets muligheder er indskrænkede. En sådan bevisførelse må skulle antages at skulle føres af den part, som anklager selskabet for ikke at være beneficial owner, typisk skattemyndigheder. Den anden formulering kan læses, som om at det skal bevises, at conduit selskabet besidder hele muligheden for at råde over indkomsten og det skal bevises, at selskabets muligheder er udvidede i forhold til et agent/conduit selskab. En sådan bevisførelse kan antages i praksis (særligt i en dansk kontekst) at blive lagt over på skatteyderen. Hvorvidt ændringen i formuleringen reelt får en betydning er dog meget tvivlsomt, idet at det skal bemærkes at Prévost Car Inc. dommen, hvor formuleringen blev benyttet, faldt ud til fordel for skatteyderen og ud fra dommens referat, ser der ikke ud til at blive lagt en yderligere bevisbyrde over på skatteyderen.

Endvidere skal det bemærkes, at der i det første discussion draft var angivet "the full right to use and enjoy", men at ordet "full" blev fjernet i Revised discussion draft fra 2012, grundet bekymringer fra kommentatorer omkring skattemyndighedernes brug af kommentaren.²³ Det forhold at ordet "full" blev fjernet, efter bekymringer fra kommentatorer, er efter min mening en indikation på, at formulering ændringen ikke er et forsøg fra OECD på at udvide beneficial owner begrebet samt at ændringen næppe kan tillægges den store betydning, herunder må det fortsat være skattemyndighederne, som skal løfte bevisbyrden for, at conduit selskabet ikke er beneficial owner.

Den anden væsentlige ændring i kommentarerne er, at det angives, at modtageren skal være forpligtet (obliget) til at videresende indkomsten. I kommentarerne angives videre, at denne forpligtelse som regel vil opstå fra juridiske bindende dokumenter, men forpligtelsen også kan antages at opstå ud fra de faktiske forhold. Det forhold at der angives "men" (but) indikerer, at forpligtelsens opståen på baggrund af faktiske forhold er en undtagelse til hovedreglen for, hvordan sådanne forpligtelser opstår og det må forventes at der vil skulle løftes en stærk bevisbyrde for, at faktiske omstændigheder kan medføre, at der siges at være opstået en forpligtelse.

I kommentarerne er ikke angivet, hvilke juridiske bindende dokumenter, som kan indebære en forpligtelse til at videresende modtagne beløb, men det mest nærliggende er, at de relevante dokumenter vil være selskabets vedtægter (udbytte) eller låneaftaler (renter). For at et juridisk dokument vil kunne medføre en forpligtelse for selskabet, må det være en forudsætning at selskabet selv er part i aftalen, som det desuden blev antaget i Prévost Car Inc. dommen. I Revised discussion draft fra 2012 blev tilføjet til kommentaren, at der skal være sammenhæng (related) mellem modtagne beløb i conduit selskabet og viderebetalte beløb. Endvidere blev det fremhævet, at det forhold at conduit selskabet har forpligtelser, som i praksis medfører at de beløb som conduit selskabet har modtaget bliver viderebetalt, ikke medfører at conduit selskabet bliver nægtet anerkendelse som beneficial owner af indkomsten.

Med Revised discussion draft fra 2012 er det meget svært at forestille sig situationer, hvor et selskab skulle blive nægtet anerkendelse som beneficial owner udover situationer, hvor der skulle være særlige bestemmelser i selskabets vedtægter. Efter min vurdering vil selv back-to-back låneaftaler ikke kunne

²²Prévost Car Inc sag, Tax court, afsnit 100

²³Revised discussion draft, afsnit E.14

medføre, at et selskab nægtes anerkendelse som beneficial owner af modtagne renter. Som jeg læser den nye kommentar skal der direkte stå i låneaftalen mellem conduit selskabet og dets långiver, at conduit selskabet skal bruge modtagne renter fra det underliggende låneforhold, hvori conduit selskabet er långiver (forholdet mellem conduit selskabet og drifts/target selskab), til at foretage viderebetalingen med. Herudover vil en låneaftale, hvori der er angivet, at conduit selskabet ikke må have anden virksomhed end at låne penge til drifts/target selskabet også kunne have den virkning, at conduit selskabet ikke bliver anerkendt som beneficial owner, idet at selskabet i dette tilfælde kun ville være i stand til at opfylde sine forpligtelser med de modtagne renter og vil være udelukket fra at fremskaffe midler fra andre kilder. Låneaftaler som eksemplificeret ovenfor vil næppe blive udarbejdet i praksis og det er min vurdering, at skattemyndighederne herefter vil have meget svært ved at underkende de konstruktioner, som der ofte bruges i internationale koncerner, herunder de konstruktioner som er genstand for de danske beneficial owner sager.

I det første discussion draft fra 2011 var angivet sætningen "also the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership". Min fortolkning af denne sætning var, at OECD her klart fastslog, at beneficial ownership og civil ejendomsret til indkomsten er 2 selvstændige begreber. I kommentarerne til Revised discussion draft fra 2012 omtaler flere kommentatorer problemstillingen i forhold til beneficial ownership og allokeringer (såsom rette indkomstmodtager).²⁴ I Revised discussion draft fra 2012 blev sætningen fjernet og omformuleret under afsnit 12.6. I den nye kommentar er angivet, at beneficial owner af det betalte udbytte ikke nødvendigvis er den samme som beneficial owner af de underliggende aktier. Efter min mening er den nye formulering mindre klar end den oprindeligt foreslåede formulering, da kommentaren ikke tager stilling til vurderingen af, om beneficial owner af udbyttet kan være en anden person end den som har den civile ejendomsret til udbyttet. I kommentarerne til Revised discussion draft fra 2012 angiver working party gruppen, at den oprindelige kommentar var passende, men at de grundet uklarheden i formuleringen valgte at omformulere sætningen.²⁵ Det er min vurdering, at OECD er af den overbevisning, at beneficial owner og den civile ejendomsret er 2 forskellige begreber, uanset at det efter min mening ikke fremgår særlig klart af den nye kommentar. Ændringen understøtter den fortolkning som er blevet lagt af danske domstole, som har antaget at begreberne beneficial owner og rette indkomstmodtager skal betragtes som 2 selvstændige begreber.²⁶ Såfremt at min fortolkning af denne ændring er korrekt samt at min fortolkning af afsnit 12.2 i de nuværende kommentarer omkring den umiddelbare indkomstmodtager er korrekt, kan denne ændring give anledning til opståen af allokeringskonflikter mellem kontraherende stater. Sådanne allokeringskonflikter kan medføre juridisk dobbeltbeskatning, såfremt at de kontraherende stater ikke bliver enige om et fælles allokeringsskema. I dansk skatteret foretages indkomstallokeringen som regel på baggrund af den civile ejendomsret til indkomsten. En sådan allokeringsskema benyttes ikke nødvendigvis i de andre lande, som Danmark har indgået DBO'er med.

Den nye kommentar i afsnit 12.5 er efter min vurdering udtryk for, at OECD mener, at beneficial owner begrebet skal fortolkes ud fra objektive kriterier, mens at vurderingen af, hvorvidt der foreligger misbrug af overenskomsten, er en selvstændig vurdering, som først skal foretages efter vurderingen af, hvorvidt

²⁴Revised discussion draft, afsnit E.14

²⁵Revised discussion draft, afsnit E.19

²⁶SKM2011.485.LSR samt Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, SU 2012, 98

conduit selskabet er beneficial owner. En sådan vurdering blev også lagt til grund af den schweiziske skattedomstol i forbindelse med A A/S sagen.²⁷

I den nye kommentar i afsnit 12.6 angiver OECD efter min vurdering klart, at når man skal identificere beneficial owner til indkomsten, skal man ikke se helt tilbage til de ultimative fysiske investorer og at beneficial owner kan være en juridisk enhed, som ligger bagved den umiddelbare indkomstmodtager.

3.4 - Opsummering

Beneficial owner begrebet blev indført i 1977 i forbindelse med revision af OECD MO.

Den nuværende version af kommentarerne om beneficial owner stammer fra kommentarerne til OECD MO 2003, hvor der blev tilføjet yderligere kommentarer til beneficial owner begrebet. OECD MO angiver, at for at et selskab skal betragtes som et conduit selskab som ikke er beneficial owner, skal selskabet have meget snævre beføjelser over den pågældende indkomst. Brugen af ordet "meget" indikerer, at der skal særlige omstændigheder til for at blive nægtet anerkendelse som beneficial owner. Brugen af ordet "pågældende" indikerer, at vurderingen af, hvorvidt et selskab er et conduit selskab, skal foretages transaktion for transaktion.

I kommentarernes afsnit 12.2 omtales beskatningsforholdene for conduit selskabet i det land, hvor selskabet er hjemmehørende. Min fortolkning af afsnittet er, at OECD MO forudsætter, at for at et selskab skal blive nægtet anerkendelse som beneficial owner, skal den modtagne indkomst ikke være allokert til conduit selskabet i henhold til conduit landets skatteregler. Udtrykt med danske skattermer betyder det, at conduit selskabet ikke skal være anerkendt som rette indkomstmodtager i sin hjemstat.

I 2011 udgav OECD et discussion draft med det formål at præcisere beneficial owner begrebet og sikre en ensartet fortolkning blandt medlemslandene. I 2012 blev lavet et Revised discussion draft på baggrund af kommentarer fra skatteretlige interessenter. De nye kommentarer i discussion draftet er endnu ikke indarbejdet i OECD MO, men vil blive indarbejdet i OECD MO 2014 og de nye kommentarer vil udgøre præciseringer. På baggrund af de nye kommentarer er det min fortolkning at følgende forhold kan siges om beneficial owner begrebet:

Beneficial owner begrebet skal ikke fortolkes på baggrund af den mening som begrebet har i common law landene i forbindelse med fondslovgivning. Begrebet skal undergives en autonom fortolkning.

For at være beneficial owner skal den umiddelbare modtager "have the right to use and enjoy" til den pågældende indkomst. Det er min vurdering, at ændringen fra den nuværende kommentar i OECD MO, hvor der er angivet "very narrow powers", ikke vil medføre en ændring i begrebets betydning.

For at et selskab skal nægtes anerkendelse som beneficial owner, skal selskabet være forpligtet til at videresende den modtagne indkomst. De dokumenter som må forventes at kunne medføre en sådan forpligtelse vil være selskabets vedtægter eller låneaftaler. Vedrørende låneaftaler skal disse have nogle helt særlige betingelser, som gør at conduit selskabet fratages mulighed for at finde andre kilder til viderebetaling af modtagne renter, for at conduit selskabet kan nægtes anerkendelse som beneficial owner.

Beneficial owner begrebet og den civile ejendomsret til indkomsten skal betragtes som værende 2 selvstændige begreber.

²⁷A A/S dom, afsnit 3.4.2

Beneficial owner begrebet skal fortolkes ud fra objektive kriterier. Den subjektive vurdering som der ligger i hvorvidt et selskab har foretaget misbrug af DBO'en, vil være et selvstændigt spørgsmål, som skal besvares efter fastlæggelsen af beneficial owner.

4.0 - Analyse af beneficial owner i henhold til danske retskilder excl. domme

Som tidligere beskrevet blev begrebet beneficial owner introduceret i danske DBO'er i 1977 efter revisionen af OECD MO.

Udover DBO'erne fremgår beneficial owner begrebet også af R/R-direktivet. R/R-direktivet (direktiv 2003/49/EF) blev endeligt vedtaget i 2003 efter at have været fremsat i forskellige versioner i 1990 og 1998. I dansk ret blev direktivet implementeret ved lov nr. 321 af 31/3 2004 (L 119).²⁸ Beneficial owner begrebet i henhold til R/R-direktivet analyseres nedenfor.

I dansk national skatteret fremgår beneficial owner begrebet (retmæssig ejer) i SEL § 2, stk 1, litra c, hvoraf det fremgår at udbytte fra et dansk selskab til et udenlandsk selskab ikke er skattefrit, såfremt at det danske selskab er et gennemstrømningselskab (conduit selskab) for udbytter fra udlandet og det danske selskab ikke er beneficial owner af udbyttet. Beneficial owner begrebet i henhold til SEL § 2, stk 1, litra c analyseres nedenfor.

Da den begrænsede skattepligt for udenlandske selskaber kan ophøre med hjemmel i M/D-direktivet analyseres dette direktiv også nedenfor.

Før afsigelsen af de første domme i beneficial owner sagerne, var det formodet i dansk skattelitteratur, at danske domstole ville fortolke beneficial owner begrebet i overensstemmelse med det mere velkendte danske begreb rette indkomstmodtager, grundet fortolkningsreglen i OECD MO artikel 3, stk 2 samt Højesterets hidtidige praksis for at bruge danske begreber til fortolkning.²⁹ Herudover havde skatteministeren ved flere lejligheder angivet, at det var ministerens opfattelse, at beneficial owner begrebet skulle fortolkes i overensstemmelse med rette indkomstmodtager begrebet.³⁰ I forbindelse med sager om beneficial owner i LSR og ØLR, er det dog blevet fastslået, at domstolene er af den opfattelse, at de 2 begreber skal fortolkes som 2 selvstændige begreber og at der ikke kan sættes lighedstegn mellem beneficial owner og rette indkomstmodtager.³¹ Denne skelnen mellem de 2 begreber har vist sig at have en praktisk betydning ved bestemmelse af, hvem der er skattesubjektet for dansk kildeskat i forbindelse med rentebetalinger til kontrollerede parter³², hvorfor begrebet rette indkomstmodtager analyseres nedenfor.

4.1 - Rente/royalty direktivet

R/R-direktivet har til formål at sikre at renter og royalties kun beskattes én gang i en medlemsstat.³³

Af direktivets artikel 1, stk 1 fremgår:

”Betaling af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den

²⁸Rente/royalty direktivet i national kontekst, SU 2009, 61

²⁹Gennemstrømningselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, 2008, 89

³⁰Det store hykleri – om beneficial owner sagerne, TFS 2011, 537

³¹SKM2012.121.ØLR, SKM2012.26.LSR m.fl.

³²SKM2011.485.LSR

³³Rente/royaltydirektiv, 2003/49/EF

retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er et selskab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat.”

Direktivets artikel 1, stk 4 definerer beneficial owner begrebet på følgende måde:

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

Af direktivets artikel 1, stk 7 fremgår, at direktivet kun finder anvendelse ved betalinger mellem associerede selskaber.

I forhold til direktivets rækkevidde fremgår følgende:

”Artikel 3, litra b) I dette direktiv forstås ved ”associeret selskab”, et selskab, der er associeret med et andet selskab, som minimum ved at:

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

I dansk skatteret blev kildeskatten på renter genindført i 2004 via SEL § 2, litra. Af bestemmelsen fremgår:

”Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de litra d) oppebærer renter fra kilder i landet vedrørende gæld, som et selskab eller forening mv. omfattet af § 1 eller litra a har til juridiske personer som nævnt i SKL § 3B (kontrolleret gæld)...Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en DBO med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagne selskab mv. er hjemmehørende...”

4.1.1 - Analyse

Som det kan udledes ovenfor af SEL § 2, litra d omfatter den danske begrænsede skattepligt på renter kun renter af kontrolleret gæld, hvormed forstås at den ene part skal have bestemmende indflydelse over den anden eller der er koncernforbindelse mellem de 2 selskaber.

Den begrænsede skattepligt bortfalder dog såfremt at beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter enten R/R-direktivet eller en DBO. Såfremt at en DBO angiver, at den danske kildeskat på renter skal nedsættes til f.eks. 15 %, medfører dette at den danske begrænsede skattepligt bortfalder helt.

I forhold til selskaber omfattet af den begrænsede skattepligt efter SEL § 2 og associerede selskaber efter R/R-direktivet skal det fremhæves, at SEL § 2 omfatter flere koncernforbindelser end direktivet fritager fra beskatning.

Direktivet omfatter kun betalinger mellem et moderselskab og dets direkte datterselskab, både betalinger i opadstigende strøm og nedadstigende strøm. Derudover omfatter direktivet betalinger mellem søsterselskaber, som har samme moderselskab. Betalinger mellem moderselskaber og

datterdatterselskaber samt betalinger mellem selskaber, som ganske vist indgår i samme koncern efter SKL § 3B, men som ikke har samme moderselskab, er ikke omfattet af direktivet og for sådanne betalinger kan den begrænsede skattepligt til Danmark ikke ophøre med hjemmel via direktivet.³⁴

Endvidere er det væsentligt at bemærke, at for at et selskab kan gøre brug af direktivets fordele, skal selskabet været underlagt beskatning i sit hjemland. Det er ikke afgørende om rente- eller royalty indtægten konkret undergives selskabsbeskatning.³⁵

Af R/R-direktivets artikel 1 kan udledes, at direktivet begrænser kildestatens beskatningsret, såfremt at modtageren af renterne er beneficial owner.

Direktivet bruger som definition af beneficial owner, at modtageren skal have modtaget betalingen til "eget brug". Denne definition er anderledes i forhold til definitionen af begrebet i OECD MO og der opstår således et spørgsmål om, hvorvidt beneficial owner begrebet skal fortolkes ens i forhold til direktivet og DBO'erne. Jakob Bundgaard er af den opfattelse, at beneficial owner begrebet skal fortolkes autonomt af EU-domstolen og at EU-domstolen sandsynligvis vil søge vejledning til forståelse af beneficial owner begrebet i OECDs MO.³⁶

Umiddelbart er det også min vurdering, at EU-domstolen i tilfælde af fortolkning af begrebet vil støtte sig meget op ad OECD MO. I forbindelse med de beneficial owner sager, som der har været afsagt i udenlandske domstole, har der været lagt stor vægt på OECD MO.³⁷

4.2 - Beneficial owner begrebet i henhold til SEL § 2, stk 1, litra c samt moder/datterselskabsdirektivet

SEL § 2, stk 1, litra c regulerer den begrænsede skattepligt for udenlandske selskaber på modtagne udbytter fra danske selskaber. Af SEL § 2, litra c fremgår:

Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de

litra c) oppebærer udbytte omfattet af LL § 16A, stk 1 og 2...Skattepligten omfatter ikke udbytte af datterselskabsaktier (og koncernselskabsaktier), jf. ABL § 4A (og § 4B), når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om fælles beskatning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en DBO med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende...3. og 4. pkt. finder ikke anvendelse, hvis udbyttet fra det danske selskab er en videreudlodning af udbytte, som dette selskab har modtaget direkte eller indirekte af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4A og § 4B, i et selskab hjemmehørende i udlandet, og det danske selskab ikke var retmæssig ejer af det modtagne udbytte. Dette gælder dog ikke, hvis beskatningen af udbytteudlodningen fra det danske selskab skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU.

³⁴Rente/royalty direktivet i national kontekst, SU 2009, 61

³⁵Rente/royalty direktivet i national kontekst, SU 2009, 61

³⁶Rente/royaltydirektivet i national kontekst, SU 2009, 61

³⁷Prévost Car Inc dom, Tax Court samt Indofood dom

M/D-direktivet har til formål at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabsniveau.³⁸

Af direktivets artikel 5 fremgår:

”Det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat.”

I forhold til værnsregler fremgår følgende af artikel 1, stk 2:

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

4.2.1 - Analyse

SEL § 2, litra c medfører at udgangspunktet er, at en udenlandsk udbyttemodtager vil være begrænset skattepligtig til Danmark af udbytter modtaget fra et dansk selskab. De skattepligtige udbytter omfatter både deklarerede udbytte og maskerede udlodninger.

