

Forfatter:

Philip Guldager Jensen

Afleveringsdato:

3. juli 2015

Antal anslag /antal sider:

181.939/ 74

Vejleder:

Peter Koerver Schmidt

Censor:

Dansk kildebeskatning af udbytter

– vurdering af retmæssig ejer og omgåelsesklausuler

Danish withholding tax on dividends

– assessment of beneficial owner and anti-abuse rules

Kandidatafhandling

Copenhagen Business School 2015

Cand.merc.aud.

Forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
BEPS	Base erosion and profit shifting
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
G20	The group of twenty finance ministers and central bank governors
GRL	Grundloven
HR	Højesterets afgørelser
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
KSL	Kildeskatteloven
LBO	Leveraged buyout
LL	Ligningsloven
LOB	Limitation on benefit
LSR	Landsskatterettens afgørelser
MNE	Multinational Enterprise
OECD	Organization for economic cooperation and development
PSD	Moder-/datterselskabsdirektivet
SEL	Selskabsskatteloven
SKM	Skatteministeriet
SR	Skatterådets bindende svar
TEUF	Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde
TfS	Tidsskrift for skatter og afgifter
ØLR	Østre Landsrets afgørelse

Indholdsfortegnelse

Abstract	5
Kapitel 1	6
1.1 Indledning og problemstilling	6
1.2 Problemformulering.....	8
1.3 Afgrænsning.....	8
1.4 Metode	11
1.5 Struktur	13
Kapitel 2: Kildebeskatning af udbytter og gennemstrømningsselskaber i Danmark.....	15
2.1 Den begrænsede skattepligt af udgående udbytter for selskaber	15
2.2 Koncernkonstruktion med et holdingselskab	16
2.3 Delkonklusion 1.....	17
Kapitel 3: <i>Beneficial owner</i>-begrebet	19
3.1 Fra begrebets oprindelige retstraditioner til OECD's modeloverenskomst	19
3.2 Opdateringerne i år 2014 til OECD's modeloverenskomst.....	21
3.2.1 Kildelandets begrænsede beskatningsret og beneficial owner-kravet	22
3.2.2 Intern national fortolkning kontra autonom kontekstuel fortolkning	25
3.2.3 "Right to use and enjoy the dividend"	27
3.2.4 Forpligtelse til at videregive betalingen	29
3.2.5 Afgrænsning fra andre definitioner og anti-misbrugssituationer	31
3.2.6 Opdateringernes rækkevidde – dynamisk eller statisk fortolkning	32
3.3 Begrebets fortolkning i international retspraksis	33
3.3.1 <i>Indofood</i> -dommen fra England	33
3.3.2 Den canadiske <i>Prévost Car Inc.</i> -sag	34
3.3.3 Den spanske fortolkning af beneficial owner kontra anti-misbrugsbestemmelse	36
3.4 Beneficial owner-sager i dansk domspraksis	37
3.4.1 SKM.2012.121.ØLR	38
3.4.1.1 Sagens faktum	38
3.4.1.2 Parternes argumenter og afgørelsen fra Østre Landsret.....	40
3.4.1.3 Vurdering af dommen.....	41
3.4.2 SKM2012.26.LSR.....	44

3.4.2.1 Sagens faktum	44
3.4.2.2 Parternes argumenter og Landsskatterettens afgørelse	45
3.4.2.3 Vurdering af kendelsen	46
3.5 Delkonklusion 2	49
Kapitel 4: Obligatoriske omgåelsesklausuler	52
4.1 Obligatorisk omgåelsesklausul i PSD	52
4.2 De danske omgåelsesklausuler i LL § 3	53
4.2.1 "Arrangementer eller serie af arrangementer"	57
4.2.2 Skattefordel som hovedformål – eller et af hovedformålene	58
4.2.3 Formålet med direktiverne	59
4.2.4 Ikke-reelle arrangementer	60
4.2.5 Omgåelsesklausulen iht. DBO'er	61
4.3 Delkonklusion 3	63
Konklusion	66
Perspektivering	69
Litteraturliste	70

Abstract

This thesis contains an analysis of the Danish withholding tax on dividends in relation to *conduit companies*. It deals with the problem about *treaty/directive shopping* by taxpayers establishing a conduit to exploit the advantages of a double taxation convention or a directive. In Danish tax law dividends from a Danish company to a foreign shareholder are subject to taxation unless the foreign shareholder is entitled to a tax exemption due to a double taxation convention with Denmark or due to the advantages of the parent-subsidiary directive. In this manner the interpretation is crucial in connection to both the term *beneficial owner* as stated in the OECD model tax convention with commentaries as well as the general anti-abuse rule in the EU parent-subsidiary directive.

By using a juridical dogmatic method when analyzing the current Danish tax law on the subject, this thesis is based on the wording of the law supplemented with legislative history as well as relevant and current legal literature.

In the first part the details about the Danish withholding tax on dividends is outlined, and a specific example of the tax effect of a structure with an interposed holding company in a favourable state is included. The next section searches for an interpretation of the beneficial owner requirements in the OECD model tax convention with commentary most recently updated in July 2014. This main part of the thesis includes an analysis of the most crucial international case law and, more importantly, the one Danish judgement from the high court and the rulings from the national tax tribunal. The last section studies the interpretation of the Danish implementation of the general anti-abuse rule in the EU parent-subsidiary directive adopted in January 2015.

In conclusion, the criteria for establishing that a company is a conduit in a Danish context are still inadequate. The interpretation of the term *beneficial owner* by no means ends with the most recent updates of the OECD model tax convention. There are still many terms that need to be defined more accurately in order to be useful in practice in Danish case law. However, it is commendable for the interpretation that it is pointed out that the term must be interpreted in relation to an international fiscal meaning. Additionally, the scope of the Danish anti-abuse rule in relation to the Danish double taxation agreements is uncertain. Relative to the Danish implementation of the anti-abuse provision for directives the conclusion must be that it is more restrictive for the taxpayer regarding getting a tax exemption based on the parent-subsidiary directive. The exact scope of the anti-abuse rule for directives, nonetheless, is not definitively established owing to the fact that several concepts and terms allow for interpretation for the tax authorities and Danish courts in accordance with EU law.