Den begrænsede skattepligt bortfalder dog, såfremt at udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter enten M/D-direktivet eller en DBO. Såfremt at en DBO angiver, at den danske kildeskat på udbytter skal nedsættes til f.eks. 15 %, medfører det af den danske begrænsede skattepligt bortfalder helt.

Den begrænsede skattepligt bortfalder dog ikke, såfremt at det danske selskab:

- Har modtaget et udbytte fra aktier, der klassificeres som datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier
- Fra et datterselskab i udlandet
- Det danske selskab videreudlodder det modtagne udbytte til et udenlandsk selskab
- Det danske selskab ikke er retmæssig ejer (beneficial owner) af det modtagne udbytte
- Udbyttebeskatningen skal ikke nedsættes efter M/D-direktivet

Betingelserne for at den begrænsede skattepligt ikke bortfalder er kumulative.

Den sidste del af SEL § 2, litra c som medfører, at den begrænsede skattepligt ikke bortfalder alligevel, blev vedtaget ultimo 2012 og formålet med tilføjelsen er at sikre, at udenlandske skattemyndigheder ikke mister skatteprovenu ved, at koncerner anvender danske holdingselskaber som conduit selskaber.³⁹ Det er bemærkelsesværdigt, at Danmark har valgt at indføre en bestemmelse ”på vegne af” andre stater, hvor formålet skulle være, at udenlandske stater ikke mister skatteprovenu, da bestemmelsen jo på ingen måde øger skatteprovenuet i de udenlandske stater, som bestemmelsen skulle ”beskytte”, men derimod medfører en forøgelse af skatteprovenuet i Danmark i det omfang at bestemmelsen finder anvendelse.

Herudover skal det bemærkes at bestemmelsen kan føre til økonomisk dobbeltbeskatning på selskabsniveau og endda økonomisk trippelbeskatning. Den økonomiske dobbeltbeskatning kan forekomme i den situation, hvor der er indeholdt udenlandsk kildeskat på udbyttet, som det danske selskab har modtaget samtidig med at udbyttet bliver omfattet af SEL § 2B, litra c, pkt. 7 og 8.⁴⁰ Skatteministeriet

³⁸Moder/datterselskabsdirektivet, 2011/96/EU

³⁹L 10 – udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber, SR-skat 2013, 22

⁴⁰L 10 – udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber, SR-skat 2013, 22

har retfærdiggjort denne mulige dobbeltbeskatning med, at bestemmelsen søges formuleret så enkelt som muligt.⁴¹

I artikler med kommentarer til den nye tilføjelse til SEL § 2, litra c er det angivet i artiklerne, at det danske selskab skal have modtaget et skattefrit udbytte.⁴² Det skal dog bemærkes at det af ordlyden af bestemmelsen fremgår, at det modtagne udbytte skal være udbytte fra datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier. Sådanne udbytter er ofte skattefritaget med hjemmel i SEL § 13, men det er dog en betingelse for skattefriheden, at det udloddende udenlandske selskab ikke har haft fradrag for udlodningen.

Den økonomiske trippelbeskatning kan forekomme i den situation, hvor:

- Der er indeholdt udenlandsk kildeskat på udbyttet, som det danske selskab har modtaget
- Det danske selskab er skattepligtigt af det modtagne udbytte ved, at udbyttet ikke er skattefritaget efter SEL § 13, litra 2, grundet at det udloddende udenlandske selskab har haft fradrag for udbytteudlodningen samt udbyttet ikke er omfattet af M/D-direktivet
- Udbyttet bliver omfattet af SEL § 2B, litra c, pkt. 7 og 8.

I denne situation vil der blive betalt kildeskat i udlandet, selskabsskat i Danmark og kildeskat i Danmark, dvs. beskatning af indkomsten på 3 niveauer, inden at udbyttet forlader Danmark.

I forhold til begrebet videreudlodning er det ikke nærmere defineret i bemærkningerne til lovforslaget, hvad dette begreb dækker over⁴³, men det kan muligvis antages, at begrebet videreudlodning skal ses i sammenhæng med beneficial owner begrebet.⁴⁴

Hvorvidt alt hvad det danske selskab udlodder vil blive ramt af reglen fremgår ikke 100 % klart⁴⁵, men baseret ud fra en ordlydsfortolkning af bestemmelsen kan det formodentlig antages, at det kun vil være videreudloddede udbytter fra udenlandske selskaber, som vil være omfattet af reglen og ikke andre typer indkomster, som det danske selskab måtte generere.⁴⁶ En sådan betragtning stemmer desuden overens med skatteministeriets svar på FSRs spørgsmål om begrebet videreudlodning i forbindelse med høringsfasen, om end at skatteministeriet ikke besvarer spørgsmålet omkring, hvordan der skal forholdes til opsparede overskud tidligere år.⁴⁷

I forhold til perioden af modtagelsen af udbyttet til videreudlodning periodens længde, har skatteministeriet indtaget den holdning, at perioden for hvor længe conduit selskabet har beholdt udbyttet er uden betydning.⁴⁸

⁴¹Høringssvar til L10, bilag 4

⁴²L 10 – gennemstrømningselskaber, SU 2013, 1 samt L 10 – udbyttebeskatning og gennemstrømningselskaber, SR-skat 2013, 22

⁴³L 10 – Udbyttebeskatning og gennemstrømningselskaber, SR-skat 2013, 22

⁴⁴Decemberændring af selskabsskatteloven – Dødsstødet for gennemstrømningselskaber?, SPO.2013.175

⁴⁵Decemberændring af selskabsskatteloven – Dødsstødet for gennemstrømningselskaber?, SPO.2013.175

⁴⁶L 10 – gennemstrømningselskaber, SU 2013, 1

⁴⁷Høringssvar til L10, bilag 4, FSR spørgsmål punkt 1.2

⁴⁸L 10 – gennemstrømningselskaber, SU 2013, 1, Høringssvar til L10, bilag 4, FSR spørgsmål punkt 1.2 samt SKM2012.121.ØLR, SKM2011.47.SR, SKM2011.441.SR

At periodens længde fra modtagelse af udbyttet fra datterselskabet til videreudlodning ikke skulle have betydning for vurderingen, er efter min mening ikke korrekt. Det forhold at det danske selskab netop undlader straks at videreudlode det modtagne udbytte eller i hvert fald ikke foretager videreudlodning på næstkommende ordinære generalforsamling, er efter min vurdering udtryk for, at det danske selskab har rådet over det modtagne udbytte. Hvorvidt det modtagne udbytte investeres i risikoeksponerede aktiver, såsom aktier eller obligationer, eller blot indestår på en bankkonto, er efter min vurdering uden betydning, idet at selskabet jo netop har rådet over beløbet ved at beslutte, at beløbet ikke skal videreudlodes på den førstkommende generalforsamling.

Brugen af beneficial owner begrebet i national lovgivning rejser det spørgsmål, om der kan opstå forskel i fortolkningen af begrebet ved henholdsvis brug af en DBO, hvor det skal vurderes om det udenlandske selskab er beneficial owner, og ved brug af SEL § 2, hvor det skal vurderes om det danske selskab er beneficial owner.

I forbindelse med høringsfasen angav skatteministeriet dog direkte, at den danske fortolkning af begrebet følger OECD⁴⁹ og det må således antages, at der ikke kan opstå en internretlig fortolkning af begrebet. I forhold til skatteministeriets forståelse af beneficial owner begrebet er der i bemærkningerne til lovforslaget angivet definitionen som er angivet i OECD MO fra 2010. Skatteministeriet har således valgt ikke at inddrage OECDs discussion drafts fra 2011/12 i sin nuværende fortolkning af beneficial owner begrebet.

M/D-direktivet fritager udbytter mellem selskaber beliggende indenfor EU for kildeskatter, såfremt at moderselskabet ejer mere end 10 % af datterselskabet.

I modsætning til R/R-direktivet har M/D-direktivet ikke noget eksplicit krav om, at udbyttmodtageren skal være beneficial owner af det modtagne udbytte.

Direktivet giver endvidere medlemslandene mulighed for at indføre nationale regler, som er nødvendige for at forhindre svig eller misbrug. Danmark har ikke indført nationale lovbestemmelser for at forhindre svig eller misbrug i relation til udbytter udloddet fra danske selskaber til udenlandske moderselskaber. Hvorvidt artikel 1, stk 2 skulle indeholde en egentlig misbrugsbestemmelse, som skulle give hjemmel til nægtelse af brug af direktivets fordele, er omdiskuteret. Flere skatteretlige kommentatorer er af den opfattelse, at direktivet i sig selv ikke giver hjemmel til nægtelse af direktivets fordele og at der skal være hjemmel i nationale retsregler for at der kan ske nægtelse af direktivets fordele.⁵⁰ Endvidere har LSR i SKM2012.26.LSR udtalt, at i M/D-direktivets almindelige bestemmelser kan der ikke indlæses et misbrugsforbehold og at nægtelse af direktivets fordele kræver hjemmel i nationale retsregler.⁵¹ Skatteministeriet er dog fortsat af den holdning, at direktivet indeholder en misbrugsbestemmelse, som giver hjemmel til nægtelse af direktivets fordele og at der ikke er krav om indførelse af en national retsregel.⁵²

En regel mod svig og misbrug behøver ikke nødvendigvis at være udtrykt i en national lovbestemmelse, men kan også være indeholdt i almindelige internretlige (uskrevne) principper om omgåelse og misbrug,

⁴⁹Høringssvar til L10, bilag 4

⁵⁰Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber, SU 2009, 278 samt Sagaen fortsætter - om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, SU 2012, 98

⁵¹SKM2012.26.LSR

⁵²Høringssvar til L10, bilag 4

såsom ud fra princippet om rette indkomstmottager.⁵³

Skattemyndighederne har ved beneficial owner sagerne, hvor den umiddelbare indkomstmottager har været beliggende i et EU-land, argumenteret for, at udenlandske holdingselskaber udgør rent kunstige arrangementer som kan underkendes. Begrebet rent kunstige arrangementer analyseres derfor nedenfor. Det er min vurdering at der kræves en national retsregel for at kunne nægte et selskab brug af M/D-direktivets fordele, idet at der ikke eksplicit er angivet krav om beneficial ownership i direktivet og når man foretager en ordlydsfortolkning af artikel 1, stk 2 er angivet "anvendelsen af interne bestemmelser", hvilket indikerer behovet for, at landene selv skal indføre nationale retsregler.

4.2.2 - Rent kunstige arrangementer

Begrebet rent kunstige arrangementer er primært defineret af EU-domstolen i Cadbury Schweppes sagen, hvor domstolen opstiller kriterier for at et arrangement kan betragtes som rent kunstigt. EU-domstolen har også kommenteret på begrebet rent kunstige arrangementer i en række andre sager⁵⁴, men kun Cadbury Schweppes sagen gennemgås nærmere nedenfor.

Cadbury Schweppes dommen omhandlede hvorvidt de engelske CFC-regler var forenelige med etableringsretten i EU.⁵⁵

Domstolen angav i præmis 53 og 54 følgende om etableringsretten:

"53 – Dette formål er at åbne mulighed for at en statsborger i medlemsstat kan foretage en sekundær etablering i en anden medlemsstat for at udøve sin virksomhed dér...

54 – I betragtning af dette integrationsformål i værtsmedlemsstaten forudsætter begrebet etablering som omhandlet i traktatens bestemmelser vedrørende etableringsfriheden, at der rent faktisk udøves erhvervs-mæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum..."

4.2.2.1 - Analyse

Det bemærkes at Cadbury Schweppes dommen vedrører en situation med sekundær etablering, dvs. etablering af et datterselskab i et andet land. Martin Poulsen har i forbindelse med analyse af conduit selskaber angivet at det er hans opfattelse at der er forskel mellem den situation, som Cadbury Schweppes sagen omhandler og situationen for et holdingselskab, idet at et holdingselskab er en primær etablering og at der derfor ikke gælder de samme substanskrav for holdingselskaber (primære etableringer) som der er for dets datterselskaber (sekundære etableringer).⁵⁶ Som argument for dette refererer Martin Poulsen til C-212/97 (Centros), hvori EU-domstolen afgjorde, at selskaber kan stiftes i en medlemsstat med det formål at etablere sig i en anden medlemsstat.⁵⁷ I SKM2012.121.ØLR angav selskabets repræsentant desuden, at der for holdingselskaber ikke ville være behov for egne lokaler og ansatte og at det ville være mere omkostningseffektivt at lade et administrationsselskab varetage administrationen af holdingselskabet. Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken har endvidere i forbindelse med deres fortolkning af

⁵³Rente/royalty direktivet i national kontekst, SU 2009, 61

⁵⁴Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer, TfS 2011, 403

⁵⁵Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer, TfS 2011, 403

⁵⁶Gennemstrømningselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, SU 2008, 89 samt Kildeskat på udbytter og substans i holdingselskaber, SU 2009, 278

⁵⁷Gennemstrømningselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, SU 2008, 89

SKM2012.26.LSR fortolket LSRs afgørelse således, at det ikke er muligt at tilsidesætte den EU-retlige beskyttelse under M/D-direktivet for et holdingselskab.⁵⁸

Modsat angiver Daniel Noe Harboe og Lita Misozi Hansen i deres analyse af substanskrav, at for at et selskab har tilstrækkelig substans til at blive anerkendt som beneficial owner må gælde at:

- Selskabet er registreret som skattepligtig
- Alle bestyrelsesmøder skal afholdes i holdinglandet
- Der skal være rådighed over kontorlokaler i holdinglandet
- Der skal være aktive ansatte i selskabet⁵⁹

Det er min vurdering at den vurdering af substanskrav for holdingselskaber som lægges til grund af Martin Poulsen samt selskabets repræsentant i SKM2012.121.ØLR virker mest korrekt, da holdingselskabers aktivitet er begrænset og at denne begrænsede aktivitet anerkendes i dansk ret som værende erhvervsmæssig aktivitet.⁶⁰ Daniel Noe Harboe og Lita Misozi Hansen angiver da også i deres artikel, at det er vanskeligt at se, hvordan deres opstillede krav skulle være gældende set i lyset af SKM2004.297.HR.⁶¹ At der ikke skulle være krav om substans i form af lokaler og ansatte i holdingselskaber understøttes desuden af SKM2012.409.LSR samt SKM2011.485.LSR, hvori skattemyndighederne brugte substansargumentet for at underkende selskabernes status som beneficial owner, men dette argument er ikke benyttet i LSRs afgørelse. I de pågældende sager skal det dog erindres, at der var tale om sager relateret til renter og LSR analyserede på beneficial owner begrebet i henhold til R/R-direktivet, som indeholder et eksplicit krav om beneficial ownership.

I SKM2012.26.LSR anså LSR et cypriotisk holdingselskab for ikke at være beneficial owner, bl.a. med den begrundelse at selskabet ikke havde egne lokaler eller ansatte. LSR kom dog frem til, at selskabet fortsat kunne gøre krav på brug af M/D-direktivets fordele. LSR ser således ud til at være enig i, at holdingselskaber som ikke har lokaler eller ansatte, ikke er rent kunstige arrangementer som kan tilsidesættes.

Sammenfattende er det min opfattelse at begrebet rent kunstige arrangementer ikke vil kunne benyttes som argument for at underkende holdingselskabers status som beneficial owner.

4.2.3 – Ændringsforslag til moder/datterselskabsdirektivet

Den 25. november 2013 udsendte EU-kommissionen et forslag til ændring af M/D-direktivet. Baggrunden for ændringsforslaget er at modvirke dobbelt ikke-beskatning via hybride finansieringsinstrumenter samt forbedre effektiviteten af medlemslandenes misbrugsbestemmelser mod international skatteundgåelse.⁶²

Effektiviteten af medlemslandenes misbrugsbestemmelser skal forøges ved at det gøres obligatorisk for medlemslandene at indføre en fælles bestemmelse om misbrug i deres nationale lovgivning. Dermed vil alle EU-landene have den samme misbrugsbestemmelse i deres nationale ret.

⁵⁸CFC-regler på tynd is, SU 2012, 141

⁵⁹Tværeuropæiske substanskrav, SU 2010, 1

⁶⁰SKM2004.297.HR

⁶¹Tværeuropæisk substanskrav, SU 2010, 1

⁶²Ændringsforslag til direktiv 2011/96/EU – afsnit 1

Den nye artikel 1A i direktivet har følgende formulering:

- 1) Medlemsstaterne fjerner fordelen i henhold til dette direktiv i tilfælde af et kunstigt arrangement eller en kunstig serie af arrangementer, som er tilrettelagt med det hovedformål at opnå en uretmæssig skattefordel i henhold til dette direktiv, og som virker mod målet for, ånden i og formålet med de pågældende skattebestemmelser.
- 2) En transaktion, en plan, en handling, en operation, en aftale, en forståelse, et løfte eller et tilsagn er et kunstigt arrangement eller en del af en kunstig serie af arrangementer, hvis der ikke er tale om en afspejling af den økonomiske realitet.

Når medlemsstaterne afgør om et arrangement eller en serie af arrangementer er af kunstig art, skal de især forvisse sig om, hvorvidt de involverer en eller flere af følgende situationer:

- a. Den juridiske karakter af enkelte trin, som et arrangement består af, er uden sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed
- b. Arrangementet gennemføres på en måde, som normalt ikke bliver benyttet i god forretningspraksis
- c. Arrangementet omfatter elementer, der udligner eller ophæver hinanden
- d. De gennemførte transaktioner er af cirkulær art
- e. Arrangementet resulterer i en betydelig skattefordel, som ikke afspejles i de forretningsrisici, som skatteyderen har, eller dennes cash flow

Den 8. juli 2014 godkendte EU-kommissionen ændringer til M/D-direktivet. I det godkendte ændringsforslag vil bestemmelserne til at imødegå dobbelt ikke-beskatning via hybride finansieringsinstrumenter blive bevaret, mens at misbrugsbestemmelserne til at imødegå international skatteundgåelse (GAR-reglen) ikke indgår i det godkendte ændringsforslag.⁶³

Selvom GAR-reglen ikke indgår i det godkendte ændringsforslag har EU-kommissionen dog ikke opgivet at implementere en GAR-regel, men der vil være yderligere forhandlinger mellem medlemslandene om formuleringen af en sådan regel.⁶⁴

4.2.3.1 - Analyse

Formuleringen af artikel 1A i ændringsforslaget har sin oprindelse i EU-kommissionens "Recommendation on aggressive tax planning". Hverken dette dokument eller begrundelsen for M/D-ændringsforslaget nævner specifikt begrebet beneficial owner, men Jakob Bundgaard antager i hans analyse af ændringsforslaget at konstruktioner som har givet anledning til beneficial owner sager kan have været i centrum i forbindelse med udarbejdelsen af ændringsforslaget.⁶⁵

Ændringsforslaget stiller som betingelse for nægtelse af direktivets fordele at der skal være tale om et kunstigt arrangement. Som det fremgår af afsnit 4.2.2.1 har LSR indtil videre ikke i beneficial owner sagerne afsagt kendelser, hvori holdingselskaber betragtes som værende kunstige arrangementer. Jakob Bundgaard antager i sin analyse at netop dette krav vil medføre, at der fortsat vil være en del konstruktioner som ikke

⁶³ <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2011647%202014%20INIT>

⁶⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-204_en.htm

⁶⁵ Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning – om ændringsforslaget til EU's M/D direktiv, SU 2014, 45

vil medføre kildeskattepligt.⁶⁶

Jeg er umiddelbart enig i Jakob Bundgaards vurdering heraf. I den forbindelse skal det dog tages i betragtning at LSR indtil videre har fortolket begrebet kunstige arrangementer i henhold til Cadbury Schweppes sagen og andre EU-domstolsafgørelser. Ændringsforslaget indeholder i punkt 2 en definition af kunstige arrangementer. Denne definition er ikke umiddelbart sammenfaldende med den definition som EU-domstolen har skabt i sine afgørelser.

I ændringsforslaget er angivet 5 punkter som kan indgå i vurderingen af om et arrangement er kunstigt. Det fremgår direkte af forslaget at betingelserne ikke er kumulative.

Punkt A ser ud til at skulle give medlemslandene mulighed for at tilsidesætte juridisk gyldige arrangementer. Det er problematisk, at det ikke er nærmere defineret, hvad der skal til for at der kan siges ikke at være "sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed". Min vurdering er at den relativt ukonkrete formulering, som ikke er suppleret med yderligere kommentarer i forarbejder eller lignende, kan medføre at særligt danske skattemyndigheder vil forsøge at tilsidesætte holdingselskaber som værende en legitim og gyldig juridisk konstruktion.

Punkt C ser ud til at skulle ramme de situationer, hvor nettobeskatningen i holdinglandet er nul. Punktet ser således ud til at være tiltænkt at ramme konstruktioner som i SKM2011.485.LSR og SKM2011.57.LSR. At bestemmelsen skulle have et sådant element understøttes af dokumentet EU recommendation on aggressive tax planning, som også omtaler at risikoen for dobbelt ikke-beskatning ved at domicillandet ikke gennemfører beskatning skal adresseres.⁶⁷

De øvrige punkter i artikel 1A er forholdsvis subjektive vurderinger og det virker betænkeligt at bruge sådanne betingelser, når formålet med ændringsforslaget også er at skabe klarhed og sikkerhed for skatteydere og skatteadministratorer.⁶⁸ Særligt det forhold at betingelserne i artikel 1A ikke er kumulative øger usikkerheden for skatteyderne, idet at skattemyndigheder har flere skud i bøssen.

Overordnet er det dog min vurdering at ændringsforslaget til M/D-direktivet ikke kommer til at få en væsentlig betydning for beneficial owner sagerne, grundet vedtagelsen af nye kommentarer til OECD MO, herunder de nye kommentarers betingelse om at "obligations must be related to the payment received". Dog skal det fremhæves at de nye OECD MO kommentarers punkt 12.5 specifikt angiver at overenskomstfordele ikke skal gives i misbrugssituationer, uanset at den umiddelbare indkomstmottager er beneficial owner. Herudover er det min vurdering at betingelsen om at kun rent kunstige arrangementer kan tilsidesættes, vil medføre at lovligt stiftede og gyldige selskaber som har erhvervs-mæssig aktivitet (herunder begrænset aktivitet) ikke vil blive ramt af den nye bestemmelse.

⁶⁶Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning – om ændringsforslaget til EU's M/D direktiv, SU 2014, 45

⁶⁷EU recommendation on aggressive tax planning

⁶⁸Ændringsforslag til M/D direktiv – afsnit 2

4.3 - Rette indkomstmodtager

Før afsigelsen af de første domme i beneficial owner sagerne var det formodet i dansk skattelitteratur, at danske domstole ville fortolke beneficial owner begrebet i overensstemmelse med det mere velkendte danske begreb rette indkomstmodtager.⁶⁹

Princippet om rette indkomstmodtager er en indkomstallokeringsregel, som benyttes til at allokere indkomst til det skattesubjekt, som har den retlige adgang til indkomsten.⁷⁰ Princippet har hjemmel i SL § 4.⁷¹ Ifølge princippet om rette indkomstmodtager beskattes indkomst i form af afkast fra formue hos det skattesubjekt, som har det civilretlige ejerskab til det underliggende formuegode.⁷²

Højesteret har i TFS 2006, 1062 H, klart statueret, at der ikke med hjemmel i skattelovgivningen kan ske tilsidesættelse af gyldige civilretlige transaktioner – uanset at disse transaktioner måtte være gennemført med den hensigt at opnå en gunstig skattemæssig behandling.⁷³ Endvidere har Højesteret i TFS 1997, 506 H afgjort, at et lovligt oprettet og bestående selskab ikke kan frakendes skattemæssig betydning.⁷⁴

I forbindelse med flere sager har LSR udtalt, at begrebet beneficial owner ikke uden videre kan antages at være sammenfaldende med princippet om rette indkomstmodtager i dansk skatteret og LSR indtog ved samme domme det standpunkt, at et selskab kan være den rette indkomstmodtager til indkomsten uden samtidig at være beneficial owner til indkomsten.⁷⁵

I forbindelse med SKM2012.121.ØLR udtalte ØLR, at beneficial owner begrebet så vidt muligt må fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse. ØLR forholdte sig i den forbindelse ikke til muligheden for, at beneficial owner af indkomsten ikke er sammenfaldende med rette indkomstmodtager.

4.3.1 - Analyse

Med ØLRs afsigelse af SKM2012.121.ØLR ser der ud til at være kommet afklaring af, hvorvidt beneficial owner begrebet skulle fortolkes i overensstemmelse med rette indkomstmodtager begrebet og konklusionen er, at beneficial owner begrebet ikke skal fortolkes i overensstemmelse med rette indkomstmodtager begrebet, men derimod skal fortolkes autonomt, uafhængigt af intern ret.

I forhold til diskussionen om hvorvidt der kan være forskel mellem beneficial owner og rette indkomstmodtager, er der ikke kommet nogen endelig afgørelse fra domstolene, om end at LSR har afgjort, at begreberne skal fortolkes hver for sig.

Jakob Bundgaard har i sin kommentar af SKM2011.485.LSR stillet spørgsmålstegn ved, om LSRs fortolkning er korrekt.⁷⁶

Diskussionen har praktisk betydning i forhold til modtagerselskabets begrænsede skattepligt, idet at LSRs holdning medfører, at indkomsten allokeres til modtagerselskabet og selskabet således som udgangspunkt bliver begrænset skattepligtig til Danmark af indkomsten. Da modtagerselskabet ikke kan påberåbe sig

⁶⁹Gennemstrømningselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, 2008, 89 samt Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering, SR-skat 2007, 395

⁷⁰Lærebog om indkomstskat, side 666

⁷¹Lærebog om indkomstskat, side 660

⁷²Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber, SU 2009, 278

⁷³Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber, SU 2009, 278

⁷⁴Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber, SU 2009, 278

⁷⁵SKM2011.485.LSR og SKM2012.26.LSR

⁷⁶Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, SU 2012, 98

overenskomstfordele i henhold til en DBO, grundet at modtagerselskabet ikke anerkendes som beneficial owner, opfyldes betingelserne for bortfald af den begrænsede skattepligt ikke. Dermed kan de danske skattemyndigheder opkræve skat på indkomsten.

Det er min vurdering, at LSRs afgørelse omkring separat vurdering af begreberne beneficial owner og rette indkomstmodtager er korrekt og har støtte i OECD MO. I de nuværende OECD MO fremgår ”skønt det er den formelle ejer”. Det er således i overensstemmelse med OECD MO, at den formelle ejer kan nægtes anerkendelse som beneficial owner. Dette må også gælde de tilfælde, hvor civilretlige formalia er opfyldt. Ifølge rette indkomstmodtager princippet er det civilretlige ejerskab afgørende og såfremt at civilretlige formalia er opfyldt, vil det efter domstolenes praksis ikke være muligt at nægte et selskab anerkendelse som rette indkomstmodtager.

De 2 begreber støder således sammen på det formelle ejerskab, idet at det ene begreb kræver dette (rette indkomstmodtager), mens at det andet begreb (beneficial owner) ikke kræver dette.

Endvidere er rette indkomstmodtager begrebet en internretlig allokeringssregel, som benyttes til at allokere indkomsten til forskellige skattesubjekter, mens at beneficial ownership er en betingelse for at kunne gøre brug af DBO’ers fordele.

Det skal dog påpeges, at det samtidig er min fortolkning af OECD MO, at for at et selskab bliver nægtet anerkendelse som beneficial owner, er det en betingelse, at conduitselskabets skattemæssige hjemstat ikke allokere indkomsten til det pågældende selskab.

LSRs afgørelser i SKM2011.485.LSR og SKM2012.26.LSR er indbragt for domstolene og en endelig afklaring af, hvorvidt der kan være forskel mellem beneficial owner og rette indkomstmodtager afventer fortsat.

4.4 - Opsummering

Udover at fremgå af OECD MO, fremgår beneficial owner begrebet også af R/R-direktivet samt SEL § 2, stk 1, litra c.

R/R-direktivet stiller som betingelse for brug af direktivets fordele, at modtageren af indkomsten er beneficial owner. I direktivet defineres beneficial owner som værende den, som har modtaget betalingen til ” eget brug”. Definitionen af beneficial owner er anderledes end definitionen i OECD MO, men det må alligevel antages at EU-domstolen vil gøre stor brug af OECD MO i tilfælde af fortolkning af begrebet.

SEL § 2, litra c indeholder hjemmel til begrænset skattepligt af udbytter for udenlandske selskaber. Udloddede udbytter fra danske selskaber til udenlandske selskaber er som udgangspunkt begrænset skattepligtige for den udenlandske modtager. Den begrænsede skattepligt bortfalder dog, såfremt at udbyttebeskatningen skal nedsættes eller frafalder i henhold til enten en DBO eller M/D-direktivet. Ultimo 2012 blev tilføjet en yderligere bestemmelse til SEL § 2, litra c. Bestemmelsen medfører, at den begrænsede skattepligt alligevel ikke ophører, hvis det danske selskab videreudloder modtagne udbytter fra datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier og det danske selskab ikke er beneficial owner af udbyttet. Bestemmelsen gælder ikke, hvis videreudlodningen er omfattet af M/D-direktivet.

Det vil sandsynligvis kun være modtagne udbytter fra udenlandske datterselskaber, som vil blive omfattet af den begrænsede skattepligt og andre indtægter, som det danske selskab måtte generere og udlodde til sit moderselskab, vil ikke blive omfattet af den begrænsede skattepligt.

I forbindelse med lovbehandlingen har skatteministeriet givet udtryk for, at de vil fortolke beneficial owner begrebet i SEL § 2, litra c i overensstemmelse med OECD MO for 2010. Skatteministeriet lægger således op

til, at der ikke skal gøres brug af Revised discussion draftet fra 2012 ved fortolkning af beneficial owner begrebet.

I forbindelse med lovbehandlingen har skatteministeriet endvidere angivet, at det er deres fortolkning, at det vil være uden betydning for fortolkning af beneficial owner begrebet, hvor længe det danske selskab beholder det modtagne udbytte fra sit datterselskab. En sådan fortolkning virker efter min vurdering forkert, idet at en manglende videreudlodning på den førstkommende ordinære generalforsamling for det danske selskab efter min vurdering er udtryk for råden over udbyttet.

M/D-direktivet indeholder ikke et eksplicit krav om, at modtageren skal være beneficial owner.

Skatteministeriet har den holdning at artikel 1, stk 2 indeholder en egentlig misbrugsbestemmelse, som udgør hjemmel til at nægte brug af direktivets fordele. Skatteretlige kommentatorer samt implicerede selskaber i beneficial owner sagerne har modsat fremført, at artikel 1, stk 2 alene giver hjemmel for medlemsstaterne til at indføre nationale værneregler mod misbrug og at Danmark ikke har indført sådanne værneregler.

LSR har indtil videre afgjort, at artikel 1, stk 2 ikke indeholder en egentlig misbrugsbestemmelse og at medlemsstaterne skal indføre nationale værneregler mod misbrug for at nægte brug af direktivets fordele. Det er min vurdering, at holdingselskaber ikke vil kunne nægtes anerkendelse som beneficial owner med henvisning til begrebet rent kunstige arrangementer, idet at der ikke kan stilles samme krav til substans i holdingselskaber, som der kan i driftsselskaber.

Før afsigelsen af domme i beneficial owner sagerne, var det af flere skatteretlige kommentatorer antaget, at domstolene ville fortolke beneficial owner begrebet i overensstemmelse med rette indkomstmodtager begrebet, som er kendt fra dansk ret.

Domstolene valgte dog at foretage en autonom fortolkning af beneficial owner begrebet og således ikke sætte lighedstegn mellem beneficial owner og rette indkomstmodtager.

LSR har i sine afgørelser bestemt, at vurderingen af hvem der er beneficial owner og rette indkomstmodtager er 2 separate vurderinger. En sådan fortolkning medfører, at et modtagende selskab som vurderes til ikke at være beneficial owner, fortsat kan være rette indkomstmodtager og dermed være begrænset skattepligtig til Danmark. LSRs fortolkning er efter min vurdering korrekt, idet at rette indkomstmodtager begrebet er en internretlig allokationsregel, mens at beneficial owner begrebet er en betingelse for brug af DBO'ernes fordele.

5.0 - Analyse af beneficial owner i henhold til international domspraksis

Selvom beneficial owner begrebet har været brugt i OECD MO siden 1977 og fremgår af flere OECD landes DBO'er er der relativt få domstolsafgørelser omkring brug af begrebet i skatteretlig henseende.

De mest fremtrædende sager som der er afsagt af udenlandske domstole er:

- Indofood dom (2006) – afsagt af engelsk domstol
- Prévost Car Inc vs. The Queen (2008/09) – afsagt af canadisk skatteretlig domstol og stadfæstet af canadisk føderal domstol
- Velcro Canada vs. The Queen (2012) – afsagt af canadisk skatteretlig domstol
- A A/S vs. Federal Tax Administration (SFTA) (2012) – afsagt af schweizisk skatteretlig domstol

5.1 - Indofood dom

Indofood dommen var den første sag om beneficial owner efter 2003 opdateringen af OECD MO.⁷⁷

Sagen var en civilretlig sag mellem Indofood og banken JP Morgan, som omhandlede hvorvidt der kunne indskydes et hollandsk selskab i en eksisterende konstruktion og dette selskab kunne være beneficial owner.

Sagen blev først behandlet af en indonesisk domstol og blev efterfølgende behandlet af en engelsk appeldomstol, som følge af indgået værnetingsaftale.⁷⁸

I 2002 ønskede Indofood at hente kapital på det internationale lånemarked. Ifølge indonesiske lovgivning var der en 20 % kildeskat på renter betalt til udlandet.

For at mindske denne kildeskat blev der lavet en konstruktion, således at udstederen af obligationerne blev et mauritisk datterselskab, som viderelånte provenuet fra obligationerne til Indofood. Lånet var et back-to-back lån, hvor lånebetingelser mellem Indofood og det mauritiske selskab var de samme som betingelserne mellem Mauritius selskabet og obligationsejerne. DBO'en mellem Indonesien og Mauritius medførte at kildeskatten på renterne blev nedsat til 10 %.

I 2004 opsagde Indonesien DBO'en med Mauritius med virkning fra 1/1 2005. Som følge heraf ville kildeskatten på renterne stige til 20 %.

I lånebetingelserne var angivet, at lånet skulle indfries i juni 2007, men at hvis der skete ændringer i indonesisk lovgivning, som medførte at kildeskatten på renterne oversteg 10 %, kunne lånet indfries førtidigt. Lånet kunne dog kun indfries førtidigt, såfremt at det ikke på rimelig vis (reasonable measure) ville være muligt at undgå stigningen i kildeskatten.

JP Morgan ville ikke tillade førtidig indfrielse og foreslog, at der blev indsat et hollandsk selskab (Newco), som skulle overtage tilgodehavendet mod Indofood fra det mauritiske selskab, mod at Newco havde en gæld til Mauritius selskabet. Der eksisterede en DBO mellem Holland og Indonesien, mens at der ikke var nogen kildeskat på renter fra Mauritius.⁷⁹

Sagen omhandlede, hvorvidt brugen af det hollandske selskab ville være et "reasonable measure" samt hvorvidt det hollandske selskab ville være beneficial owner.

Af lånebetingelserne fremgik, at Indofood skulle betale Mauritius selskabet 2 dage før forfald på obligationerne. Mauritius selskabet skulle betale renterne videre til JP Morgan 1 dag før forfald på obligationerne. JP Morgan videreførte renterne til obligationsejerne.⁸⁰

Herudover fremgår det af domsreferatet fra den engelske domstole, at følgende lånebetingelser skulle være gældende "the Issuer (Mauritius selskab) is bound to pay on to the Principal Paying Agent that which it received from the Parent Guarantor because it is precluded from finding the money from other source by the Note conditions, in particular conditions 3(i) and (j)."⁸¹ Disse lånebetingelser ville også være pålagt Newco selskabet. De pågældende lånebetingelser som omtales er ikke gengivet i deres originale form i domsreferatet, dog er der i referatet angivet, at et af de forhold som note conditions 3 indeholdt, var

⁷⁷Beneficial owner, SU 2011, 415

⁷⁸Beneficial owner, SU 2011, 415

⁷⁹Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 85

⁸⁰Indofood dom, afsnit 11-13

⁸¹Indofood dom, afsnit 43

”limitation on Issuer’s conduct of business”.⁸² Endvidere har den indonesiske dommer i sit referat angivet følgende omkring Newco selskabet ”...although it will be constrained by its contractual obligation to the issuer to apply the proceeds of the interest payments in performance of those obligations”⁸³.

I forbindelse med sagen kontaktede Indofood de indonesiske skattemyndigheder, som udtalte at de ikke ville betragte Newco selskabet som beneficial owner af renterne, da Newco selskabet efter deres vurdering ikke ”have the full right to enjoy directly the benefits of the interest income”.⁸⁴

Den indonesiske domstol kom frem til, at Newco selskabet var beneficial owner ud fra at i tilfælde af Newco konkurs ville eventuelle modtagne og endnu ikke viderebetalte renter være et aktiv for Newco selskabet, som ville indgå i et konkursbo. Herudover lagde dommeren vægt på, at obligationsejerne ikke kunne gøre et krav gældende mod Indofood.⁸⁵

Den engelske domstol kom frem til, at Newco selskabet ikke var beneficial owner. Domstolen angav i sin dom at begrebet beneficial owner skulle fortolkes autonomt. Herudover angav domstolen, at det forhold, at obligationsejerne ikke ville kunne gøre et krav gældende mod Indofood, ikke ville være tilstrækkeligt bevis for at konkludere, om Newco ville være beneficial owner eller ej.⁸⁶

Domstolen definerer beneficial owner som værende den som ”have the full privilege to directly benefit from the income”.⁸⁷

5.1.1 - Analyse

Den engelske domstols afgørelse af hvorvidt Newco ville være beneficial owner er næppe helt overraskende, uanset at det er begrænset, hvor konkret domstolen er i sin begrundelse omkring, hvad der gør, at Newco ikke ville være beneficial owner. Efter min vurdering var en væsentlig del af domstolens beslutning for sin dom formålet med Newco selskabet. Formålet med indsættelsen af Newco i transaktionskæden var jo alene at skabe et selskab som renterne kunne strømme igennem og drage fordele af de relevante DBO’er. Konstruktionen var efter min mening et åbenlyst eksempel på treaty shopping, hvilket netop er det som beneficial owner begrebet skulle modvirke.⁸⁸

Det mest bemærkelsesværdige ved dommen var, at domstolen kom frem til, at beneficial owner begrebet skulle fortolkes ud fra en autonom fortolkning. En konklusion som også de danske domstole er kommet frem til ved senere afgørelser.⁸⁹

I forbindelse med de danske beneficial owner sager har Indofood sagen været benyttet af skattemyndighederne i rentesagerne, hvor de har benyttet Indofood sagen som eksempel/argument for, at der ikke kræves en formel retlig forpligtelse til at videresende modtagne renter for at man kan nægte conduit selskabet anerkendelse som beneficial owner.⁹⁰ Skattemyndighedernes argument er således, at der

⁸²Indofood dom, afsnit 9

⁸³Indofood dom, afsnit 39

⁸⁴Indofood dom, afsnit 18

⁸⁵Indofood dom, afsnit 39

⁸⁶Indofood dom, afsnit 42

⁸⁷Indofood dom, afsnit 42

⁸⁸Double taxation conventions and the use of conduit companies, afsnit I.A

⁸⁹SKM2012.121.ØLR

⁹⁰SKM2011.485.LSR samt SKM2012.409.LSR

i Indofood sagen kun skulle være en de facto forpligtelse til at videresende renterne.