Kapitel 1

1.1 Indledning og problemstilling

Inden for den internationale skatteret er fortolkning af begrebet *beneficial owner* et af vor tids mest centrale emner – ligesom nationale implementeringer af anti-misbrugsbestemmelser bliver mere udbredt.¹ Der er en stigende global interesse for bekæmpelse af international skatteplanlægning og skattely.² Debatten om en fair beskatning har vundet frem på tværs af landegrænser efter adskillige medieomtalte eksempler på MNE's med en forholdsmæssig lav effektiv skattesats.³ Emnet tages op på den internationale politiske scene under betegnelsen "Base erosion and profit shifting" (BEPS). OECD- og G20-landene har i samarbejde igangsat det omfattende BEPS-projekt, hvor det er besluttet, at der fra år 2014-2015 udarbejdes handlingsplaner på 15 områder til forbedring af det globale problem.⁴

I Danmark har fokus på området udmøntet sig i et regeringsmæssigt tiltag under navnet "*Styrket indsats mod skattely – bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner*" fremlagt 2. november 2014. Initiativet har blandt andet ført til en implementering i dansk skatteret af omgåelses-klausuler – gældende for såvel de danske DBO'er som de EU-retlige direktiver.⁵

Et af hovedområderne, som skaber bekymring både nationalt og internationalt, relaterer sig til "treaty/directive shopping" – BEPS har i action plan 6 udarbejdet en specifik rapport med forslag til løsningsmuligheder mht. DBO'er.⁶ Den anerkendte amerikanske professor David H. Rosenbloom definere "treaty shopping" som følgende:

"The practice of some investors of 'borrowing' a tax treaty by forming an entity (usually a corporation) in a country having a favorable tax treaty with the country of source".⁷

Det omhandler således en situation, hvor der til formålet oprettes et gennemstrømningselskab for at udnytte fordelene ved DBO'er – eller direktiver i relation til "directive shopping" – som er gældende mellem

¹ Den danske betegnelse for *beneficial owner* er *retmæssig ejer*. I den resterende del af afhandlingen vil begreberne anvendes synonymt.

² Se *Jesper Hansen etc.* (2015). Området omkring skattely har samtidig fået en stigende mediebevågenhed efter det såkaldte "*Luxleaks*" i november år 2014. For en nærmere analyse af "*Luxleaks*" og aftaler med skattemyndigheder, set ift. skattelovgivning, se *Christians* (2014).

³ Se *Korver Schmidt* (2015) for yderligere diskussion omkring fair beskatning og begrebet *skatteplanlægning*; *Dacio Rolim* (2015) om proportionalitet og rimelighed ift. fair beskatning.

⁴ Se *OECD* (2013), s. 17-30 for beskrivelse af de forskellige handlingsplaner fra OECD.

⁵ Se *SKM* (1) (2014). De EU-retlige direktiver der henvises til er moder-/datterselskabsdirektivet, rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet.

⁶ Se *OECD* (2) (2014) for BEPS Action plan 6 rapport omkring problemet med "treaty abuse"; *Poulsen* (2013) for undersøgelse omkring forebyggelse af "treaty/directive shopping" i EU.

⁷ Se *Rosenbloom* (1994), s. 83, pkt. 5.

staten for driftsselskabet og staten for gennemstrømningsselskabet. Den ultimative modtager af pengestrømmen – beliggende i en tredje stat – kan således undgå eller reducere beskattningen, som ellers ville have fundet sted. Der findes adskillige varianter af disse konstruktioner. For at imødekomme problemet har blandt andet anti-misbrugsklausuler og beneficial owner-kravet fået større betydning.

Der er ikke én åbenbar og universel definition på begrebet *beneficial owner* – begrebet er anvendt af forskellige stater og i forskellige kontekster.⁸ I intern dansk skatteret findes der ikke en klar definition af begrebet. Fokus i Danmark på begrebet har dog de senere år været stigende efter, at der er blevet observeret flere sager med private equity fondes opkøb af danske selskaber – som medførte et signifikant fald i selskabernes betaling af dansk skatteprovenu.⁹ Det er indført i dansk skatteret at selskaber som hovedregel er begrænset skattepligtige af udgående udbytter, renter og royalties.¹⁰ For udbytter gælder der en undtagelse; den danske beskattingsret frafalder, såfremt der er tale om datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, der skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet¹¹ (PSD) eller de danske DBO'er.¹² Det er relevant at vurdere, om der i et givent tilfælde kan være tale om en konstruktion med et gennemstrømningsselskab, som ikke kan opnå fordelene ved PSD eller de danske DBO'er.

I OECD's modeloverenskomst¹³ – som skaber rammerne for de enkelte DBO'er mellem to stater – fremgår en forudsætning om retmæssig ejer i relation til art. 10, stk. 2 om udbytter, art. 11, stk. 2 om renter og art. 12, stk. 1 omkring royalties. Kravet om retmæssig ejer er afgørende for, at Danmark til en skatteyder skal indrømme fordelene ved en DBO. Det fremgår af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, hvornår der er tale om en retmæssig ejer. PSD indeholder derimod ikke nogen eksplicit bestemmelse vedrørende retmæssig ejer.

Aktuelt er den skatteretlige retstilstand på flere punkter under udvikling – hvilket skaber grobund for spørgsmålet om effekten af tiltagene og ændringerne i praksis. I de nyst implementerede ændringer til kommentarerne i OECD's modeloverenskomst fra juni år 2014 blev begrebet *beneficial owner* præciseret i relation til udbytte, renter og royalties.¹⁴ Endvidere blev der d. 27. januar 2015 vedtaget på EU-rådsmødet, at der i PSD skal være en *obligatorisk* omgåelsesklausul mod misbrugssituationer med gennemstrømnings-

⁸ Se *Lang etc.* (2015), s. 26-28 for begrebet historiske udvikling.

⁹ Se *Severin Hansen etc.* (2013), s. 1.

¹⁰ Jf. henholdsvis SEL § 2, stk. 1, litra c og SEL § 2, stk. 1, litra d og SEL § 2, stk. 1, litra g.

¹¹ Jf. Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011.

¹² Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. For renter og royalties fremgår ligeledes forskellige undtagelser til hovedreglen med henvisning til rente-/royaltydirektivet (Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003), som ikke gennemgås i nærværende fremstilling.

¹³ I den resterende del af afhandlingen vil betegnelsen modeloverenskomsten henvise til OECD's modeloverenskomst.

¹⁴ Se *OECD* (1) (2014) for opdaterede kommentarer; *OECD* (2012) for den reviderede diskussionsrapport om beneficial owner; *OECD* (2011) for den første diskussionsrapport om beneficial owner.

selskaber.¹⁵ I dansk skattelovgivning blev lovforslaget vedtaget d. 21. april 2015 med implementering fra d. 1. maj 2015 – hvor den aftalte omgåelsesklausul kommer til at fremgå af LL § 3.¹⁶ Det er uvist, i hvor høj grad præciseringerne i OECD's modeloverenskomst og den danske implementering af den obligatoriske omgåelsesklausul iht. PSD kommer til at påvirke behandlingen af sager med gennemstrømningsselskaber i praksis. Overvejelserne leder frem til nedenstående problemformulering.