At der i Indofood sagen ikke skulle være en retlig forpligtelse for conduit selskabet (enten Newco eller det mauritiske selskab) til at sende de modtagne renter videre til JP Morgan, er svært for mig at se. Om end at de originale lånebetingelser ikke er angivet i domsreferatet, har jeg ved gennemlæsning af dommen fundet 3 steder, hvor domsreferatet giver indikation på, at der netop lå en retlig forpligtelse på Newco til at videresende de modtagne renter, idet at Newco selskabet via lånebetingelserne så ud til at være pålagt restriktioner, som forbød Newco at drive anden virksomhed, som kunne genere indtægter til betaling af renterne til JP Morgan. I den indonesiske dommers referat er endda angivet "contractual obligation". Patrick Boch har også i forbindelse med sin analyse af beneficial owner begrebet fremhævet at Indofood skulle være underlagt en aftaleretlig forpligtelse.⁹¹

5.2 - Prévost Car Inc dom

I Prévost Car Inc sagen var koncernstrukturen, at Prévost Car Inc (driftsselskabet) var ejet 100 % af et hollandsk holdingselskab Prévost Holding BV.

Prévost Holding BV var ejet 51 % af Volvo (Sverige) og 49 % af Henlys (England).

De canadiske skattemyndigheder var af den opfattelse, at Prévost Holding BV ikke var beneficial owner af udbytter fra Prévost Car Inc og at DBO'en mellem Canada og Holland derfor ikke fandt anvendelse, hvorfor Prévost Car Inc blev pålagt at indeholde kildeskat på udbytter.

Prévost Holding BV's ejere Volvo og Henlys, havde indgået en aktionæroverenskomst, som angav at 80 % af Prévost Holding BV's overskud skulle udloddes til aktionærene.

Ifølge aktionæroverenskomsten skulle udbytteudlodningen ske under hensyntagen til koncernens (Prévost koncernen) working capital behov.⁹²

Ledelsen i Prévost Holding BV var den samme som i Prévost Car Inc.⁹³

Prévost Holding BV's registrerede adresse var hos Trent International Management, som hverken havde ejermæssig relation til Volvo eller Henlys.⁹⁴ Prévost Holding BV havde ingen ansatte og selskabet foretog ikke andre investeringer end i Prévost Car Inc.⁹⁵

De hollandske skattemyndigheder var af den opfattelse at Prévost Holding Inc var beneficial owner af udbytterne.⁹⁶

5.2.1 - Analyse

Tax Court of Canada kom frem til at Prévost Holding BV var beneficial owner af udbytterne fra Prévost Car Inc. Domstolen definerede beneficial owner begrebet som værende den som "receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received"⁹⁷.

Endvidere angav dommeren omkring muligheden for at se bort fra juridiske enheder "When corporate entitties are concerned, one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of the funds put through it as

⁹¹Decemberændring af selskabsskatteloven – Dødsstødet for gennemstrømningselskaber, SPO.2013.175

⁹²Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 12

⁹³Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 13

⁹⁴Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 24

⁹⁵Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 25

⁹⁶Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 44

⁹⁷Prévost Car Inc dom, Tax court, afsnit 100

conduit, or has agreed to act on someone else's behalf pursuant to that person's instructions without any right to do other than what that person instructs it..."

Dommeren lagde ved sin dom vægt på:

- at regnskaberne for Prévost Holding BV viste, at selskabet havde aktiver og forpligtelser
- at ledelsen i Prévost Holding BV skulle godkende udbytteudlodningen for at Volvo og Henlys opnåede en ret
- at der ikke var et forudbestemt eller automatisk økonomisk flow
- at Prévost Holding BV ikke var part i aktionæroverenskomsten og at denne ikke forpligtede Prévost Holding BV, herunder at hverken Volvo eller Henlys kunne lægge sag an mod Prévost Holding BV for ikke at overholde udbyttepolitikken i aktionæroverenskomsten
- Udbytte som Prévost Holding BV modtog, var et aktiv for selskabet og selskabets kreditorer ville kunne søge fyldestgørelse heri

Appeldomstolen stadfæstede dommen fra Tax Court of Canada.

I forhold til rådigheden over udbyttet kom dommeren frem til, at selskabet var beneficial owner af udbyttet, på trods af at mindst 80 % af udbyttet ifølge aktionæroverenskomsten skulle videreudloddet. I sin dom angiver dommeren at, for at et selskab ikke skal være beneficial owner, skal selskabet have "absolutely no discretion" over det modtagne beløb. Selskabet havde ret til at råde over 20 % af det modtagne udbytte. Det er min vurdering, at dommerens dom ikke ville have været anderledes, hvis udbyttepolitikken havde været at 100 % skulle videreudloddet, idet at selskabet jo fortsat ikke ville være part i det juridiske dokument, som fastlagde udbyttepolitikken samt det fortsat ville være ledelsen i selskabet, som skulle beslutte udlodningen.

Dommeren har ved sin dom gjort brug af argumentet om, at udbyttet er tilgængeligt for kreditorer ved konkurs. Dette argument blev også fremsat af Professor Philip Baker QC i forbindelse med Indofood sagen, hvor han foreslog dette som værende en test på beneficial ownership.⁹⁸ I Indofood sagen angav dommeren, at denne test ikke kunne være det eneste forhold som beneficial ownership beroede på og baseret ud fra Prévost Car Inc dommen, ser den canadiske dommer ud til at være enig heri, idet at der er angivet flere argumenter.

Domstolen tillagde det ikke betydning at Prévost Holding BV ikke havde egen adresse samt at selskabet blev administreret fra et C/O-selskab, ligesom at det forhold at selskabet ikke havde ansatte ikke blev tillagt betydning. Domstolen ser således ud til at vurdere, at der ikke er krav om substans i form af ansatte eller lokaler, for at et selskab kan blive anerkendt som beneficial owner.

I forhold til Indofood dommen adskiller sagens faktum på den måde, at Prévost Holding BV relaterer sig til en situation, hvor selskabet fra starten har været placeret i Holland (etableringssituation), mens at Indofood dommen relaterer sig til en situation, hvor man flytter det oprindelige conduit selskab til en ny stat grundet ændringer i skatteregler (reaktionssituation). Det er min vurdering, at denne forskel også kan have haft indflydelse, i hvert fald i forhold til vurderingen af, hvorvidt der foreligger treaty abuse.

⁹⁸Indofood dom, afsnit 38

Endelig kom dommen frem til, at beneficial owner begrebet skulle fortolkes autonomt, idet at dommeren definerede begrebet som "he or she who receives the dividend for his or hers own use and enjoyment". Brugen af ordene "use and enjoyment" vil desuden blive brugt i OECD MO 2014 via Revised discussion draft fra 2012, hvilket indikerer at OECD har tillagt dommen vægt ved sin formulering af de nye kommentarer og at OECD kan være enige i dommens præmisser.

At beneficial owner begrebet skulle fortolkes ud fra en autonom fortolkning stemmer overens med resultatet fra Indofood sagen og de danske beneficial owner sager.

5.3 - Velcro Canada Inc dom

Velcro Canada Inc sagen omhandlede royalty betalinger, som blev betalt fra Canada til et hollandsk selskab, som selv betalte royalty til et selskab beliggende på de hollandske Antiller.

Velcro Canada Inc var driftsselskab i koncernen og var brugeren af royalty retten.

Velcro Industries BV var et hollandsk selskab, som i 1995 flyttede sit hjemsted fra Holland til de hollandske Antiller. Velcro Industries BV ejede de immaterielle rettigheder, som gav anledning til betaling af royalties, både før omstruktureringen i 1995 og efter omstruktureringen i 1995. Velcro Industries havde før 1995 indgået en royalty aftale med Velcro Canada.

Velcro Holdings BV var et hollandsk selskab, som blev stiftet i 1995. Det hollandske selskab indgik aftale med Velcro Industries om betaling af royalties samt Velcro Holding overtog alle Velcro Industries rettigheder og forpligtelser i relation til den oprindelige aftale mellem Velcro Canada og Velcro Industries.⁹⁹

Velcro Canada betalte 5 % af sin nettoomsætning i royalty til Velcro Holding.

Velcro Holding betalte en armslængde procentsats af sin nettoomsætning til Velcro Industries.¹⁰⁰ I praksis viderebetalte Velcro Holding 90 % af de modtagne royalties fra Velcro Canada.¹⁰¹

Velcro Holding blev administreret af Amaco Management Services.¹⁰² I dommen er ikke angivet om Velcro Holding havde egne ansatte eller lokaler, men det må umiddelbart antages at dette ikke er tilfældet.

De canadiske skattemyndigheder var af den opfattelse, at Velcro Holding ikke var beneficial owner af royalties fra Velcro Canada, men derimod at Velcro Industries var beneficial owner.

5.3.1 - Analyse

Tax Court of Canada kom frem til, at Velcro Holding var beneficial owner af royalties fra Velcro Canada. Domstolen havde følgende argumenter for at anse Velcro Holding for beneficial owner:

- De modtagne royalties fra Velcro Canada, blev i Velcro Holding ikke indsat på specifikke konti som kun indeholdt royalties, men blev derimod indsat på konti som indeholdt midler fra andet end royalty betalinger
- De modtagne beløb fra Velcro Canada blev modtaget i canadiske dollars, men blev i Velcro Holding konverteret til US dollars
- Velcro Holding havde bankkonti som medførte renteindtægter

⁹⁹Velcro Canada dom, afsnit 3

¹⁰⁰Velcro Canada dom, afsnit 14

¹⁰¹Velcro Canada dom, afsnit 1

¹⁰²Velcro Canada dom, afsnit 32

- Velcro Holding modtog ikke instruktioner omkring brug af sine midler
- De modtagne royalties fra Velcro Canada var forskellig fra de betalte royalties til Velcro Industries
- Royalties som Velcro Holding modtog, var et aktiv for selskabet og selskabets kreditorer havde mulighed for at søge fyldestgørelse heri

Dommeren angav, at beneficial owner var den som "received the payments for his/her own use and enjoyment and assumed the risk and control of the payment he/she received". Domstolen lagde ved sin fortolkning af beneficial owner begrebet den samme formulering til grund, som benyttet i Prévost Car Inc sagen.

I forhold til Prévost sagen adskiller Velcro sagen sig ved at vedrøre en omstruktureringssituation og ikke en etableringssituation som i Prévost sagen. Velcro sagen minder på det punkt således mere om Indofood sagen. Dog er der den forskel mellem Velcro sagen og Indofood sagen, at Velcro omstruktureringen ikke havde baggrund i opsigelse af en DBO. Dommeren ser ikke ud til at have tillagt dette vægt i sin afgørelse, hvilket kan indikere, at de canadiske domstole ikke tillægger det betydning, om koncernstrukturen er som etableret fra starten af eller om der sker ændringer i løbet af perioden.

Ligesom i Prévost sagen havde Velcro Holding ikke nogen ansatte eller lokaler og blev administreret af et administrationsselskab uden relation til Velcro koncernen. De canadiske domstole ser således ikke ud til at stille krav om substans i et selskab, for at selskabet kan blive anerkendt som beneficial owner.

Ligesom ved Prévost sagen har domstolen tillagt det vægt, at de modtagne midler ville være til rådighed for kreditorer i tilfælde af konkurs. Som ved Prévost sagen angav dommeren flere argumenter for at Velcro Holding var beneficial owner og konkursargumentet ser således ud til ikke at kunne stå alene i en beneficial owner test.

I forhold til rådigheden lagde domstolen vægt på, at der var forskel mellem de modtagne og betalte royalties og angiver at grundet denne forskel har Velcro Holding "some discretion", hvilket medfører at selskabet er beneficial owner. Det er min vurdering at selv hvis 100 % af de modtagne royalties ville have været viderebetalt, var domstolen kommet frem til samme domsresultat, idet at dommeren lagde meget kraftig vægt på argumentet om, at royalty beløbene blev blandet (mingled) med andre midler, ligesom argumentet om valutakursrisiko blev fremhævet flere gange i domsreferatet. Disse 2 forhold ville fortsat være til stede, uanset om der blev viderebetalt 100 % af de modtagne royalties.

5.4 - A A/S dom

A A/S dommen blev behandlet ved en schweizisk skatteretlig administrativ domstol. Sagen vedrørte kildeskatter på udbytter fra schweiziske aktier, som blev udbetalt til en dansk bank.

Den danske bank havde indgået finansielle kontrakter (swap-aftaler) med en række investorer. Ifølge swap aftalerne skulle den danske bank til investorerne betale et beløb svarende til værdistigningen på specifikke schweiziske aktier i swapperioden samt eventuelle udbytter, som måtte blive udbetalt fra aktierne i perioden. Bankens betaling for denne aftale var, at banken modtog LIBOR rente samt en rentemargin.¹⁰³ Mellem den danske bank og investorerne var alene indgået finansielle kontrakter og der forelå ikke handel af de underliggende aktier mellem banken og investorerne.

¹⁰³A A/S dom, afsnit 6.1

For at hedge de finansielle kontrakter valgte den danske bank at foretage opkøb af de underliggende aktier op til udbyttebetalinger fra aktierne.

Efter udløbet af de finansielle kontrakter solgte den danske bank de schweiziske aktier igen.

De schweiziske skattemyndigheder var af den opfattelse, at den danske bank ikke var beneficial owner af udbytter fra de schweiziske aktier, idet at de modtagne udbytter fra aktierne blev viderebetalt til investorerne via de finansielle kontrakter. Som følge af skattemyndighedernes opfattelse, nægtede skattemyndighederne at refundere indeholdte kildeskatter til den danske bank.

Skattemyndighederne var af den opfattelse, at de underliggende aktier var blevet købt fra og solgt til investorerne på de finansielle kontrakter. Denne opfattelse var primært begrundet i, at den danske bank ikke ville oplyse navnene på investorerne på de finansielle kontrakter, grundet at dansk banklovgivning forbød banken at oplyse investorernes identitet.¹⁰⁴

5.4.1 - Analyse

Den schweiziske domstol kom frem til, at den danske bank var beneficial owner af udbytterne og således var berettiget til refusion af indeholdte kildeskatter. Domstolen begrundede sin dom med følgende forhold:

- Banken var ikke underlagt nogen kontraktlig eller de facto forpligtelse til at videresende de modtagne udbytter. Uanset om banken havde erhvervet aktierne eller ej, ville banken have været forpligtet til at betale investorerne¹⁰⁵
- Beslutningen om køb af de underliggende aktier blev foretaget selvstændigt af banken¹⁰⁶
- Domstolen mente ikke, at der forelå treaty abuse, idet at banken ikke kunne antages at være et rent kunstigt arrangement, da banken havde lokaler og ansatte¹⁰⁷

I forhold til beneficial owner definerede domstolen begrebet som "power to decide on the use of the dividends paid to it".¹⁰⁸ I forbindelse med dommen udtalte domstolen, at beneficial ownership kan frakendes enten som følge af en kontraktlig forpligtelse eller en de facto forpligtelse. I forhold til de facto forpligtelsen angav domstolen at hvorvidt en de facto forpligtelse kan medføre frakendelse af beneficial ownership afhænger "the degree to which generating income is dependent on the obligation to pass it on".¹⁰⁹

Domstolens definition af de facto forpligtelser ser ud til at kræve, at bankens forpligtelse til at viderebetale de modtagne beløb skal være relateret til de modtagne indtægter, dvs. at der skal være en relation mellem forpligtelsen og indtægtsskabelsen. På dette punkt er dommen i overensstemmelse med de nye kommentarer fra Revised discussion draft fra 2012, som netop angiver at forpligtelsen skal være "related" for at der kan siges at være en de facto forpligtelse.

Endvidere angav domstolen, at beneficial owner skal fastlægges på baggrund af objektive faktorer og at der ved bedømmelsen af beneficial owner ikke skal tages hensyn til subjektive forhold, såsom misbrug.¹¹⁰

¹⁰⁴A A/S dom, afsnit H

¹⁰⁵A A/S dom, afsnit 6.2.1

¹⁰⁶A A/S dom, afsnit 6.2.2

¹⁰⁷A A/S dom, afsnit 7

¹⁰⁸A A/S dom, afsnit 6.2.1

¹⁰⁹A A/S dom, afsnit 3.4.2

¹¹⁰A A/S dom, afsnit 3.4.2

Domstolen var således af den opfattelse, at spørgsmålet omkring hvorvidt der forelå misbrug af DBO'en var et særskilt spørgsmål, som måtte behandles efter fastlæggelse af beneficial owner. Denne fortolkning af domstolen er i overensstemmelse med de nye kommentarer i Revised discussion draft fra 2012. Ved sin dom har domstolen dog ikke gjort brug af discussion drafts fra 2011/2012 og domstolens opfattelse har derfor været, at selv før opdateringen af kommentarerne skulle spørgsmålene om beneficial owner og misbrug behandles særskilt.

5.5 - Opsummering

Definitionen af beneficial owner begrebet i de 4 internationale domme er ikke ens og der er benyttet forskellige formuleringer af begrebet i de 4 domme, bortset fra de canadiske domme, som har benyttet samme formulering. Ingen af de 4 domme har valgt at benytte den formulering af beneficial owner, som er angivet i OECD MO fra 2010, hvor der er angivet "very narrow powers". De canadiske dommes formulering minder en del om den formulering, der er lagt til grund i Revised discussion draft fra 2012.

Domstolene ser ud til at være enige om, at et væsentligt element i vurdering af hvorvidt et selskab er beneficial owner, er hvorvidt indkomsten udgør et aktiv for det modtagende selskab og hvorvidt det vil være muligt for kreditorer at søge fyldestgørelse heri, i tilfælde af konkurs. Domstolene ser dog også ud til at være enige om, at konkursargumentet ikke kan være det eneste forhold, som beneficial owner skal afgøres på.

I forhold til substanskrav ser de internationale domme ikke ud til at stille krav om, at et selskab skal have egne lokaler og ansatte for at blive anerkendt som beneficial owner. I den schweiziske dom bliver forholdet omkring egne lokaler og ansatte ganske vist berørt, men dette sker som led i vurderingen af, hvorvidt der foreligger treaty abuse og ikke i analysen af beneficial owner.

I forhold til forpligtelser til at videresende modtagne beløb, anerkender domstolene, at en de facto forpligtelse kan medføre at et selskab nægtes anerkendelse som beneficial owner. Domstolene er dog af den opfattelse, at der skal være en høj grad af sammenhæng mellem genereringen af indtægter og størrelsen/forøgelsen af forpligtelser.