1.2 Problemformulering

Hovedspørgsmål:

"Hvornår er et udenlandsk holdingselskab begrænset skattepligtig af udbytter fra Danmark ud fra betragtninger om gennemstrømning?"

Delspørgsmål:

1. *Hvad er gældende ret i Danmark ift. problemstillingen om, hvornår et holdingselskab bliver begrænset skattepligtig af udbytter, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c?*
2. *Hvordan fortolkes gældende dansk ret omkring retmæssig ejer-kravet efter opdateringen af art. 10, stk. 2 samt de dertilhørende kommentarer i OECD's modeloverenskomst?*
3. *Hvorledes vil indførelsen af omgåelsesklausulerne i LL § 3 påvirke gældende ret omkring muligheden for etablering af en holdingstruktur med skattefrihed ved udlodning af udbytter fra Danmark?*

1.3 Afgrænsning

Som problemformuleringen indikerer, vil det udelukkende være den *begrænsede skattepligt af udgående udbytter* for *selskaber*, som denne afhandling vil beskæftige sig med. Ved udgående udbytter er det udelukkende situationer, hvor Danmark optræder som kildeland. De danske regler omkring selskabers begrænsede skattepligt – i relation til beneficial owner-problematikken – omhandler udover udgående udbytte også udgående renter og royalties iht. rente- og royaltydirektivet. Denne afhandling afgrænser sig fra at se nærmere på renter og royalties. Afgrænsningen begrundes med et ønske om en fokuseret opgave, hvis hovedformål er at belyse det mest aktuelle omkring gennemstrømning. Den EU-retlige indførelse af en anti-misbrugs-klausul i PSD omhandler kun udbytter – da der samtidig ikke er en beneficial owner-betingelse i direktivet, er indførelsen opsigtvækkende.¹⁷

¹⁵ Rådets direktiv 2015/121/EU af 27. januar, om ændring af direktiv 2011/96/EU.

¹⁶ Lovforslag nr. L 167 vedtaget af folketinget ved 3. behandling d. 21. april 2015.

¹⁷ Det bemærkes, at den danske implementering også indeholder en omgåelsesklausul for DBO'er – ligesom omgåelsesklausulen for direktiver tilsvarende gælder i relation til rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet.

Det danske initiativ ”Styrket indsats mod skattely – bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner” indeholder flere elementer.¹⁸ Denne afhandling søger dog udelukkende at beskæftige sig med den del af initiativet, som har direkte relevans for afhandlingens hovedspørgsmål – hvilket er den del, som omhandler implementeringen af anti-misbrugs klausulen i dansk ret. Ift. implementering i dansk skatteret, vil misbrugsbegrebet statueret ved EU-domstolen blive inddraget, hvor dette synes formålstjenligt – dog uden en dybdegående analyse af det EU-retlige misbrugsbegreb.

Der kan være en problemstilling ift., om de danske regler vedrørende begrænset skattepligt af udgående udbytter for selskaber¹⁹ er i overensstemmelse med EU-rettens frihedsrettigheder om fri etableringsret (TEUF art. 49).²⁰ Der afgrænses fra en EU-retlig analyse omkring problemstillingen. Denne afhandling søger ikke at fokusere på, hvorvidt de danske skatteregler er EU-stridige, da dette spørgsmål vil lede afhandlingen i en anden retning, end problemformuleringen indikerer.

Der er løbende opstillet flere værnsregler, som udspringer af sagerne i Danmark omkring beneficial owner og skattely. Dette har medført en udvidelse af udbyttebegrebet i LL § 16 A og B. I relation til den begrænsede skattepligt er udbyttebegrebet blevet udvidet for at undgå, at skattepligtige udbytter konverteres til skattefrie aktieavance. Endvidere er den begrænsede skattepligt af udbytter blandt andet også udbygget ift. i udvalgte tilfælde at omfatte likvidationsprovenu til et udenlandsk moderselskab.²¹ Med henblik på afhandlingens omfang afgrænses der fra at beskæftige sig med problemstillingerne omkring denne udvikling og diverse værnsregler. Ligeledes vil en skildring af omfanget på definitionen af *udbytte* i OECD’s modeloverenskomst heller ikke blive belyst.

I dansk skattelovgivning er indsat en særregel i SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt., som eksplicit nævner retmæssig ejer.²² Reglen søger at opretholde den danske begrænsede skattepligt af udbytter, såfremt Danmark anvendes til videreudlodning. Begrebet retmæssig ejer skal her fortolkes efter OECD’s modeloverenskomst med kommentarer. Da denne afhandling har fokus på *udenlandske* holdingselskabers mulige begrænsede skattepligt til Danmark, afgrænses der fra at behandle denne del.²³

¹⁸ Se *SKM (1) (2014)*, s. 4-5 for overblik over regeringens forslag til en styrket indsats mod skattely.

¹⁹ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c og KSL § 65, stk. 1.

²⁰ Se *Askholt etc. (2013)* s. 58. Det er blevet gjort gældende i flere danske beneficial owner-sager (*SKM 2012.121.ØLR*, *SKM 2012.26.LSR*), at de danske regler kan være i strid med EU’s frihedsrettigheder.

²¹ Se *Wittendorf (2014)*, s. 1-2. Udvidelsen af udbyttebegrebet blev seneste i L81 fra 2014 udvidet med SEL § 2 D.

²² Indsat ved lov nr. 1254 af 18. december 2012 (L10).

²³ Se *Steen Schmidt etc. (2013)* og *Boch (2013)* for en diskussion af retsfølgen af særreglen. Skatterådet har i *SKM.2015.268.SR* den 27. januar 2015 afgivet det første bindende svar i en sag om videreudlodning. Det faldt ud til skatteyderens fordel, da selskabet ikke blev begrænset skattepligtig – skatterådets afgørelse lagde vægt på, at der både skal foreligge en gennemstrømning og et DBO-misbrug, se *Wittendorf (2015)*.

Ift. den danske, begrænsede skattepligt for udenlandske selskaber – i relation til begrebet om *retmæssig ejer* – er der opstået en hæftelsesproblematik. Jf. KSL § 65, stk. 1 fremgår det af administrative hensyn, at det danske selskab skal indeholde kildeskatten på det udenlandske udbytte modtagne selskabs vegne. Således modtager det udenlandske selskab kun et beløb svarende til udbyttet fratrukket den danske kildeskattebetaling. Problemet opstår i den situation, hvor der i første omgang ikke er indeholdt kildeskat på udbyttet på grund af, at det danske selskab mente udlodningen var skattefri. Hvis det senere viser sig, at det udenlandske selskab ikke anses som retmæssig ejer, vil det danske selskab hæfte for den manglende indeholdelse af kildeskat, jf. KSL § 69, stk. 1. Det gælder dog ikke, hvis det danske selskab kan godtgøre, at der ikke er udvist forsømmelighed – hvorfor definitionen af begrebet *forsømmelighed* er afgørende. Hæftelsesproblematikken bygger i højere grad på en administrativ problemstilling end en egentlig stillingtagen til denne afhandlings hovedspørgsmål omkring, hvornår et udenlandsk selskab bliver begrænset skattepligtig af udbyttet. Med denne begrundelse ønsker forfatteren af prioriteringsmæssig hensyn, at afgrænse sig fra en analyse af begrebet *forsømmelighed* og de danske kendelserne på området.²⁴

Denne afhandling søger ikke at give en gennemgribende gennemgang af den internationale retspraksis omkring beneficial owner-sager – dette vil være et for vidtrækkende scope. Den internationale retspraksis vil kun blive anvendt for at afspejle påvirkningen på den danske retspraksis. For at fokusere opgaven omkring udbytte og gennemstrømningsselskaber er de internationale afgørelser valgt ud fra de nævnte kriterier.²⁵ Af relevante sager at tage udgangspunkt i er således den canadiske *Prévost car inc.*-sag²⁶, og en spansk afgørelse fra 2009²⁷, som kom i kølvandet af den såkaldte *Real Madrid F.C.*-sag. På trods af at den engelske *Indofood*-dom fra 2006²⁸ omhandler renter, vil den alligevel blive fremhævet i denne afhandling. Dommen var i sin tid banebrydende for en ny tankegang omkring og fortolkning af beneficial owner og har været skelsættende for flere efterfølgende afgørelser internationalt. Der bliver sågar henvist til *Indofood*-dommen i den enkeltstående danske dom. Det var desuden første gang, at kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003 blev anvendt ved en højere retsinstans.

²⁴ Se Becker-Christensen (2012) for en dybere analyse af KSL § 69, stk. 1 og begrebet *forsømmelighed*.

²⁵ Ud fra denne argumentation er flere nyere afgørelser ved højere retsinstanser fravalgt – som ellers er blandt de fremtrædende omkring beneficial owner. Den franske udbytte-case *Bank of Scotland* fra d. 29. december 2006 (Case 283314) er fravalgt, da den ikke belyser en situation med et gennemstrømningsselskab. Tilsvarende med den schweiziske afgørelse fra d. 23. juli 2012 (Case A-1246/2011) omkring udbytteudlodning til en dansk bank. Denne sag omhandlede ikke gennemstrømning, men indgåelse af finansielle kontrakter og hedging. Både den spanske *Real Madrid F.C.*-sag fra d. 18. juli 2006 (Case 1110/2003) og den canadiske *Velcro Canada*-case fra d. 24. februar 2012 (Case TCC 57/2012) er fravalgt, da de beskæftiger sig med royalties.

²⁶ Afsagt af den canadiske "Federal Court of Appeal" d. 26. februar 2009 (FCA case A-251-08),

²⁷ Afsagt af den spanske "Tribunal Económico Administrativo Central" d. 28. september 2009 (Case RG 1481/2007).

²⁸ Afsagt af den engelske "Court of Appeal of England and Wales" d. 2. marts 2006 (Case A3/2005/2497).

I forhold til de danske afgørelser fokuserer afhandlingen på sager omkring udbytte, der må antages at have størst relevans – dog med supplerende henvisning til afgørelser om renter og royalties i en grad hvorpå, dette kan bidrage til afklaring af begrebet *beneficial owner*.

Omkring danske DBO'er tager afhandlingen udelukkende udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst, som de enkelte danske overenskomster er formuleret ud fra – dog med modifikationer. De konkrete DBO'er, som Danmark har indgået, samt FN's modeloverenskomst, vil ikke blive belyst. At gå i dybden med de enkelte DBO'er vil ikke bidrage til afklaring af opgavens fokus omkring, hvornår et gennemstrømningsselskab bliver begrænset skattepligtigt til Danmark af udbytter.

I de opdaterede kommentarer i pkt. 12.1 til modeloverenskomstens art. 10, stk. 2 fremgår en fodnote omkring behandlingen af trust i relation til beneficial owner-betingelsen. Det er en tilføjelse, som både blandt diverse interessenter – der bidrog med input til udformningen af kommentarerne – og i den internationale retslitteratur er omdiskuteret.²⁹ Der fremgår også i kommentarernes pkt. 12.4, 3. pkt. en undtagelse til, hvornår man bliver grebet af beneficial owner-bestemmelsen. Under særlige omstændigheder vil det ikke gælde, hvor "personen", der modtager udbyttet, enten er debitor, er en del af en finansiel transaktion, er en del af betalingen til en pensionsordning eller får udbyttet via en betaling gennem et kollektivt investeringsinstitut (KI). Da denne afhandling målrettet vil undersøge gennemstrømningsselskaber, som problemformuleringen indikerer, afgrænses der fra at behandle trust og kollektive investeringsinstitutter i relation til beneficial owner.

1.4 Metode

Afhandlingens metodiske tilgang er baseret på den retsdogmatiske metode ved analyse af anerkendte skatteretlige retskilder som udtryk for gældende ret.³⁰ De primære retskilder på det nationale skatteretlige område udspringer af GRL §43, som efter legalitetsprincippet fastslår, at det kræver lovhjemmel at pålægge en skat.³¹

Denne afhandling tager afsæt i de interne nationale retskilder omkring begrænset skattepligt for udgående udbytter. Det behandles med udgangspunkt i SEL § 2, stk. 1, litra c og KSL § 65, stk. 1. For at fastsætte gældende ret anvendes en objektiv fortolkning af retskilderne, hvor udgangspunktet er ordlyden i loven – suppleret med en subjektiv formålsfortolkning.³² På trods af at ordlyden i loven efter objektiv fortolknings-

²⁹ Se OECD (2012), s. 4 for kommentarer fra diverse interessenter; Lang etc. (2015), for diskussion af retsfølgen af indførelsen.