Ved vurderingen af beneficial owner ser det ikke ud til at have væsentlig betydning, hvorvidt koncernstrukturen er uændret fra starten af eller om der sker ændringer i løbet af perioden, hvor de omtvistede transaktioner sker. Ændringer i koncernstrukturen må antages kun at kunne tillægges betydning, hvis ændringen sker som reaktion på ændringer i skattemæssig lovgivning eller DBO'er, idet at sådanne ændringer sandsynligvis ville kunne betragtes som treaty abuse.

Sammenfattende må det konkluderes på baggrund af de internationale domme, at der skal være meget stærke argumenter for at nægte et selskab anerkendelse som beneficial owner og der skal nok reelt foreligge åbenlys treaty abuse, for at anerkendelse som beneficial owner kan nægtes.

6.0 - Analyse af beneficial owner i forhold til danske domspraksis og bindende svar

Den første danske domstolsafgørelse omkring beneficial owner begrebet kom i 2010, hvor LSR afsagde kendelse i ISS-sagen. Sagen blev efterfølgende appelleret til ØLR, som afsagde kendelse i 2011. Herudover har LSR efterfølgende afsagt en række kendelser omkring beneficial owner begrebet, ligesom at SR har afgivet flere bindende svar om beneficial owner begrebet.

I nedenstående gennemgang af domme og bindende svar lægges vægten på analyse af domme. Bindende svar analyseres overordnet, da disse er afgivet af skattemyndighederne selv, og derfor primært angiver hvad skattemyndighederne lægger vægt på ved deres vurdering og denne vurdering er ikke nødvendigvis i overensstemmelse med domstolenes fortolkning.

Følgende domme og bindende svar gennemgås:

- SKM2012.121.ØLR, SKM2010.729.LSR samt SKM2010.268.LSR
- SKM2012.26.LSR
- SKM2012.409.LSR
- SKM2011.485.LSR samt SKM2011.57.LSR
- SKM2013.446.SR
- SKM2012.246.SR
- SKM2011.441.SR
- SKM2011.47.SR

Herudover blev SKM2014.18.SR og SKM2012.320.SR identificeret i forbindelse med informationssøgningen, men analysen af disse 2 bindende svar blev udeladt, da de bindende svar ikke angav yderligere forhold end beskrevet i øvrige bindende svar.

6.1 - SKM2012.121.ØLR mv.

ISS sagen indeholdte 2 sager, en udbyttesag samt en rentesag. Begge sager blev behandlet i LSR, mens at kun udbyttesagen blev behandlet i ØLR.

Sagerne vedrørte en konstruktion, som blev etableret i forbindelse med en kapitalfonds overtagelse af ISS. I forbindelse med overtagelsen blev etableret en dansk dobbelt holdingstruktur, som ejede driftsselskabet. Herudover blev der etableret en luxembourgsk dobbelt holdingstruktur. Det øverste luxembourgiske holdingselskab var ejet af kapitalfondene.

Det øverste danske holdingselskab (F A/S) udloddede efter aflæggelsen af sin første årsrapport, 10. maj 2005, udbytte på 5.544,2 mio. DKK til sit moderselskab, det nederste luxembourgiske holdingselskab S S.a.r.l.

S S.a.r.l. ydede samme dag 2 lån til F A/S, et konvertibelt lån på 5,5 mia. DKK og et ikke konvertibelt lån på 37,2 mio. DKK. S S.a.r.l. genudlånte dermed det modtagne udbytte til det danske holdingselskab.

Hverken de danske holdingselskaber eller de luxembourgsk holdingselskaber havde nogen ansatte eller lokaler. De luxembourgiske holdingselskaber blev administreret af et administrationsselskab, som var ejet af kapitalfondene.

Skattemyndighederne mente at de luxembourgske holdingselskaber var conduit selskaber og at transaktionerne var planlagt fra starten af. Skattemyndighederne ville derfor ikke anerkende S S.a.r.l. som beneficial owner af det modtagne udbytte fra F A/S.

Skattemyndighederne mente heller ikke at S S.a.r.l. var beneficial owner af de modtagne renter fra F A/S.

6.1.1 - Analyse

Både LSR samt ØLR kom frem til, at S S.a.r.l. var beneficial owner af udbytteindkomsten. Vedrørende rentesagen kom LSR frem til, at S S.a.r.l. også var beneficial owner af modtagne renter.

Domstolene begrundede deres dom med, at der ikke var sket viderekalisering af modtagne udbytter og renter fra S S.a.r.l. til de bagvedliggende ejere og at domstolene anså det som en forudsætning for, at der kunne være tale om et conduit selskab, at der faktisk skete viderekalisering.

Herudover fastslog ØLR at beneficial owner begrebet skulle fortolkes i overensstemmelse med den internationale fortolkning og at der altså skulle foretages en autonom fortolkning. Domstolen tiltrådte dermed den fortolkning, som der er blevet foretaget af udenlandske domstole, som også har lagt en autonom fortolkning til grund.

I sagen var det omdiskuteret blandt skattemyndighederne og selskabets repræsentant, hvorvidt OECD MO fra 2003 skulle finde anvendelse eller ej, idet at DBO'en mellem Danmark og Luxembourg var fra 1980. Domstolen kom frem til at 2003 kommentarerne havde karakter af præciseringer og således ville kunne finde anvendelse ved fortolkning af beneficial owner begrebet i henhold til DBO'en mellem Danmark og Luxembourg. I sagen blev der ikke gjort brug af OECDs discussion drafts, sandsynligvis fordi at dokumenterne på tidspunktet for sagens behandling netop har været drafts og ikke godkendt af OECD medlemslandene.

Endvidere blev det i sagen diskuteret, hvorvidt der forelå misbrug og hvorvidt selskabet ville kunne påberåbe sig fordelene i M/D-direktivet, som ikke indeholdt et eksplicit krav om beneficial owner. Skattemyndighederne var af den opfattelse at der ikke var krav om national retshjemmel for at gøre brug af misbrugsbestemmelsen i direktivets artikel 1, stk 2. Skattemyndighedernes argumentation herfor er, at direktivets artikel 1, stk 2 omtaler, at intern hjemmel kan foreligge i "overenskomster" og skattemyndighedernes argument var således, at når DBO'erne indeholdt betingelser om beneficial ownership, kunne DBO'ens bestemmelser gøres gældende som intern hjemmel.

LSR angav i sin dom, at der skulle være hjemmel i national ret for at kunne nægte fordelene i henhold til direktivet og at Danmark ikke havde regler som medførte, at selskabet kunne nægte fordele i henhold til direktivet. ØLR forholdte sig ikke til dette forhold i forbindelse med sin domsafsigelse i appelsagen. LSRs afgørelse omkring krav om national retshjemmel, enten direkte i lovgivningen eller via almindelige retsgrundsætninger, er efter min vurdering korrekt, idet at ville være besynderligt hvis DBO'erne skulle medføre hjemmel til beskatning, da DBO'ernes formål er at lempe beskatning. Det er generelt antaget at en DBO ikke kan udgøre hjemmel til beskatning, men derimod kræver national hjemmel for at der kan ske beskatning.¹¹¹

¹¹¹Lærebog om indkomstskat, side 1060

Skatteministeriet valgte ikke at anke ØLRs dom, grundet dommens præmis om manglende viderekonklusion. De øvrige præmisser i dommen, herunder hvorvidt selskabet ville kunne gøre brug af fordelene i M/D-direktivet, forholdt skatteministeriet sig ikke til i sin kommentar.¹¹²

6.2 - SKM2012.26.LSR

Sagen vedrørte kildeskat på udbytte udloddet til et cypriotisk selskab.

Et dansk selskab var indtil 2005 ejet af et holdingselskab på Bermuda. Det danske selskab var et driftsselskab, som stod for salget i Danmark.

I september 2005 blev foretaget omstrukturering af koncernen, således at det danske selskab blev solgt fra holdingselskabet på Bermuda til et nyoprettet cypriotisk holdingselskab. Overdragelsessummen udgjorde 670 mio. kr. Det cypriotiske holdingselskab var ejet af holdingselskabet på Bermuda. For at finansiere overdragelsen af det danske selskab optog det cypriotiske selskab et lån hos holdingselskabet på Bermuda. Holdingselskabet på Bermuda var både før og efter omstruktureringen ejet af et amerikansk moderselskab.

I september 2005 og oktober 2006 foretog det danske selskab udbytteudlodninger på hhv. 566 mio. kr. og 92 mio. kr. Udlodningerne blev af det cypriotiske selskab benyttet til afbetaling på selskabets gæld til holdingselskabet på Bermuda. Det cypriotiske selskabs gæld til sit moderselskab forfaldt til betaling i april 2006.

Det cypriotiske selskab havde hverken lokaler eller ansatte.

De danske skattemyndigheder mente, at det cypriotiske selskab ikke var beneficial owner af udbytter fra det danske selskab, idet at udbytterne var benyttet til betaling af gæld til holdingselskabet på Bermuda (som Danmark ikke havde en DBO med).

6.2.1 - Analyse

LSR kom frem til, at det cypriotiske selskab ikke var beneficial owner af udbytterne fra det danske selskab.

LSR begrundede sin afgørelse med følgende:

- Transaktionerne var sket mellem interesseforbundne parter og var sket indenfor en kortere periode
- Det cypriotiske selskab havde ikke egne lokaler eller personale og havde meget beskedne driftsudgifter

Selvom det cypriotiske selskab blev anset for ikke at være beneficial owner, blev selskabet dog ikke begrænset skattepligtigt til Danmark.

LSR anså fortsat det cypriotiske selskab for at være rette indkomstmodtager af udbytterne og LSR fastholdt således sin fortolkning af at beneficial owner og rette indkomstmodtager er 2 separate fortolkninger. Som beskrevet under afsnit 4.3.1 er det min vurdering at det er korrekt af LSR at foretage 2 separate fortolkninger af hhv. beneficial owner og rette indkomstmodtager.

Da det cypriotiske selskab var rette indkomstmodtager var udbytteudlodningerne omfattet af M/D-direktivet. LSR angav endnu engang, at direktivet giver mulighed for medlemslandene at indføre nationale

¹¹²SKM2012.100.SKAT

værnsregler, men at Danmark ikke har indført sådanne regler. Der var således ikke hjemmel til at nægte brug af direktivets fordele.

LSR tillagde det ikke betydning, at udbytte blev benyttet til afdrag på gæld og at udbyttet således ikke blev viderekaliseret som udbytte, men derimod skiftede karakter. Efter min mening er det meget betænkeligt at LSR ikke tillægger det vægt, at den videre betaling til holdingselskabet på Bermuda sker som afdrag på gæld. Baggrunden for gældens opståen er jo, at holdingselskabet har betalt for erhvervelsen af et selskab og den betalte pris må antages at være sket på armslængdevilkår. Ved erhvervelsen af det danske selskab havde det cypriotiske selskab følgende muligheder for at finansiere erhvervelsen:

- Egenkapitalfinansieret erhvervelse
- Gældsfinansieret erhvervelse med finansiering fra andre koncernselskaber, som ikke var ejere og dermed ikke ville kunne modtage udbytter
- Gældsfinansieret erhvervelse med finansiering fra eksterne långivere

Efter min vurdering er der ingen tvivl om, at det cypriotiske selskab ville have været betragtet som beneficial owner, såfremt at erhvervelsen havde været gældsfinansieret med finansiering fra eksterne långivere, men at betalingsstrømmene fra det danske selskab i øvrigt havde været den samme. Efter min vurdering er det forkert at inddrage måden hvorpå et selskab har finansieret sine investeringer på i vurderingen af, hvorvidt et selskab er beneficial owner.

Selskabets repræsentant i sagen påpeger desuden i sagen, at man kunne have foretaget omstruktureringen, således at der blev etableret et dansk holdingselskab, som erhvervede det danske selskab fra holdingselskabet på Bermuda og at man i denne situation ikke ville kunne kræve kildeskatsbetaling ved det danske holdingselskabs betaling af afdrag.

Jakob Bundgaard har i sin analyse af dommen angivet, at LSR ved sin afgørelse ikke ser ud til at forholde sig til råderetten over betalingsstrømmen.¹¹³ Jeg er enig i Jakob Bundgaards vurdering og efter min mening er LSR meget ukonkret med hensyn til, hvad der reelt gør, at det cypriotiske selskab ikke kan anses som beneficial owner.

LSR forholder sig efter min vurdering ikke til, hvorvidt det cypriotiske holdingselskab blot benytter sin ejerskabsbeføjelse. Det cypriotiske holdingselskab vælger jo netop at benytte sin ejerskabsbeføjelse til at indhente likviditet for at kunne opfylde sine forpligtelser over for sine kreditorer. Det cypriotiske selskab havde teoretisk set andre muligheder for at finansiere betalingen af sine kreditorer ved optagelse af ekstern gæld og var på ingen måde forpligtet til at benytte de modtagne udbytter til betaling af gæld. Skattemyndighederne fremhæver i deres argumentation Indofood sagen som argument for, at der ikke kræves en retlig forpligtelse for nægte anerkendelse som beneficial owner. Som omtalt under afsnit 5.1.1 er jeg uenig i skattemyndighedernes vurdering af, at der ikke forelå en retlig forpligtelse i Indofood sagen, idet at der forelå en aftaleretlig begrænsning på Newco selskabet til ikke at drive anden virksomhed og dermed havde Newco selskabet ingen andre muligheder for at overholde sine forpligtelser end ved at viderebetale de modtagne renter, hverken i teorien eller i praksis, da Newco ikke kunne optage ekstern gæld.

¹¹³Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, SU 2012, 98

LSR benytter som sit andet argument for sin dom at det cypriske selskab ikke har nogen ansatte eller lokaler. Efter min vurdering er dette et utilstrækkeligt argument for at underkende et holdingselskab. Holdingselskaber i både Danmark og udlandet er kendetegnet ved at have meget begrænset aktivitet og har sjældent egne lokaler eller ansatte. Efter min vurdering, som angivet i afsnit 4.2.2.1, kan der ikke stilles samme substanskrav for holdingselskaber som for driftsselskaber.

6.3 - SKM2012.409.LSR

Sagen omhandlede kildeskat på renter, som blev betalt til et luxembourgsk selskab.

I 2005 etablerede en kapitalfond med hjemsted på Jersey et dansk holdingselskab. Holdingselskabet erhvervede et dansk driftsselskab. Det danske holdingselskabs erhvervelse af driftsselskabet blev finansieret ved lån fra kapitalfonden.

I 2006 etablerede kapitalfonden et holdingselskab i Luxembourg. Det luxembourgske holdingselskab overtog først lånet mellem det danske holdingselskab og kapitalfonden og senere på året erhvervede det luxembourgske selskab også aktierne i det danske holdingselskab. Det luxembourgske selskabs erhvervelse af det danske holdingselskab blev finansieret af et lån fra kapitalfonden på Jersey.

Efter juni 2006 ejede det luxembourgske holdingselskab således det danske holdingselskab samt havde en fordring mod det danske holdingselskab. Det luxembourgske holdingselskab havde en gæld til kapitalfonden på Jersey.

Fordringen mellem det luxembourgske selskab og det danske holdingselskab var forrentet med 9 %. Fordringen mellem kapitalfonden på Jersey og det luxembourgske selskab var forrentet med 9,875 %. Hovedstolen på de 2 låneforhold var ens.

Lånet mellem det luxembourgske selskab og det danske holdingselskab blev indfriet 1. november 2007, mens at lånet mellem kapitalfonden og det luxembourgske selskab blev indfriet 2. november 2007.

Det luxembourgske selskab havde hverken egne lokaler eller ansatte.

De danske skattemyndigheder mente, at det luxembourgske selskab ikke var beneficial owner af de modtagne renter fra det danske holdingselskab.

6.3.1 - Analyse

LSR kom frem til, at det luxembourgske selskab ikke var beneficial owner af de modtagne renter.

Landsskatteretten begrundede sin afgørelse med følgende forhold:

- Der var tale om en konstruktion med interesseforbundne parter, hvor de modtagne renter blev overført til kapitalfonden, hvorfra de videreoverdrages til investorerne i fonden.
- Lånene i de 2 led var af næsten samme størrelse og vilkår
- Der ville ikke være nettoindkomst til beskatning i det luxembourgske holdingselskab

LSR gentog sin fortolkning af at begreberne beneficial owner og rette indkomstmodtager er 2 separate fortolkninger. Overraskende angiver domstolen ikke, at det luxembourgske selskab er rette indkomstmodtager. Tværtimod angiver LSR:

”Det er anført, at overførslen af renterne fra G2 S.a.r.l. til kapitalfonden, som må anses for transparent, er videreført til investorerne bag fonden. Spørgsmålet er, om der herefter som følge af en DBO, der omfatter

investorerne, evt. skal ske frafald af renteskatten”.

LSR undlader at gå yderligere ind i diskussion, idet at der skulle være manglende dokumentation for investorernes skattemæssige hjemsted. På den baggrund tildeler LSR tilsyneladende det luxembourgske selskab som rette indkomstmotager.

LSRs kommentar indikerer dog at LSR kunne være af den opfattelse at der skulle ses igennem det luxembourgske selskab og at renteindkomsten ikke skulle allokere til selskabet. Dette er en afgivelse i forhold til SKM2012.26.LSR, SKM2011.485.LSR samt SKM2011.57.LSR, hvor LSR klart angav at de umiddelbare indkomstmotagere var rette indkomstmotager.

Hans Severin Hansen antager i hans analyse af dommen, at LSR har opretholdt den samme vurdering som i SKM2012.26.LSR mv.¹¹⁴ Det er korrekt, at LSR i sin afgørelse forholder sig til DBO'en mellem Luxembourg og Danmark, men i forhold til de tidligere domme angiver LSR ikke eksplicit, at det kun vil være DBO'en mellem Luxembourg og Danmark som vil være relevant i forhold til, hvorvidt der kan ske nedsættelse af kildebeskatningen efter en DBO.

Dommen kan indikere, at LSR åbner op for at der kigges igennem til de ultimative ejere, når det vurderes om der skal pålægges kildeskat. Dermed forsøger LSR at gøre brug af en look-through approach, som angivet i OECDs rapport fra 1986. Det skal i den forbindelse nævnes at brug af look-through approachen ifølge OECD rapporten kræver hjemmel enten i national ret eller indarbejdelse i den relevante DBO. Som beskrevet ovenfor under afsnit 4.3.1 er det min vurdering at LSRs tidligere benyttede fortolkning i SKM2012.26.LSR mv. er korrekt. Den fortolkning som LSR angiver i SKM2012.409.LSR vil desuden være meget vanskelig at administrere i praksis, da det vil medføre at det betalende danske selskab vil skulle kende hele den bagvedliggende koncernstruktur og vil skulle foretage en beneficial owner vurdering i hvert led.

I lighed med LSRs øvrige domme på området forsøger LSR i sin dom, efter min vurdering, nærmere at underkende det luxembourgske selskabs eksistens fremfor at forholde sig til beneficial owner begrebet og foretage en reel analyse af den juridiske og reelle råderet over betalingsstrømmen.

LSR undlader at forholde sig til det faktum, at der er tale om 2 separate låneaftaler, som aftaleindholdsmæssigt ikke har nogen indbyrdes sammenhæng. Herunder undlader LSR desuden at forholde sig til konkursargumentet/situationen, som ellers har været benyttet i alle de udenlandske domstolsafgørelser som værende et væsentligt element i beneficial owner vurderingen.

LSRs argumenter om, at lånene havde næsten identisk størrelse og vilkår samt at der ikke ville komme skattebetaling i det luxembourgske selskab, vurderer jeg som værende relevante kriterier i forbindelse med beneficial owner vurderingen, men det er samtidig min opfattelse, at disse forhold ikke i sig selv er tilstrækkelige til at nægte et selskab anerkendelse som beneficial owner. Efter min vurdering er en analyse af konkurssituationen meget væsentlig i forhold til beneficial owner vurderingen og LSR mangler denne vurdering i sin analyse og domsafsigelse.