³⁰ Se Nielsen etc. (2011), s. 28-29, 448-449.

³¹ Se Nielsen etc. (2011), s. 33.

³² Se Nielsen etc. (2011), s. 209-212, 241-243.

teori er lovgivers direkte kommunikation med offentligheden, vil klare lovforarbejder inddrages supplerende for, at kunne fastlægge den retlige teksts indhold. Lovforarbejder anvendes efter subjektiv fortolknings-teori – og har en høj retskildeværdi som tillæg til lovens ordlyd. Bemærkninger, betænkninger samt skatteministerens svar på spørgsmål og problemstillinger har en betydelig rolle for fastlæggelse af gældende ret.³³ Det bør nævnes, at skatteudnyttelseselementet kan spille en rolle ved en formålsfortolkning, men dog ikke tilsidesætte en lovhjemlet skatteretlig disposition.³⁴ Ved diskussionen af retslitteraturen på området – som ligeledes vil blive inddraget – vil der løbende i afhandlingen foretages en kildekritisk tilgang til forfatterens synspunkter.

I selskabslovens bestemmelser på området er der en direkte reference til det EU-retlige PSD og de af Danmark indgåede DBO'er.³⁵ Efter GRL § 20 er der skabt hjemmel for den supranationale EU-ret.³⁶ EU-retten er opdelt i primær og sekundær ret, hvor traktaterne (TEUF) er primær. Afhandlingen søger at afdække den sekundære EU-ret omkring PSD i relation til udgående udbytter – herunder den nye obligatoriske omgængelsesklausul. PSD må tillægges stor betydning og retskildeværdi, da de danske regler som støtter sig op af og henviser til direktivet, skal fortolkes i overensstemmelse med den EU-retlige fortolkning. Ved en regelkonflikt med nationale retskilder har EU-retten forrang.³⁷ Den kommende implementering af omgængelsesklausulen i PSD i dansk lov via LL § 3 vil ligeledes formålsfortolkes med udgangspunkt i ordlyden i loven samt ved inddragelse af lovforarbejder og relevant retslitteratur.

Ift. Danmarks DBO'er vil udgangspunktet i analysen være OECD's generelle modeloverenskomst, som har en betydelig retskildeværdi ved skatteretlige konflikter med internationale aspekter. Det forudsættes her, at Danmarks DBO'er er i overensstemmelse med modeloverenskomsten. Begrebet *beneficial owner* i OECD-sammenhæng i relation til udbytter bygger i høj grad på *kommentarerne* til modeloverenskomsten – senest opdateret i 2014 – som tillægges en høj værdi ved fortolkning.³⁸ Afhandlingen inddrager samtidig de oprindelige diskussionsrapporter fra OECD omkring ændringerne i 2014 samt den nyeste retslitteratur på området. Officielle rapporter fra OECD om skatteretlige spørgsmål tillægges værdi som retskilder, da de anses som supplerende fortolkningsmiddel.³⁹

³³ Se *Nielsen etc.* (2011), s. 234-241.

³⁴ Se *Askholt etc.* (2013), s.146.

³⁵ Jf. SEL § 2, stk.1, litra c, 3 og 4 pkt.

³⁶ Se *Nielsen etc.* (2011), s. 80-81.

³⁷ Se *Nielsen etc.* (2011), s. 124, 138-139 og 223; *Bundgaard etc.* (2013), s. 518.

³⁸ Jf. Wienerkonventionen om traktatretten (23. maj 1969), art. 31, stk. 2 om almindelige regler angående fortolkning af traktater. Se *Lang etc.* (2015), s. 32-35 for diskussion af, hvorvidt kommentarerne bør tillægges værdi ved fortolkning efter art. 31, stk. 2, art. 31, stk. 4 eller art. 32. Konklusionen er dog – uafhængig af hvilken artikel i Wienerkonventionen der anvendes – at kommentarerne utvivlsomt har en væsentlig værdi ved fortolkningen.

³⁹ Jf. Wienerkonventionen om traktatretten art. 32, om supplerende fortolkningsmidler.

For at afdække, hvornår et dansk selskab bliver begrænset skattepligtig af udbytter ud af landet iht. beneficial owner-kravet, vil dansk retspraksis på området undersøges og analyseres. I dansk domspraksis har der blot været en landsretsafgørelse vedrørende retmæssig ejer (SKM 2012.121ØLR). Som en dom afsagt ved den næsthøjeste retsinstans er retskildeværdien af denne landsretsafgørelse høj, da der endnu ikke er nogen højesteretsafgørelser på området. Den danske retspraksis omkring beneficial owner består ligeledes af en række administrative kendelser fra landsskatteretten (LSR). Disse kendelser har en væsentlig lavere retskildeværdi, da landsskatteretten ikke er en domstol, men derimod den øverste administrative klageinstans på en række skatteretlige områder. På baggrund af den minimale domspraksis har kendelserne stadigvæk relevans for gældende danske retspraksis. Der forelægger herudover flere bindende svar fra skatterådet på området. Disse vil kun blive inddraget, når de kan tilføre yderligere klarhed og konklusioner på området, som ikke allerede er konkluderet ud fra bedre retskilder med en højere retskildeværdi.

Den internationale retspraksis omkring beneficial owner har påvirket de danske sager. De udenlandske domme kan dog ikke direkte anvendes som retskilder ift. gældende dansk ret, men efter et harmoniserings-synspunkt kan andre staters retspraksis inddrages som et fortolkningsbidrag.⁴⁰ I den danske landsretsafgørelse (SKM 2012.121ØLR) bliver der eksplicit henvist til international retspraksis for at hente støtte til fortolkningen af begrebet.

1.5 Struktur

Afhandlingen er opdelt i 4 hovedkapitler med tilhørende underafsnit.

Indholdet i *Kapitel 2* svarer på *delspørgsmål 1* ud fra en grundlæggende gennemgang af de danske regler for begrænset skattepligt af udgående udbytter, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c og KSL § 65, stk. 1 – med referencer til PSD og de danske DBO'er. Samtidig vil den konkrete skattemæssige effekt af en selskabskonstruktion med et gennemstrømningsselskab blive opridset og illustreret.