I modsætning til SKM2012.26.LSR har LSR ved sin afgørelse ikke lagt vægt på, at det luxembourgske selskab ikke har haft egne lokaler eller ansatte. Det ser således ud til, at LSR ikke mener, at der skulle være et krav til substans for holdingselskaber.

¹¹⁴Danish Beneficial owner cases – A status report, Bulletin for international taxation, April/may 2013, p. 192-199

6.4 - SKM2011.485.LSR samt SKM2011.57.LSR

Sagerne vedrørte kildeskat på renter. Sagernes faktum var næsten identisk og LSR kom også til samme domsresultat i begge sager og med næsten samme begrundelse. De 2 sager analyseres derfor samlet.

Koncernkonstruktionen i sagerne var således at et dansk driftsselskab oprindeligt var ejet af et holdingselskab beliggende på Jersey eller Cayman Islands.

Omkring 2004 blev der i begge sager foretaget omstrukturering af koncernerne, således at der blev etableret et dansk holdingselskab, som ejede det danske driftsselskab.

Det danske holdingselskab var ejet af en svensk dobbelt holdingkonstruktion og det øverste svenske holdingselskab var ejet af holdingselskabet, som var beliggende på Jersey eller Cayman Islands.

Holdingselskaberne på Jersey/Cayman Islands var ejet af en amerikansk koncern.

Mellem holdingselskaberne var etableret følgende aftaler:

- Det danske holdingselskab havde udstedt et gældsbevis til det nederste svenske holdingselskab
- Det øverste svenske holdingselskab havde udstedt et gældsbevis til holdingselskabet på Jersey/Cayman Islands.

Gældsbevisene i de forskellige led var identiske med hensyn til beløb og vilkår.

Der var ikke nogen aftaleretlige forpligtelser eller gældsftaler mellem de 2 svenske holdingselskaber og relationen mellem de 2 selskaber var at det ene holdingselskab ejede det nederste svenske holdingselskab.

De svenske holdingselskaber gjorde brug af svenske skatteregler om koncernbidrag, hvorved at det nederste svenske holdingselskab fik fradrag i sin skattepligtige indkomst for koncernbidraget, mens at det øverste svenske selskab var skattepligtigt af koncernbidraget.

Brugen af de svenske regler om koncernbidrag medførte, at de svenske holdingselskaber sammenlagt havde en svensk skattepligtig indkomst på 0 SEK.

De svenske holdingselskaber havde ikke nogen ansatte eller lokaler. Selskaberne blev administreret af administrationselskaber. Det er ikke muligt ud fra domsreferaterne at se om administrationselskaberne har været koncernforbundne selskaber eller uafhængige administrationsserviceydere.

I SKM2011.485.LSR havde de danske skattemyndigheder været i kontakt med de svenske skattemyndigheder som havde angivet:

”Den ränta som betalas från Danmark slussas således vidare till Cayman Islands och Sverige är närmast att betrakta enbart som ett transitland för dessa pengar. Någon skatt erläggs inte i Sverige”

De danske skattemyndigheder mente, at det nederste svenske holdingselskab, som modtog renteindtægter fra det danske holdingselskab, ikke var beneficial owner af renterne og at betingelserne for bortfald af begrænset skattepligt af renterne ikke var opfyldt, hvorfor det svenske holdingselskab var begrænset skattepligtigt til Danmark.

6.4.1 - Analyse

LSR kom i begge sager frem til, at det nederste svenske holdingselskab ikke var beneficial owner af renterne og at det svenske holdingselskab således var begrænset skattepligtigt til Danmark.

LSR begrundede sine afgørelser med:

- Vilkårene på gældsbrevene i de 2 led var identiske med hensyn til beløb og vilkår
- Der kom ikke nogen nettoindkomst til beskatning i Sverige
- De svenske holdingselskaber havde ikke anden aktivitet som kunne genere likviditet, således at det øverste holdingselskab kunne overholde sine forpligtelser overfor holdingselskabet på Jersey/Cayman Islands. LSR mente således at brugen af koncernbidrag i de svenske holdingselskaber var forudsat fra starten.

LSR angav desuden i sin dom, at det var uden betydning at videreførelsen af renterne i de svenske selskaber var sket via koncernbidrag.

I LSRs afgørelse for SKM2011.57.LSR er desuden under domstolens bemærkninger og begrundelse angivet, at holdingselskaberne ikke havde nogen ansatte eller kontorfaciliteter. Det er ikke tydeligt om dette skal læses som om, at LSR har lagt vægt på dette som en del af sin dom eller om LSRs bemærkning herom blot skal betragtes som et resume af sagens fakta.

Jakob Bundgaard har i sin analyse af dommen vurderet, at det var et af de forhold, som LSR lagde vægt på ved sin domsafsigelse.¹¹⁵

Det er min vurdering, at LSR ikke har tillagt det vægt, at holdingselskaberne ikke har haft ansatte eller lokaler og at LSRs bemærkning herom blot skal betragtes som en opridsning af sagens fakta forud for domsafsigelsen. Min vurdering er baseret ud fra, at LSR ikke har angivet substansargumentet i SKM2011.485.LSR samt at substansargumentet ej heller er benyttet konsekvent af LSR i sine domme, uanset at skattemyndighederne har benyttet argumentet i alle de sager, der har været behandlet i LSR. Udover SKM2011.57.LSR er det kun i SKM2012.26.LSR, hvor LSR også i sin afgørelse omtaler holdingselskabets manglende lokaler og ansatte.

Skattemyndighederne lagde i deres sagsfremstilling vægt på de svenske skattemyndigheders vurdering af, at Sverige blev benyttet som transitland. LSR ser ikke ud til at have lagt vægt på denne vurdering i forbindelse med sin domsafsigelse. Baggrunden for dette kan være, at vurderingen fra de svenske skattemyndigheder ikke er en domstolsafgørelse, hverken administrativ eller civilretlig, og at de svenske skattemyndigheders vurdering således kan have karakter af at være et partsindlæg. Herudover bruger de svenske skattemyndigheder ikke ordet beneficial owner eller en tilsvarende svensk oversættelse heraf, hvilket kan indikere, at de svenske skattemyndigheder ikke har foretaget en juridisk vurdering af begrebet beneficial owner i forbindelse med sit svar til de danske skattemyndigheder.

LSR kom frem til, at beneficial owner begrebet skulle fortolkes ud fra en autonom fortolkning samt at fortolkningen af, hvem der var beneficial owner og hvem der var rette indkomstmodtager var 2 separate vurderinger.

LSR betragtede ikke de svenske selskaber som beneficial owner af renterne, men betragtede selskaberne som værende rette indkomstmodtager af renterne. Jakob Bundgaard har i sin analyse af SKM2011.485.LSR stillet spørgsmålstegn ved, om denne skelnen mellem de 2 begreber er korrekt.¹¹⁶

Som beskrevet under afsnit 4.3.1 er det min vurdering, at det er korrekt af LSR at foretage 2 separate fortolkninger af hhv. beneficial owner og rette indkomstmodtager.

¹¹⁵Beneficial ownership – nu en reel bestanddel af dansk skatteret, SU 2011, 31

¹¹⁶Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, SU 2012, 98

Jakob Bundgaard har i sin analyse af SKM2011.57.LSR kritiseret LSR for at være for ukonkret med, hvad retten lægger vægt på ved vurdering af beneficial ownership, herunder de kontraktlige og faktiske forpligtelser som fører til LSRs konklusion.¹¹⁷

Jeg er enig i Jakob Bundgaards kritik omkring domsresultatets begrundelse. Efter min vurdering undlader LSR helt at forholde sig de reelle forpligtelser, herunder ser LSR ikke ud til at foretage en analyse ud fra en konkurssituation. Konkursargumentet er samstemmende blevet fremhævet som en af de faktorer, der indgår i vurderingen i de afgørelser, der er afsagt af udenlandske domstole, jf. min analyse heraf under afsnit 5.5.

Argumentet om at de svenske holdingselskaber ikke er beneficial owner, grundet at den skattepligtige indkomst i Sverige er 0 SEK, synes jeg også er et vagt argument fra LSRs side, idet at selskaberne blot på en hensigtsmæssig eller fordelagtig måde gør brug af de svenske skatteregler om koncernbidrag. EU-domstolen angav i Cadbury Schweppes sagen, at den omstændighed at selskab er blevet oprettet i en medlemsstat med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at konkludere at der foreligger misbrug.¹¹⁸ EU-domstolen angiver ganske vist, at brugen af mere fordelagtig lovgivning kan være et element i vurdering af, hvorvidt der foreligger misbrug, men efter min vurdering undlader LSR reelt at finde yderligere væsentlige holdepunkter for at statuere misbrug. Herunder undlader LSR at foretage en grundig analyse af dispositionsretten over renterne for det nederste svenske holdingselskab. Set i forhold til international domspraksis, føler jeg mig overbevist om, at LSRs vurdering af dispositionsretten er mangelfuld og også forkert. I Indofood sagen var Newco via lånebetingelserne frataget muligheden for at drive anden virksomhed og kunne således kun opfylde sine forpligtelser ved at videresende de modtagne renter. I Prévost sagen kom domstolen frem til, at der ikke forelå en forpligtelse, idet at der ikke forelå en aftaleretlig forpligtelse mellem den umiddelbare indkomstmottager og den efterfølgende indkomst mottager. Faktum omkring aftaleretlige forhold i Prévost sagen minder efter min mening en del om faktum i SKM2011.485.LSR og SKM2011.57.LSR, da der netop ikke var en forpligtelse for det nederste svenske holdingselskab til at videresende de modtagne renter til sit moderselskab. Videresendelsen af de modtagne renter krævede derimod en ledelsesmæssig beslutning i form af enten at vedtage et koncernbidrag eller vedtage et udbytte.

6.6 - SKM2013.446.SR

Det bindende svar vedrørte et dansk selskab, som indgik i A koncernen, som ville foretage en omfattende omstrukturering af sine selskaber med henblik på at etablere 2 koncerner med hver sit forretningsområde. Det danske selskab E ApS, var et dansk holdingselskab, som ejede en række kapitalandele.

E ApS var ejet af D, et luxembourgsk holdingselskab. Selskab D var ejet af selskab C, som også var et luxembourgsk holdingselskab.

Selskab C var ejet af selskab B, som var indregistreret i et 3. land (sandsynligvis et ikke DBO-land), men var skattemæssigt hjemhørende i Luxembourg.

Selskab B var ejet af selskab A, som var det ultimative selskab i A koncernen. Selskab A var beliggende i et DBO-land.

I forbindelse med omstruktureringen ville E ApS overdrage en del af sine kapitalandele i datterselskaber og associerede selskaber til sit moderselskab, selskab D. Som betaling herfor ville E ApS modtage gældsbeviser

¹¹⁷Beneficial ownership - nu en reel bestanddel af dansk skatteret, SU 2011, 31

¹¹⁸C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 37

mod selskab D.

E ApS ville herefter foretage udlodning af gældsbeviserne mod selskab D til selskab D.

Herudover ville E ApS i forbindelse med omstruktureringen overdrage en af sine kapitalandele til selskab A, det ultimative moderselskab i koncernen. Som betaling herfor ville E ApS modtage et gældsbevis samt E ApS overdrog sin gæld til selskab Q til selskab A.

E ApS' gældsbevis mod selskab A ville herefter blive udloddet af E ApS til sit moderselskab, selskab D.

Spørgerens spørgsmål var, om der i forbindelse med udlodningen af gældsbeviserne skulle foretages indeholdelse af kildeskat.

SR angav at E ApS ikke var pligtig til at indeholde kildeskat i forbindelse med udlodningen af gældsbeviser til moderselskabet, selskab D.

SR lagde vægt på at der ikke ville ske videreudlodning til andre end det øverste moderselskab A og dette selskabs tilhørende enheder i EU/EØS/DBO-lande.

I de øvrige beneficial owner sager og Skatteråds svar har SKAT indtaget den stilling at det har været dispositionsretten for den umiddelbare modtager af udbytte fra det danske selskab, som har skullet vurderes i forbindelse med fastlæggelse af beneficial owner. I denne sag ser det ud til at SKAT reelt laver beneficial owner vurderingen på toppen, dvs. selskab A-niveauet. SKAT ser dermed ud til at vurdere at dispositionsretten for selskab D er irrelevant for beneficial owner vurderingen og SKAT laver da ej heller nogen vurdering af selskab Ds dispositionsret over de modtagne udlodninger fra E ApS. Dette sker selvom at SKAT angiver i sit svar, at vurderingen er en transaktionsbestemt vurdering, hvor det skal vurderes hvem der har dispositionsretten over udlodningen.

Denne holdning fra SKAT skal sandsynligvis ses i sammenhæng med, at alle enhederne i omstruktureringen var beliggende i DBO-lande og at der ikke var nogen enheder i omstruktureringen, som var placeret i ikke-DBO/EU-lande.

SKAT ser således ud til at se lempeligere på udlodninger, som foretages i koncerner, som kun har enheder placeret i lande, som har en DBO med Danmark.

6.8 – SKM2012.246.SR

Det bindende svar vedrørte en udlodning fra et dansk holdingselskab i forbindelse med en omstrukturering af den koncern, som det danske holdingselskab indgik. Ved omstruktureringen ville der fra den danske del af koncernen blive overført værdier til et nystiftet polsk holdingselskab, som derefter ville eje 2 polske driftsselskaber, som tidligere havde været ejet af det danske holdingselskab.

Det danske holdingselskab, E ApS, var ejet af et cypriotisk holdingselskab, selskab D, som igen var ejet af et hollandsk selskab, selskab C.

I forbindelse med omstruktureringen ville værdierne fra E ApS blive ført op igennem selskab D og videre til selskab C, som herefter ville føre værdierne ned i den polske del af koncernen.

Spørgeren ønskede at få svar på, hvem SKAT ville anse som beneficial owner af udbyttet fra E ApS samt hvorvidt E ApS var pligtig til at indeholde kildeskat.

SR angav i sit svar, at selskab C ville blive anset som beneficial owner af SKAT, dvs. at selskab D ville blive anset for at være et conduit selskab.

SR angav desuden, at E ApS ikke ville være pligtig til at indeholde kildeskat, idet at selskab C ikke ville være begrænset skattepligtig til Danmark.

Skatterådet lagde ved sin afgørelse af beneficial owner vægt på, at udbyttet fra E ApS ikke ville blive ført videre op i koncernen fra selskab C.

Det er min vurdering, at SRs overordnede konklusion om, at der ikke skulle indeholdes kildeskat, er korrekt. Det er dog min vurdering, at SKAT har angivet en forkert part til at være beneficial owner af udbyttet fra E ApS. Efter min vurdering bør det være selskab D, som anerkendes som beneficial owner, idet at dette selskab vil være rette indkomstmodtager. I SRs svar er der ingen form for analyse af selskab D's dispositionsret over udbyttet, men det er min vurdering, at der ikke er noget grundlag for i denne sag at skelne mellem den rette indkomstmodtager og beneficial owner.

Selskab D er ikke indsat som en gennemstrømningsenhed med det formål at opnå skattemæssige fordele og beneficial owner diskussionen kan næppe være relevant i denne situation.

Herudover vælger SR ved bestemmelsen af beneficial owner at gøre brug af look through approachen, som angivet i OECD rapporten fra 1986 omkring conduit selskaber. SR vælger at gøre dette på trods af, at Danmark ikke har vedtaget lovgivning, hverken i national lovgivning eller sine DBO'er, som giver hjemmel til brug af denne værnsregel.

Såfremt at skattemyndighederne havde været konsekvente i deres holdninger til beneficial owner og rette indkomstmodtager, burde SRs svar have været, at der skulle indeholdes kildeskat ved udlodningen fra E ApS.

I SKM2011.485.LSR angav skattemyndighederne, at der var forskel mellem hvem der var beneficial owner og hvem der var rette indkomstmodtager samt at når det skulle fastlægges om, hvem der var begrænset skattepligtig skulle dette afgøres efter princippet om rette indkomstmodtager.

Skattemyndighedernes holdning i SKM2011.485.LSR var, at skattemyndighederne ikke ville se igennem til den ultimative beløbsmodtager, men derimod kun indtil beløbet blev overført til et selskab på Cayman Islands, som skattemyndighederne så mente var beneficial owner, mens at den umiddelbare indkomstmodtager var rette indkomstmodtager. Dette var på trods af at udbyttet fra det danske selskab blev ført videre fra selskabet på Cayman Islands til den ultimative amerikanske ejer. I SKM2011.485.LSR var det danske selskab således pligtig til at indeholde kildeskat.

I nærværende sag burde SRs afgørelse have været (såfremt at det var korrekt at selskab C var beneficial owner), at selskab C ville være beneficial owner, mens at rette indkomstmodtager ville være den umiddelbare indkomstmodtager, E ApS' moderselskab, selskab D.

Skattemyndighedernes betingelser for frafald eller nedsættelse af udbyttebeskatningen på udlodningen fra E ApS til selskab D ville dermed ikke være opfyldt, idet at selskab D ikke ville være beneficial owner og dermed efter skattemyndighedernes opfattelse ikke ville kunne påberåbe sig fordele efter M/D-direktivet eller DBO'en mellem Danmark og Cypern.

6.9 - SKM2011.441.SR

Det bindende svar vedrørte udbytteudlodninger fra et dansk selskab til sit udenlandske moderselskab, selskab C. Det udenlandske moderselskab var tilnærmelsesvis et dansk kommanditselskab, men blev efter skattereglerne i det land hvor moderselskabet var hjemmehørende, betragtet som et selvstændigt skattesubjekt.

Selskab C var efter det oplyste i sagen beliggende i et EU-land, som Danmark endvidere havde indgået en DBO med.

Selskab C var ejet selskaberne A og B. Det er ud fra afgørelsen ikke muligt at se, hvor selskab A og B var hjemmehørende, om end at det i afgørelsen er angivet at selskab C, A og B var gyldigt stiftede og eksisterende i X-land, hvilket kan indikere at selskaberne alle var beliggende i samme land.

Spørgers repræsentant havde i forbindelse med sagen oplyst om udbyttet fra det danske selskab til selskab C, at det kunne antages, at det modtagne udbytte ville blive udloddet videre til selskab A og B samt at disse 2 selskaber kunne foretage videreudlodninger til deres ejere. Herudover oplyste repræsentanten at en del af udbyttet kunne antages at blive brugt til indfrielse af ekstern gæld i selskab C eller betaling af forventede omkostninger.

Selskab C havde lokaler samt havde 1 ansat i det land, hvor selskabet var hjemmehørende. Herudover havde selskabet en bankkonto, som genererede betydelige renteindtægter. Der var ikke nogen formelle aftaler om, at selskab C skulle videreudlodde modtaget udbytte fra det danske selskab.

I forbindelse med sagen havde spørgers repræsentant endvidere indhentet en bekræftelse fra skattemyndighederne i X-land, hvori de lokale skattemyndigheder angav, at selskab C ville være beneficial owner af udbytter fra det danske selskab.

Spørgeren ønskede i sagen at få svar på, om skattemyndighederne ville anse selskab C for at være beneficial owner af udbytter fra det danske selskab.

SR angav, at skattemyndighederne ikke ville anse selskab C for at være beneficial owner af udbytter modtaget fra det danske selskab.

Skattemyndighederne lagde ved deres afgørelse vægt på, at repræsentanten havde oplyst, at det kunne antages at udbyttet ville blive ført videre til selskab A og B samt at disse 2 selskaber kunne videreføre udbytterne til deres ejere.

Skattemyndighederne angav i deres afgørelse, at det væsentlige omdrejningspunkt ved beneficial owner vurderingen var fastlæggelsen af dispositionsretten. I den forbindelse angav skattemyndighederne, at "det ikke i sig selv er afgørende om udbyttebeløbene umiddelbart videreføres til de bagvedliggende ejere...idet de bagvedliggende ejere fuldstændigt afgør, hvordan der skal forholdes med de indkomne beløb."

Skattemyndighederne angav endvidere, at DBO'erne efter deres opfattelse ikke afskærer kildestatsbeskatning, når de bagvedliggende ejere ligger i et ikke DBO-land.

Efter min vurdering er det her meget tydeligt, at skatteministeriet ser ud til at lave beneficial owner vurderingen forskelligt, alt efter om den bagvedliggende ejer til den umiddelbare indkomstmodtager er beliggende i et DBO-land eller ej.

Herudover er skattemyndighedernes argument om, at de bagvedliggende fuldstændigt afgør hvordan udbyttet skal bruges, ukonkret og antyder at skattemyndighederne ikke anerkender holdingselskabers

eksistens. At de bagvedliggende ejere i et holdingselskab træffer beslutning om, hvordan holdingselskabet skal bruge sine midler følger af helt almindelig selskabspraksis, hvor det er helt naturligt, at de bagvedliggende ejere også træffer de ledelsesmæssige beslutninger i holdingselskabet.

Efter min vurdering undlader skattemyndighederne helt at foretage en vurdering af dispositionsretten og nægter at anerkende, at selskab C har en selvstændig ledelse i selskabet, uanset at denne ledelse sandsynligvis er sammenfaldende med de bagvedliggende ejere. Skattemyndighederne vælger desuden slet ikke at kommentere på de forskellige rådighedsmuligheder, som spørgerens repræsentant angiver i sin fremstilling.

Ved skattemyndighedernes afgørelse angiver de eksplicit, at de ikke har tillagt den udenlandske skattemyndigheds vurdering af selskab C som beneficial owner nogen betydning. Efter min vurdering er dette problematisk, da beneficial owner begrebet er et internationalt begreb, som skal fortolkes i en international sammenhæng og der er behov for at der opnås en konsensus blandt forskellige skattemyndigheder om, hvem der i transaktionsflowet er beneficial owner. I SKM2011.485.LSR brugte de danske skattemyndigheder netop en vurdering fra de svenske skattemyndigheder som argument for, at 2 svenske selskaber ikke var beneficial owner. I de svenske myndigheders svar var angivet, at de anså de Sverige for at være transitland i relation til transaktionerne.

De svenske skattemyndigheder brugte således ikke ordet beneficial owner eller et tilsvarende svensk begreb, mens at den udenlandske skattemyndighed i SKM2011.441.SR specifikt har benyttet begrebet beneficial owner i sin udtalelse.

Det kan næppe antages, at de danske skattemyndigheder har ændret holdning i forhold til vurderinger fra udenlandske skattemyndigheder i løbet af året, idet at SKM2011.441.SR og SKM2011.485.LSR er afgjort med 1-2 måneders mellemrum og med SKM2011.485.LSR som den først afgjorte sag.

Det virker således åbenlyst, at skattemyndighederne er selektive i deres valg om brug af vurderinger fra udenlandske skattemyndigheder.

SR angav desuden i deres afgørelse, at de ikke tillagde det vægt at selskab C havde lokaler, 1 ansat samt en bankkonto. SKATs holdning hertil virker særdeles besynderlig, idet at SKAT i samtlige sager, som har været behandlet i LSR eller ØLR, har argumenteret med, at holdingselskaberne ikke har haft nogen substans i form af lokaler eller ansatte.

SR angiver afslutningsvis, hvilke betingelser der skal være opfyldt for, at de umiddelbart ikke mener at der foreligger misbrug:

- Udbytte strømmes videre til et selskab i et DBO-land eller EU-land
- Det videreudloddede beløb er beløbsmæssigt identisk med det beløb, der i første led er strømmet videre
- Beløbet har samme karakter som det fra Danmark udbetalte beløb
- Beløbet skal være modtaget og beskattet i samme indkomstperiode, som hvis det var udbetalt direkte fra Danmark

Skattemyndighederne angiver ikke om betingelserne skal opfattes som kumulative, men umiddelbart er det min vurdering, at det vil være skattemyndighedernes opfattelse.

Efter min vurdering er det problematisk, at skattemyndighederne nærmest pr. automatik vurderer, at der er eller kan være tale om misbrug, såfremt at et beløb overføres til et ikke DBO-land. Herudover virker

betingelsen om, at det videreførte beløb skal være identisk, ulogisk, idet at hvis der føres et identisk beløb videre, indikerer dette jo netop at der blot sker gennemstrømning. Skattemyndighedernes betingelse medfører, at hvis det udbyttemodtagende selskab udlodder et større beløb end modtaget fra Danmark, f.eks. brug af udlodninger fra andre selskaber også, vil der kunne være tale om misbrug. Herudover vil der kunne være tale om misbrug, hvis det udbyttemodtagende selskab selv beholder en del af udbyttet. Den sidstnævnte situation er kerneeksemplet på at det udbyttemodtagende selskab har og benytter sin dispositionsret over det modtagne udbytte.

Efter min vurdering er skattemyndighedernes afgørelse i denne sag åbenlyst forkert, idet at der ikke er nogen forpligtelse for selskab C til at videresende beløbene, hverken kontraktligt eller faktisk. Der er ikke i afgørelsens referat nogen holdepunkter for at antage, at selskab C på nogen måde skulle være forpligtet til at videresende de modtagne udbytter, herunder er der ingen oplysninger om, at de bagvedliggende ejere har behov for likviditet til indfrielse af lån eller lignende.

Herudover har selskab C lokaler og ansatte og har dermed substans.

Udbytteudlodningen sker mellem selskaber, som er beliggende i EU-lande og udlodningen vil således være beskyttet af M/D-direktivet, idet at der ikke er indført nationale værneregler i Danmark.

Endelig er der en vurdering fra en udenlandsk skattemyndighed, som direkte angiver at selskab C vil blive anset som beneficial owner i X-land.

6.10 - SKM2011.47.SR

Det bindende svar vedrørte et dansk selskab, som indgik i en koncern, som var ejet af en kapitalfond. Det danske selskab var ejet af luxembourgsk holdingselskab. I forbindelse med et delvis salg af koncernen, ville der blive indskudt et luxembourgsk holdingselskab mellem det danske selskab og det eksisterende luxembourgske holdingselskab.

Spørgeren ønskede i sagen at få svar på, om skattemyndighederne ville anerkende det indskudte luxembourgske holdingselskab som beneficial owner af udbytter fra det danske selskab.

SR afviste at besvare forespørgslen med henvisning til, at der ikke var tilstrækkelige oplysninger.

I SRs afgørelse angiver skattemyndighederne dog hvilke forhold, som skal oplyses i forbindelse med anmodning om bindende svar om beneficial owner og det må antages at skattemyndighederne vil lægge vægt på disse faktorer ved sine fremtidige vurderinger:

1. Aftaler om dispositionsret/råderet over udbyttebeløbet
2. Hvornår og hvordan udbyttebeløbet forventes anvendt, herunder om det på forhånd, uanset at der ikke foreligger formelle aftaler herom, må anses for at ligge fast, at den formelle udbyttemodtager ikke har nogen mulighed for selvstændigt at disponere over beløbet
3. Hvilke udgifter/krav der forventes betalt med udbyttebeløbet
4. EU-selskabets konkrete forretningsmæssige funktioner
5. Begrundelse for EU-selskabets placering i et bestemt EU-land
6. Udbyttebeløbets størrelse
7. Finansieringsforhold
8. Ejerkredsens sammensætning og hjemsted på udlodningstidspunktet

De første 2 punkter virker relevante i forbindelse med vurderingen af beneficial owner. Det 3. punkt virker umiddelbart ikke til at være relevant i vurderingen. Såfremt at selskabet benytter udbyttebeløbet til at indfri gældsposter giver dette ikke indikationer på, at selskabet skulle have begrænset dispositionsret over det modtagne udbytte, da der vil være tale om 2 selvstændige retsforhold.

Vedrørende punkt 4 virker dette punkt underligt set i forhold til, at skattemyndighederne i de efterfølgende afgivne bindende svar har angivet at beneficial owner vurderingen er en transaktionsbestemt vurdering.

Selskabets øvrige funktioner må således være uden betydning, hvis det kun er selve transaktionen som der skal ses på. Skattemyndighederne har dog ved beneficial owner sagerne, som er behandlet i LSR og ØLR lagt vægt på om selskaberne har substans i form af lokaler og ansatte.

Information om selskabets finansieringsforhold er efter min vurdering kun være relevant i de tilfælde hvor der er krav om afdrag på gæld, når der modtages udbytter fra datterselskaber, da sådanne betingelser netop pålægger selskabet et kontraktlig forpligtelse, der fratager selskabet dispositionsretten over udbyttet. I andre tilfælde må det antages at finansieringsforholdene ikke er relevante i forbindelse med beneficial owner vurderingen, idet at der er tale om 2 selvstændige retsforhold.

6.11 – Opsummering

Indtil videre har LSR afsagt kendelser i 6 sager omkring beneficial owner, mens at ØLR har afsagt 1 kendelse.

LSR og ØLR har samstemmende afgjort, at ved fortolkningen af beneficial owner begrebet skal begrebet fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse og der skal således foretages en autonom fortolkning af begrebet. Dermed synes det også afgjort, at det kendte danske begreb rette indkomstmodtager er irrelevant i forhold til beneficial owner vurderingen. LSR har dog vurderet, at rette indkomstmodtager begrebet har en relevans i forhold til at afgøre, hvorvidt der foreligger begrænset skattepligt samt hvem der er begrænset skattepligtig, idet at LSR ved flere sager har angivet at vurderingen af beneficial owner og rette indkomstmodtager er 2 separate fortolkninger.

Under forløbet af beneficial owner sagerne var det omdiskuteret mellem skattemyndighederne og de implicerede selskaber, hvorvidt beneficial owner begrebet skulle fortolkes på baggrund af de OECD MO, som var gældende på tidspunktet for vedtagelsen af den pågældende DBO eller om senere vedtagne OECD MO kan danne grundlag for en fortolkning af begrebet. LSR og ØLR har samstemmende afgjort at senere vedtagne OECD MO kan inddrages i fortolkningen af beneficial owner begrebet.

I forbindelse med beneficial owner sagerne er der dog endnu ikke sket inddragelse af discussion drafts fra 2011/12 med forslag til nye kommentarer til artikel 10-12 i OECD MO. Baggrunden for dette er sandsynligvis at kommentarerne i discussion drafts fra 2011/12 ikke har været godkendt af OECD medlemslandene. Forslagene til opdaterede kommentarer til artikel 10-12 er dog den 16. juli 2014 blev godkendt af OECD medlemslandene og vil blive indarbejdet i den næstkommende version af OECD MO. I forbindelse med høringen af discussion drafts har OECD angivet at det er OECDs overbevisning at de nye kommentarer udgør præciseringer og de nye kommentarer må således kunne antages at blive bragt i spil ved kommende afgørelser om beneficial owner.

I sager omkring udbytte har skatteyderen i næsten alle sagerne fået medhold i, at de umiddelbare indkomstmodtagere ikke var begrænset skattepligtige til Danmark. I en enkelt af sagerne kom LSR dog frem til at et cyprisk holdingselskab ikke var beneficial owner.

I sager omkring renter har skattemyndighederne fået medhold i 3 ud af 4 sager.

Ud fra domspraksis står det klart, at der skal være sket viderekalisering af de modtagne indtægter fra Danmark fra den umiddelbare indkomstmottager for at beneficial owner diskussionen overhovedet kan være relevant.

Herudover har LSR ved flere afgørelser taget stilling til, hvorvidt M/D-direktivet og R/R-direktivet indeholder hjemmel til at nægte selskaber anerkendelse som beneficial owner.

LSR har angivet at M/D-direktivet ikke indeholder en værnsregel, som kan medføre nægtelse af et selskabs anerkendelse som beneficial owner, herunder at artikel 1, stk 2 ikke udgør en værnsregel, men blot giver medlemslandene mulighed for at indføre værnsregler. LSR har desuden angivet, at Danmark ikke har indført værnsregler, som vil kunne afskære selskaber fra brug af direktivets fordele.

LSR har desuden ikke i nogen af sine kendelser afgjort, at udenlandske holdingselskaber skulle være rent kunstige arrangementer, som defineret af EU-domstolen i Cadbury Schweppes sagen, og det må antages at holdingselskaber, uanset deres begrænsede aktivitet og substans ikke kan nægtes anerkendelse som beneficial owner med hjemmel i begrebet rent kunstige arrangementer.

I forhold til R/R-direktivet har LSR angivet at direktivets betingelse i artikel 1, stk 1 om beneficial owner udgør en værnsregel og at denne kan medføre, at et selskab ikke kan gøre brug af direktivets fordele.

I forhold til kravet om, hvorvidt holdingselskaber skal have substans i form af lokaler og ansatte, står LSRs holdning ikke lysende klart. I SKM2012.26.LSR har LSR fremhævet manglende lokaler og personale som et argument for, at et selskab ikke skulle være beneficial owner. Herudover har LSR i SKM2011.57.LSR angivet i sine bemærkninger, at et selskab ikke havde nogen lokaler eller ansatte, men det er min vurdering, at det ikke var et forhold som LSR lagde vægt på ved sin afgørelse. I de øvrige kendelser som LSR har afsagt, har LSR ikke lagt vægt på om selskaberne har haft egne lokaler eller ansatte, uanset at skattemyndighederne i samtlige sager, som har været ført i LSR, har lagt vægt på dette.

Vedrørende udtalelser/vurderinger fra udenlandske skattemyndigheder ser LSR ud til ikke at lægge vægt på disse. Der har indtil videre kun været 1 sag i LSR, hvor der har været indhentet udtalelse/vurdering fra en udenlandsk skattemyndighed og i denne sag omtalte LSR ikke den udenlandske myndigheds udtalelse/vurdering.

I forhold til back-to-back lån eller låneaftaler med meget ens vilkår, ser det ud til at være LSRs holdning, at lån med helt ens eller næsten ens vilkår vil medføre at et selskab kan nægtes anerkendelse som beneficial owner.

Dette vil særligt være tilfældet i de situationer, hvor den umiddelbare indkomstmottager ikke skaber en positiv nettoindkomst til beskatning i sit skattemæssige hjemsted.

I forhold til karakterskift af indkomsten i løbet af "gennemstrømningen" har LSR klart angivet, at den ikke anser dette som et forhold, som kan forhindre anerkendelse som beneficial owner. Dermed har LSR gjort det klart, at det ikke vil være muligt at sløre en "gennemstrømning" ved, at et udbytte skifter karakter til rente eller anden type betaling i løbet af "gennemstrømningen". LSR tillægger det heller ikke betydning, at karakterskiftet sker fra udbytte til afdrag på gæld, uanset at afdrag på gæld normalvis ikke udløser skattepligtige indtægter eller fradrag.

Som følge af beneficial owner sagerne har flere virksomheder anmodet SR om bindende svar i forbindelse med udbytteudlodninger.

Skattemyndighederne har ved afgivelse af sine bindende svar angivet, at vurderingen af beneficial owner er en transaktionsbestemt vurdering, som dermed skal foretages på transaktionsniveau og ikke på selskabsniveau.

Skattemyndighederne har desuden ved deres bindende svar fremhævet, at det væsentligste omdrejningspunkt for beneficial owner vurderingen er fastlæggelse af dispositionsretten til indkomsten. Endvidere skal der ske videreudlodning eller viderekanalisering, som angivet i SKM2012.121.ØLR, for at anerkendelse som beneficial owner kan nægtes. Skattemyndighederne har dog i deres bindende svar også angivet, at det forhold at en indkomst ikke straks viderekanaliseres ikke medfører at et selskab anerkendes som beneficial owner.

Det er skattemyndighedernes holdning at M/D-direktivet indeholder en misbrugs klausul og at direktivets fordele kan nægtes med hjemmel heri. Skattemyndighedernes holdning er på trods af, at LSR i flere kendelser har afgjort, at direktivet kun angiver at medlemslandene kan indføre nationale værneregler og at Danmark ikke har indført sådanne nationale værneregler.

Skattemyndighederne ser desuden ud til at vurdere beneficial owner forskelligt, afhængigt af om der kun er enheder i EU/DBO-lande eller om der også indgår enheder i ikke EU/DBO-lande i transaktionsstrømmen. Hvis der kun indgår enheder i EU/DBO-lande i transaktionsstrømmen vil skattemyndighederne sandsynligvis lave beneficial owner vurderingen på toppen. Såfremt at der indgår enheder i ikke EU/DBO-lande i transaktionsstrømmen, vil skattemyndighederne sandsynligvis foretage beneficial owner vurderingen på den umiddelbare indkomstmodtager.

7.0 – vurdering af dansk domspraksis i forhold til OECD modeloverenskomst og international domspraksis

LSRs og ØLRs begrundelser for deres kendelser er relativt korte i forhold til international domspraksis, hvori domsreferatet indeholder en omfattende analyse af begrebet beneficial owner, herunder hvordan begrebet skal fortolkes. At LSRs og ØLRs kendelser er kortere end de internationale domme kan skyldes et mere omfattende referat af sagsparternes argumentation, om end at domstolene bør omtale, hvilke argumenter fra parterne som de lægger vægt på i deres afgørelser.

Som beskrevet flere steder ovenfor er det min vurdering, at LSRs kendelser er relativt ukonkrete og det er svært at udlede, hvad der reelt gør at LSR kommer frem til sit domsresultat. Herunder mangler LSR at foretage en dybdegående analyse af beneficial owner begrebet. LSRs kendelser er kendetegnet ved recitation af OECD MO, suppleret med kun få yderligere kommentarer/argumenter fra LSR.

I LSRs kendelser er der ikke blevet analyseret på det forhold at der med nægtelse af anerkendelse som beneficial owner netop opstår dobbeltbeskatning, og at det i artikel 12.2 er angivet ”ingen dobbeltbeskatning opstår, da indkomstmodtageren ikke anses for ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvori han er hjemmehørende”. Efter min vurdering ville brugen af dette argument muligvis have kunnet gjort at SKM2011.485.LSR og SKM2011.57.LSR var faldet ud til skatteyderens fordel frem for til skattemyndighederne.

Formuleringen i afsnit 12.2 har ikke været benyttet af nogen af de implicerede selskaber i beneficial owner sagerne. Min vurdering er, at baggrunden for dette er, at selskabernes repræsentanter har forsøgt at

fastholde, at beneficial owner begrebet ville skulle fortolkes i overensstemmelse med begrebet rette indkomstmottager.

LSR har desuden ved sine kendelser ej heller forholdt sig til konkurssituationen, hvormed forstås hvad der ville ske med indkomsten, såfremt at den umiddelbare mottager blev erklæret konkurs. I de udenlandske domstoles kendelser har disse netop analyseret på dette argument, ligesom at professor Philip Baker i Indofood sagen angiver dette som en test til beneficial owner begrebet.