I henhold til *delspørgsmål 2* omhandler *Kapitel 3* en gennemgribende analyse af fortolkningen af begrebet *beneficial owner* i en dansk sammenhæng. Kapitlet er opdelt i tre underdele: begrebets udvikling i OECD's modeloverenskomst, den internationale retspraksis og den danske retspraksis. Som introduktion hertil vil udviklingen af begrebet ud fra dets oprindelige retstraditioner fra common law samt begrebets historiske OECD-udvikling kort opsummeres. Herefter vil den nuværende retstilstand af begrebet i modeloverenskomsten undersøges ud fra en analyse af den aktuelle fortolkning af begrebet efter opdateringerne i år 2014. Den næste del søger at afklare, hvad der kan udledes af relevant international retspraksis ift. påvirk-

⁴⁰ Se *Bundgaard etc.* (2013), s. 46-48.

ning på den danske fortolkning angående beneficial owner af udbytte og gennemstrømning. I den sidste del af kapitlet, vil den danske retspraksis vedrørende sager angående udbytte blive analyseret ud fra faktum, parternes argumenter og de retningsgivende kendelser, samt en vurdering af retsfølgen.⁴¹

Formålet med *Kapitel 4* er at belyse *delspørgsmål 3* omkring implementering af de danske omgåelsesklausuler i LL § 3. Først vil baggrunden og formålet kort opridses ift. den vedtagne ændring i PSD. Ordlyden af det danske vedtagne lovforslag samt dertilhørende høringer og spørgsmål til skatteministeren – med supplerende inddragelse af relevant retslitteratur – vil være genstand for en gennemgribende analyse af retsfølgen i forhold til den begrænsede skattepligt af udbytter.

Afhandlingen afsluttes med en sammenfattende konklusion på hovedspørgsmålet – hvorefter en kort perspektivering til LOB-klausulen, introduceret i BEPS action plan 6, vil blive inddraget.

⁴¹ Se SKM.2012.121Ø og SKM.2012.26LSR.

Kapitel 2: Kildebeskatning af udbytter og gennemstrømningsselskaber i Danmark

2.1 Den begrænsede skattepligt af udgående udbytter for selskaber

Den skatteretlige fremgangsmåde for at vurdere et selskabs skattepligt bygger på ”den gyldne regel” ift. den internationale skatterets tre dimensioner. Det kræver en intern national hjemmel for retten til at beskatte, jf. legalitetsprincippet, og først herefter er det relevant at se på om EU-retten eller en DBO medfører eliminering eller reducere af beskatningskompetencen for det givne land.⁴² De interne danske skatteregler om subjektiv og objektiv begrænset skattepligt af udgående udbytter for selskaber er af den grund relevant at få på plads fra start.⁴³ Selskaber, som ikke er hjemmehørende i Danmark og derfor ikke fuldt skattepligtige, jf. SEL § 1, stk. 1, er stadigvæk begrænset skattepligtig af indkomst fra Danmark efter territorialprincippet, såfremt det er opregnet i SEL § 2, stk. 1. Det fremgår af SEL § 2, stk. 1, litra c, 1. og 2. pkt., at selskaber med hjemsted i udlandet er begrænset skattepligtig af oppebåret udbytte. Det omhandler således situationer, hvor en udenlandsk selskab modtager udbytte fra et dansk selskab, og Danmark herved optræder som kildeland.⁴⁴

Det fremgår af KSL § 65, stk. 1, at der skal indeholdes 27 pct. kildeskat af det samlede udbytte, og at det er det *udbetalende* selskab, som er indeholdelsespligtig af skatten.⁴⁵ På trods af, at det er det udenlandske selskab som er begrænset skattepligtig, er det således det danske selskab, som er forpligtet til at indeholde kildeskatten. Det danske udbyttebetalende selskab hæfter ligeledes for en fejlagtig manglende indeholdelse af kildeskat på udbytte over for de danske myndigheder – dette gælder dog ikke, såfremt det danske selskab kan godtgøre, at der ikke er udvist forsømmelighed, jf. KSL § 69, stk. 1.⁴⁶

Danmarks beskatningsret som kildeland af udgående udbytter er imidlertid betinget. Det fremgår af bestemmelsen, at beskatningsretten er betinget af, at udbytte af datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 A, og koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 B, ikke skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i PSD eller en DBO med landet, hvor det udenlandske moderselskab er beliggende.⁴⁷ I dansk skattelovgivning bliver der såle-

⁴² *Bundgaard etc.* (2013), s. 29.

⁴³ Den begrænsede skattepligt på udbytter ved SEL § 2, stk. 1, Litra c og KSL § 65, stk. 1 blev indsat ved Lov nr. 370 af 13. november 1968 (L 19). Se *Wittendorf* (2014), s. 1-2 for en nærmere beskrivelse af den historiske udvikling omkring subjektiv og objektiv skattepligt af udgående udbytter til udenlandske selskaber.

⁴⁴ Der er ligeledes begrænset skattepligt af udbytter fra et dansk selskab til en fysisk person jf. KSL § 2, stk. 1, nr. 6.

⁴⁵ Jf. KSL § 65, stk. 1 og 5 og § 65D, stk. 1.

⁴⁶ Se eksempelvis *SKM.2011.59.LSR*, hvor et dansk selskab blev anset for at have udvist forsømmelighed ved ikke at indeholde kildeskat på renter jf. KSL § 65 D og SEL § 2, stk. 1, litra d, udbetalt til moderselskab i Sverige. Sagen er anket til domstolene.

⁴⁷ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt. Der fremgår i SEL § 2, stk. 1, litra c, 5. og 6. pkt. endnu en undtagelse til hovedreglen. Undtagelsen omhandler behandlingen af udbytte ved kvalifikationskonflikter, når et udenlandsk moderselskab i hjemlandet behandles som selvstændigt skattesubjekt efter PSD art. 2, litra a, nr. i, men i Danmark anses som en transparent enhed. Udbyttet er i dette tilfælde skattefritaget. Den skattemæssige behandling af hybride selskaber, vil

des henvist til PSD og de enkelte DBO'er, som Danmark har indgået. Det er relevant i de situationer, hvor udbyttet oppebæres af et udenlandsk selskab, der ejer et dansk selskab med mindst 10 pct.⁴⁸ Ved fastlæggelsen af den danske begrænsede skattepligt for udgående udbytter har PSD og udformningen af Danmarks DBO'er herved en central rolle.

2.2 Koncernkonstruktion med et holdingselskab

Undtagelsen til den begrænsede skattepligt af udgående udbytte for selskaber medfører et incitament til skatteplanlægning internt i en koncern. *Figur 1* illustrerer et eksempel på den skattemæssige forskel ved at etablere sig henholdsvis med og uden et holdingselskab. Hvis der antages, at der foreligger en koncernstruktur med et udenlandsk moderselskab beliggende i et ikke-EU land, som Danmark ligeledes ikke har en DBO med (*Stat C*), hvor selskabet ejer mindst 10 pct. af et dansk selskab (*Stat A*). Her vil den økonomiske dobbeltbeskatning indtræde ved udbytteudlodning fra det danske selskab.⁴⁹ Det danske selskabs skattepligtige indkomst vil først blive beskattet med selskabsskattesatsen på 23,5 pct. for år 2015.⁵⁰ Herefter vil udbyttet blive beskattet med en kildeskat på 27 pct. på grund af de manglende overenskomst- eller direktivmæssige fordele mellem *Stat A* og *Stat C*.⁵¹

Hvis der nu som illustreret i *Figur 1* indskydes et holdingselskab imellem de to selskaber, beliggende i et EU-land eller et land, hvor Danmark har en DBO (*Stat B*), vil den skattemæssige behandling af koncernen forandres. Det danske selskab vil stadigvæk blive beskattet med 23,5 pct. af deres skattepligtige indkomst.⁵² Det udloddede udbytte fra det danske selskab i *Stat A* til selskabet i *stat B* vil – såfremt *stat B* er et EU-land – ikke blive kildebeskattet, jf. PSD art. 5. Er der tale om at *Stat B* er et ikke EU-land, hvor Danmark har en DBO, vil Danmarks ikke kildebeskatte, såfremt udbyttet iht. den givne overenskomst skal nedsættes eller frafalde. I praksis medfører det, at der som ofte ikke indeholdes dansk kildeskat på udgående udbytter til aktionærer i udlandet.⁵³

ikke blive behandlet nærmere i afhandlingen. I SEL § 2, stk. 1, litra c, 7. og 8. pkt. fremgår, at den danske begrænsede skattepligt opretholdes, når et dansk selskab anvendes til videreudlodning – baseret på retmæssig ejer-betingelsen.

⁴⁸ Jf. definition på datterselskabsaktier i ABL § 4 A, stk. 1. Koncernselskabsaktier er jf. ABL § 4 B, stk. 1 de tilfælde, hvor definitionen på datterselskabsaktier ikke overholdes, men der skal ske national sambeskatning efter SEL § 31 eller frivillig international sambeskatning efter SEL § 31 A. At skelne mellem de to begreber er ikke relevant i den givne sammenhæng, hvorfor der blot henvises til et ejerkrav på mindst 10 pct. ved datterselskabsaktier.

⁴⁹ Der er her tale om økonomisk dobbeltbeskatning, som ikke må forveksles med international dobbeltbeskatning. International dobbeltbeskatning omhandler situationen, hvor den samme indkomst bliver beskattet i flere stater. Ved økonomisk er det betragtningen omkring at en indkomst beskattes hos to forskellige skattesubjekter – først bliver selskabet beskattet, hvorefter aktionærerne bliver beskattet ved en senere udlodning af udbytte.

⁵⁰ Jf. SEL § 17, stk. 1.

⁵¹ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. og KSL § 65, stk. 1.

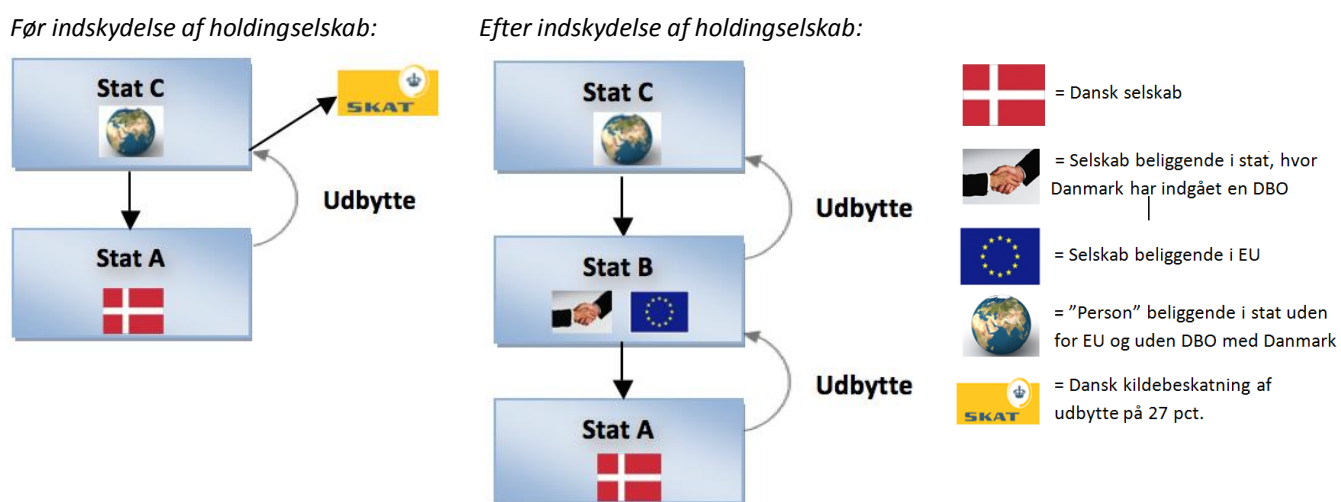
⁵² Jf. SEL § 17, stk. 1.

⁵³ Se Steen Schmidt etc. (2013), s. 2.

Dette medvirker til, at en given pengestrøm i form af udbytte ved indskydelse af et mellemliggende holdingselskab kan føres fra driftsselskabet i Danmark i *Stat A* til moderselskabet i *Stat C* uden dansk kildebeskatning – via udnyttelse af aftaler om lempelser. Det afgørende for, om MNE's kan benytte sig af denne "treaty/directive shopping", er – ift. de danske DBO'er – hvorvidt det mellemliggende holdingselskab i *Stat B* anses for retmæssig ejer eller et såkaldt gennemstrømningsselskab samt om selskabet bliver omfattet af den nye danske omgåelsesklausul for DBO'er. For at PSD kan anvendes, er det afgørende om den for nylig implementerede omgåelsesklausul for direktiver finder anvendelse.

Der findes ikke i dansk skatteret en definition af begrebet *retmæssig ejer*. Som nævnt indledningsvist fremgår der i OECD's modeloverenskomst en forudsætning om retmæssig ejer af udbytte, jf. art. 10, stk. 2 – i PSD fremgår ingen eksplicit betingelse om retmæssig ejer. Ændringerne i 2014 af kommentarerne omhandlende betingelserne omkring beneficial owner i OECD's modeloverenskomst samt indførelse af anti-misbrugs-klausul i PSD påvirker derved indirekte dansk skatteret på området.