LSR og ØLR har i forbindelse med sine kendelser lagt OECD MO fra 2010 til grund for deres kendelser. Domstolene har således ikke gjort brug af forslagene til nye kommentarer i discussion drafts fra 2011/12, hvilket må antages at skyldes den manglende godkendelse af disse fra OECD medlemslandene. De nye kommentarer er blevet godkendt 16. juli 2014 og det må forventes, at disse nye kommentarer vil have væsentlig indflydelse på domsudfaldet i de kommende sager. Særligt det forhold, at de nye kommentarer angiver, at "obligations must be related to the payment received" må forventes at kunne blive et væsentligt argument for selskaberne i deres forsvar og det er særdeles svært at se, hvordan skattemyndighederne skal kunne vinde kommende beneficial owner sager, medmindre at de kan statuere at der sker misbrug. I forbindelse med LSRs kendelser har LSR ikke fokuseret på eller omtalt de implicerede selskabers misbrugshensigt, uanset at skattemyndighederne har forsøgt at argumentere stærkt herfor. Det må forventes, at domstolene ved fremtidige afgørelser går dybere ind i spørgsmålet omkring, hvorvidt brugen af et holdingselskab til såkaldt gennemstrømning kan udgøre misbrug.

8.0 – konklusion

Beneficial owner begrebet blev introduceret i skatterettens terminologi i 1977 i forbindelse med revisionen af OECD MO. I mange år var det antaget af skatteretlige kommentatorer, at beneficial owner begrebet var uden praktisk betydning. I 2007 indledte SKAT de første beneficial owner sager, hvor SKAT anklagede multinationale koncerner for at bruge conduit selskaber til at omgå den danske begrænsede skattepligt og kildeskat på udbytter og renter.

SEL § 2, litra c) og d) angiver, at udenlandske selskaber er begrænset skattepligtige til Danmark af udbytter og renter på kontrolleret gæld, når disse udbetales fra Danmark.

Den begrænsede skattepligt bortfalder dog såfremt at beskattningen af udbytterne/renterne skal nedsættes eller frafalder efter en DBO eller efter M/D-direktivet eller R/R direktivet.

DBO'erne samt R/R direktivet stiller krav om, at mottageren af udbytterne/renterne skal være beneficial owner.

I forhold til M/D-direktivet er det omdiskuteret mellem skattemyndighederne og de anklagede selskaber, hvorvidt M/D-direktivets misbrugsklausul i artikel 1, stk 2 indeholder hjemmel til at nægte selskaber brug af direktivets fordele med henvisning til, at det indkomstmottagende selskab ikke er beneficial owner. LSR har indtil videre i flere sager afgjort, at der ikke er hjemmel i artikel 1, stk 2 til at nægte selskaber brug af M/D-direktivets fordele.

EU-kommissionen har i november 2013 udsendt et udkast til et ændringsforslag til M/D-direktivet, hvor formålet er at forbedre effektivitetens af medlemslandenes misbrugsbestemmelser mod international skatteundgåelse. GAR-reglen blev ikke medtaget i det godkendte ændringsforslag, men forhandlingerne om vedtagelse af en GAR-regel fortsætter i EU.

Det er min vurdering, at en vedtagelse af ændringsforslaget til M/D-direktivet med den foreslåede GAR-

regel ikke ville få nogen reel betydning i relation til beneficial owner sagerne, idet at de opdaterede OECD MO sandsynligvis vil medføre at det vil være meget svært for skattemyndighederne at få anerkendt at selskaber, som er gyldigt stiftede og driver begrænset erhvervsmæssig virksomhed, ikke er beneficial owner.

Herudover har skattemyndighederne indtil videre ikke været i stand til at påvise, at de udenlandske indkomstmodtagere er rent kunstige arrangementer.

Konsekvensen af at indkomstmodtageren (det udenlandske selskab) ikke anses for at være beneficial owner, er at det udenlandske selskab vil være begrænset skattepligtig til Danmark af de modtagne udbytter/renter.

KSL § 65 og § 65 D stiller krav om, at udbetaleren (det danske selskab) indeholder kildeskat i forbindelse med udbetaling af udbytter/renter til begrænset skattepligtige personer. KSL § 69 angiver, at ved manglende indeholdelse af kildeskat kan det danske selskab gøres umiddelbart ansvarlig.

Konsekvensen er, at skattemyndighederne gør danske selskaber hæftelsesansvarlige for den skyldige skat, som pålignes på de udenlandske indkomstmodtagere.

OECD MO fra 2010 angiver, at en indkomstmodtager som er agent, mellemmand eller et conduit selskab ikke er beneficial owner. Kommentarerne angiver, at et selskab er et conduit selskab, såfremt at selskabet reelt har meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst.

I kommentarernes afsnit 12.2 omtales beskatningsforholdene for conduit selskabet i det land, hvor selskabet er hjemmehørende. Min fortolkning af afsnittet er at OECD MO forudsætter, at for at et selskab skal blive nægtet anerkendelse som beneficial owner, skal den modtagne indkomst ikke være allokert til conduit selskabet i henhold til conduit selskabets hjemstats skatteregler.

I 2011 og 2012 udgav OECD 2 discussion drafts med henblik på opdatering af OECD MO om beneficial owner. Den 16. juli 2014 har OECD medlemslandene godkendt de nye kommentarer om beneficial owner. De nye kommentarer angiver, at for at være beneficial owner skal indkomstmodtageren "have the right to use and enjoy" den pågældende indkomst.

De nye kommentarer angiver desuden, at for at et selskab skal nægtes anerkendelse som beneficial owner, skal selskabet være forpligtet til at videresende indkomsten. Sådanne forpligtelser kan være i form af retlige forpligtelser eller de facto forpligtelser. For at et selskab kan nægtes anerkendelse som beneficial owner skal forpligtelsen til at videresende indkomsten være "related to" den modtagne indkomst.

De danske domstole har indtil videre lagt OECD MO fra 2010 til grund for deres fortolkninger af beneficial owner begrebet.

Min vurdering er, at de danske domstole ved fremtidige afgørelser vil lægge de nye kommentarer fra discussion drafts fra 2011/12 til grund og at disse vil påvirke domsudfaldet væsentligt. Min vurdering er, at de nye kommentarer primært vil være til skatteyderens fordel.

Beneficial owner begrebet i henhold til OECD MO skal sandsynligvis fortolkes ud fra objektive kriterier, mens at vurderingen af hvorvidt der foreligger misbrug af DBO'en er en særskilt vurdering, som skal besvares efter fastlæggelsen af beneficial owner.

De danske skattemyndigheder har argumenteret for at udenlandske holdingselskaber, som har modtaget udbytter/renter fra Danmark er uden substans og er rent kunstige arrangementer.

LSR har i flere sager givet skatteyderen medhold i at denne er beneficial owner, selvom at selskabet ikke har haft egne lokaler eller ansatte.

LSR har indtil videre kun i 1 sag afgjort, at et holdingselskabs manglende substans i form af lokaler og ansatte kan medføre, at selskabet ikke er beneficial owner af modtaget indkomst fra Danmark.

LSR har desuden ikke i nogen af sine afgørelser angivet at holdingselskaber skulle udgøre rent kunstige arrangementer.

Det er min vurdering at der ikke kan stilles krav om, at et selskab har substans i form af lokaler eller ansatte for at selskabet kan anerkendes som beneficial owner.

I tiden frem til domsafsigelser i de første beneficial owner sager i Danmark var det af flere skatteretlige kommentatorer antaget, at begrebet skulle fortolkes i overensstemmelse med det kendte danske begreb rette indkomstmodtager. Både ØLR og LSR har dog ved flere sager afgjort, at beneficial owner begrebet skal fortolkes autonomt og domstolene har primært lagt vægt på OECD MO ved deres afgørelser.

Beneficial owner begrebet har været genstand for domstolssager i både Danmark og udlandet.

I udlandet har der været 4 sager, hvor 1 domstolsafgørelse har medført, at et selskab ikke blev anerkendt som beneficial owner, mens at selskaberne blev anerkendt som beneficial owner i de øvrige 3 sager. Ved fortolkningen af beneficial owner begrebet har de udenlandske domstole lagt en autonom fortolkning af beneficial owner begrebet til grund.

De udenlandske domstole har ved deres afgørelser lagt vægt på, om indkomstmodtageren var forpligtet til at videresende den modtagne indkomst samt hvordan indkomstmodtageren efter conduit selskabet var stillet i tilfælde af conduit selskabets konkurs. De udenlandske domstole er dog enige om, at konkursargumentet ikke kan stå alene i vurdering af beneficial ownership.

Efter min vurdering har de udenlandske domstole indtil videre indtaget den holdning, at for at et selskab skal nægtes anerkendelse som beneficial owner, skal der foreligge et åbenlyst treaty abuse.

I Danmark har der indtil videre været 1 afgørelse fra ØLR og 6 afgørelser fra LSR. Skattemyndigheder har indtil videre i 4 sager fået medhold i, at udenlandske indkomstmodtagere ikke var beneficial owner af modtagne udbytter/renter. I de øvrige sager har skatteyderen fået medhold.

I forbindelse med afgørelserne har domstolene lagt vægt på følgende forhold:

- Hvorvidt der er sket viderekalisering af indkomsten fra conduit selskabet til de bagvedliggende ejere. Såfremt at der ikke er sket viderekalisering vil conduit selskabet blive anerkendt som beneficial owner. Det er fortsat uafklaret, hvorvidt det forhold at et conduit selskab beholder den modtagne indkomst fra Danmark i en længere periode og derefter viderekalisierer indkomsten til de bagvedliggende ejere, vil medføre nægtelse af anerkendelse som beneficial owner.
- Hvorvidt der kommer nettoindkomst til beskatning i conduit selskabet. Såfremt at indkomsten i conduit selskabet er 0 eller negativ, kan dette medføre at selskabet ikke anerkendes som beneficial owner.
- Hvorvidt selskabet har egne lokaler og ansatte. Såfremt at conduit selskabet ikke har egne lokaler og ansatte kan dette medføre at selskabet ikke anerkendes som beneficial owner. LSR har dog kun i 1 af 6 afgørelser lagt vægt på dette forhold og det er tvivlsomt om manglende lokaler og ansatte medfører nægtelse af anerkendelse som beneficial owner
- Hvorvidt lån igennem flere led er indgået på ens eller næsten ens vilkår. Såfremt at lån mellem et driftsselskab og conduit selskabet samt mellem conduit selskabet og dets bagvedliggende ejere er

på ens eller næsten ens vilkår kan dette medføre nægtelse af anerkendelse af status som beneficial owner.

- Hvorvidt conduit selskabets dispositioner over den modtagne indkomst fra Danmark har været forudsat fra starten af konstruktionens etablering. Såfremt at conduit selskabets dispositioner kan formodes at være fastlagt fra starten af konstruktionens etablering vil selskabet sandsynligvis ikke blive anerkendt som beneficial owner.

LSR har ved sine afgørelser ikke tillagt det vægt, at en indkomst skifter karakter i løbet af gennemstrømningen, f.eks. ved at et modtaget udbytte fra Danmark viderekaliseres fra conduit selskabet til de bagvedliggende ejere som renter eller afdrag på gæld.

I forhold til hvor langt der skal ses tilbage i koncernstrukturen for at fastlægge beneficial owner samt fastlægge, hvorvidt der foreligger begrænset skattepligt, har LSR indtil videre afgjort at ved fastlæggelsen af hvorvidt der foreligger begrænset skattepligt ses kun på om conduit selskabet, der har modtaget indkomst fra Danmark, er beneficial owner eller ej.

Skattemyndighederne har ved afgivelsen af flere bindende svar set forskelligt på, hvor langt man skal kigge tilbage i ejerstrukturen, når beneficial owner skal fastlægges. Såfremt at alle selskaberne i gennemstrømningen er placeret i EU/EØS/DBO lande, vil skattemyndighederne sandsynligvis lave beneficial owner vurderingen på toppen og vil sandsynligvis tillade overenskomstfordele til transaktionen.

Såfremt at 1 eller flere selskaber i transaktionen er placeret i ikke EU/EØS/DBO-lande vil skattemyndighederne sandsynligvis lave beneficial owner vurderingen på den umiddelbare modtager af indkomsten fra Danmark og nægte overenskomstfordele, såfremt at den umiddelbare modtager ikke anerkendes som beneficial owner.

I december 2012 vedtog Folketinget en tilføjelse til SEL § 2, litra c, som medfører, at hvis et dansk selskab er conduit selskab for udbytter fra dets datterselskaber og det danske selskab udlodder udbytte til sit moderselskab, vil det udenlandske moderselskab være begrænset skattepligtig til Danmark og det danske conduit selskab vil være pligtig til at indeholde kildeskat ved udbetaling af udbyttet. Den opdaterede SEL § 2, litra c kræver, at det danske selskab skal være beneficial owner af modtagne udbytter fra dets datterselskaber, for at der ikke skal indeholdes kildeskat ved videreudlodninger. Begrebet beneficial owner i SEL § 2, litra c skal fortolkes i overensstemmelse med OECD MO.

Herudover vil det kun være udbytter fra datterselskaber som det danske selskab videreudlodder, som vil være omfattet af den begrænsede skattepligt. Indkomst, som det danske selskab selv måtte genere og udlodde til sit moderselskab, vil ikke være omfattet af den begrænsede skattepligt, såfremt betingelserne for bortfald af begrænset skattepligt i øvrigt er opfyldt.

På nuværende tidspunkt verserer en række sager om beneficial owner ved domstolene,¹¹⁹ og i forbindelse med disse sager, er EU-domstolen desuden blevet anmodet om at tage stilling til en række principielle spørgsmål i beneficial owner sagerne.¹²⁰ Det forventes at EU-domstolen vil træffe afgørelse om de principielle spørgsmål i 2015.¹²¹

¹¹⁹SKM2011.485.LSR samt SKM2012.26.LSR er appelleret til ØLR – SKM2012.409.LSR er appelleret til VLR

¹²⁰Danish beneficial owner cases – A status report, Bulletin for International taxation 2013, p. 192-199

¹²¹<http://www.dr.dk/Nyheder/Penge/2013/11/14/1114061935.htm>

Med de nye OECD MO kommentarer fra discussion drafts fra 2011/12 er der kommet yderligere tilføjelser til definitionen af conduit selskaber. Min vurdering er, at de nye kommentarer kommer til at få afgørende betydning for fremtidige domstolsafgørelser og at domstolsafgørelserne sandsynligvis vil falde ud til skatteydernes fordel, idet at skattemyndighederne skal bevise en sammenhæng mellem indgående og udgående betalinger i conduit selskabet for at selskabet kan blive nægtet anerkendelse som beneficial owner. Min vurdering er, at skattemyndighederne ikke vil være i stand til at løfte denne bevisbyrde i de kommende sager.

De nye kommentarer angiver dog, at selvom et selskab anerkendes som beneficial owner, kan overenskomstfordele nægtes i tilfælde af treaty abuse. Indtil videre har misbrugsspørgsmålet ikke være særskilt behandlet af domstolene ved deres afgørelser, men det må antages at dette nu vil blive en særskilt vurdering i forbindelse med beneficial owner sagerne og at spørgsmålet vil få en mere fremtrædende rolle end ved tidligere sager.

Såfremt at skattemyndighederne ikke ved de fremtidige sager vil være i stand til at statuere, at koncernkonstruktionerne i beneficial owner sagerne udgør treaty abuse er det min vurdering, at beneficial owner begrebet derefter vil være uden praktisk betydning i dansk skatteret.

Kildefortegnelse

Bøger

Lærebog om indkomstskat, 15. udgave, 1. oplag, udgivelsesår: 2013, forfattere: Aage Michelsen, Steen Askholt, Jane Bolander, John Engsig, Liselotte Madsen, Jurist- og Økonomforbundets forlag

OECD

OECD modeloverenskomst 2010 – med kommentarer, 5. udgave, 2. oplag 2014, Karnov Group Denmark

Double taxation conventions and the use of Conduit companies, 27 November 1986

Clarification of the meaning of beneficial owner in the OECD model tax convention, 29 April 2011 to 15 July 2011

Revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in articles 10, 11 and 12, 19 October to 15 December 2012

EU kilder

Rente/royalty direktivet, 2003/49/EF

Moder/datterselskabsdirektivet, 2011/96/EU

Ændringsforslag til moder/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, COM (2013) 814 Final, 25. november 2013

EU recommendation on aggressive tax planning, C (2012), 8806 Final, 6. december 2012

Relevante artikler

SPO.2013.175 – Decemberændring – Dødsstødet for gennemstrømningsselskaber?, Patrick Boch

TfS 2011, 403 – retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer, Thomas Rønfeldt

TfS 2011, 537 – Det store hykleri – om beneficial owner sagerne, Hans Severin Hansen

SU 2008, 89 – Gennemstrømningsselskaber i EU – misbrug eller lovlig skatteoptimering, Martin Poulsen

SU 2009, 61 – Rente/royalty direktivet i national kontekst, Jakob Bundgaard

SU 2009, 278 – Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber, Martin Poulsen

SU 2010, 1 – Tværeuropæisk substanskrav, Daniel Noe Harboe og Lita Misozi Hansen

SU 2011, 31 – Beneficial owner – nu en reel bestanddel af dansk skatteret, Jakob Bundgaard og Moalem Weitemeyer Bendtsen

SU 2011, 415 – Beneficial owner, Thomas Booker

SU 2012, 98 – Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership, Jakob Bundgaard

SU 2012, 141 – CFC-regler på tynd is, Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken

SU 2013, 1 – L-10 – gennemstrømningsselskaber, Ole Steen Schmidt og Niclas Holst Sonne

SU 2014, 45 – Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning – om ændringsforslaget til EU' moder/datterselskabsdirektiv, Jakob Bundgaard

SR-skat 2007, 395 – Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering, Jakob Bundgaard og Niels Winther Sørensen

SR-skat 2013.22 – L10 – udbyttebeskatning og gennemstrømningsselskaber, Erik Banner-Voight

Bulletin for international taxation, April/may 2013, p. 192-199 – Danish Beneficial owner cases – A status report, Hans Severin Hansen, Lasse Esbjerg Christensen og Anders Endicott Pedersen

Internationale domme

C-196/04 (Cadbury Schweppes)

Indofood International Finance Ltd vs JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch (2006) EWCA Civ 158 (2 March 2006)

Prévost Car Inc vs. The Queen, February 26, 2009, The Federal Court of Appeal, Docket: A-252-08, Citation: 2009 FCA 57

Prévost Car Inc vs. The Queen, April 30, 2008, The Tax Court of Canada, Docket: 2004-2006 (IT)G, 2004-4226 (IT)G

Velcro Canada Inc vs. The Queen, February 24, 2012, The Tax Court of Canada, Docket: 2007-1806 (IT)G

A A/S vs. Federal Tax administration (SFTA), A-6537/2010, Federal Administrative Court

Danske domme og bindende svar

SKM2011.47.SR

SKM2011.57.LSR

SKM2011.441.SR

SKM2011.485.LSR

SKM2012.26.LSR

SKM2012.100.SKAT

SKM2012.246.SR

SKM2010.409.LSR

SKM2013.446.SR

SKM2010.268.LSR

SKM2010.729.LSR

SKM2012.121.ØLR

SKM2004.297.HR

Lovforslag

L-10 - Lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven

Hørings svar til L-10, bilag 4

Internetsider

<http://www.dr.dk/Nyheder/Penge/2013/11/14/1114061935.htm>

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-update-model-tax-convention.htm>

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2011647%202014%20INIT>

[http://europa.eu/rapid/press-release STATEMENT-14-204_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-204_en.htm)