Figur 1: Koncernkonstruktion med og uden et holdingselskab



2.3 Delkonklusion 1

Udenlandske moderselskaber, som modtager udbytte af et dansk selskab, er begrænset skattepligtige til Danmark af 27 pct. af udbyttet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c og KSL § 65, stk. 1. Beskatningsretten gælder dog ikke, såfremt der er tale om udbytte fra koncern- eller datterselskabsaktier – hvor der iht. PSD eller DBO'er skal ske frafald eller nedsættelse af beskatningen. Denne undtagelse fører til, at MNE's fordelagtigt kan anvende et mellemliggende holdingselskab til at opnå direktiv- eller overenskomstfordele til at undslippe

den danske kildebeskatning af udbytter. For at opnå fordelene ved DBO'er kræver det, at holdingselskabet anses som retmæssig ejer og ikke et gennemstrømningsselskab – betingelserne og vurderingskriterierne fremgår ikke af dansk skatteret, men derimod indirekte gennem henvisning til OECD's modeloverenskomst med kommentarer. Om der kan opnås fordelene ved DBO'er og PSD afhænger samtidigt af de nyligt implementerede omgåelsesklausuler.

Kapitel 3: *Beneficial owner*-begrebet

3.1 Fra begrebets oprindelige retstraditioner til OECD's modeloverenskomst

Betydningen af begrebet *beneficial owner* har længe været et omdiskuteret emne på den internationale skatteretlige scene.⁵⁴ Begrebet har i intern dansk skatteret først afgørende vundet frem efter genindførelsen af den begrænsede skattepligt for udbytter i 2001, hvor undtagelsen for moderselskaber blev indskrænket til kun at gælde for selskaber beliggende i et EU-land eller et land, hvor Danmark har indgået en DBO.⁵⁵

Begrebet *beneficial owner* har ikke en klar betydning i Danmark, som opererer med et civilretligt system – begrebet har dets oprindelse fra common laws retstraditioner.⁵⁶ Inden for common law sondres grundlæggende mellem økonomisk og juridisk ejerskab, hvor den skattemæssige *beneficial owner* omhandler det økonomiske ejerskab. I Danmark og andre civil law lande er der ikke denne skelnen. Fastlæggelsen af den retmæssige ejer skatteretligt tager udgangspunkt i, hvem der er den civilretlige juridiske ejer – civilretten er således styrende for skatteretten, da beskattningen anses som et afledt forhold af det underliggende civilretlige ejerskab. Etablering af et mellemliggende holdingselskab for at undgå udbyttebeskatning er herefter en simpel manøvre. Såfremt formaliteterne er på plads omkring et civilretligt juridisk ejerskab – hvor det afgørende er, hvem der har hovedvægten af de sædvanlige ejerbeføjelser – er retmæssig ejer-betingelsen herved som udgangspunkt opfyldt.⁵⁷

I intern dansk skatteret førte ovenstående argumentation tidligere til den opfattelse, at *beneficial owner*-betingelsen ikke havde den store betydning i de danske DBO'er. Det civilretlige ejerskab bliver støttet af det skatteretlige domstolsskabte princip omkring rette indkomstmodtager.⁵⁸ Domstolene kan fastsætte den

⁵⁴ Se Vann (2012) for en detaljeret gennemgang af den internationale historiske udvikling og formål med begrebet *beneficial owner* i dobbeltbeskatningsoverenskomster – både før og efter OECD's introduktion af begrebet.

⁵⁵ Se Severin Hansen (2011), som diskuterer den løbende ændrede fortolkning fra skatteministeriet angående den danske anvendelse af begrebet *beneficial owner* – herunder baggrunden for de daværende danske *beneficial owner*-sager. Udviklingen omkring skatteministeriets fortolkning af sammenhængen mellem begreberne *beneficial owner* og *rette indkomstmodtager* bliver ligeledes taget op.

⁵⁶ Se Vann (2012), s. 5-13 om den første dobbeltbeskatningsoverenskomst, der indeholdt begrebet *beneficial owner*. Den blev indgået i år 1942 mellem Canada og USA, der historisk grundlæggende følger common laws retstraditioner. Introduktionen af begrebet havde to formål; at den nedsatte beskatning af udbytte mellem moder- og datterselskaber kun blev opretholdt, hvis det var et reelt datterselskab, samt at det ikke var en "*nominee*" eller "*agent*", som fik de overenskomstmæssige fordele. Begrebet "*beneficiary*" blev tidligere inden DBO'en fra år 1942 anvendt om lignende/relaterede internationale skatteretlige problemstillinger.

⁵⁷ Se Lang *etc.* (2013), s. 94.

⁵⁸ Princippet om rette indkomstmodtager henviser til spørgsmålet om, hvilke skattesubjekt de enkelte indtægter og udgifter skal henføres til. Det benævnes også læren om *træet og frugterne* efter den amerikanske højesteretsdommer Oliver Wendell Holmes, som fremlægger synspunktet omkring, at det skattesubjekt, som har den retlige adkomst til indkomstgrundlaget, ligeledes må være den rette indkomstmodtager til afkastet.

rette indkomstmodtager ud fra en konkret *realitetsbedømmelse*. Det vil dog ifølge *Hans Severin Hansen* kunne ske, at en udbyttemodtager ikke anses som den rette indkomstmodtager ved helt ekstraordinære proforma forhold.⁵⁹

Tidligere blev der fra skatteministeriet sat lighedstegn mellem begreberne *rette indkomstmodtager* og *retmæssig ejer*. Det medførte, at mellemliggende holdingselskaber blev anset for rette indkomstmodtagere – og herved samtidigt retmæssige ejere, hvorfor den begrænsede skattepligt på udbytter ikke indfandt sig. Skatteministeriet har dog senere revideret deres holdning. I dag anses de to begreber for uafhængige af hinanden. Således kan et mellemliggende holdingselskab godt være rette indkomstmodtager og herved subjektet for den begrænsede skattepligt samtidigt med, at selskabet beliggende uden for EU eller i et land uden DBO med Danmark anses for retmæssig ejer.⁶⁰ Der findes ingen definition af begrebet *retmæssig ejer* i dansk intern skatteret – bedømmelsen af retmæssig ejer er derfor påvirket af fortolkning i OECD's modeloverenskomsten.⁶¹

Modeloverenskomsten er siden OECD Fiscal Committee udsendte den første udgave i 1963⁶², med jævne mellemrum blevet opdateret, så den afspejler den nyeste stillingtagen til, hvordan staterne indbyrdes efter modellen bør forholde sig til forskellige skattemæssige udfordringer.⁶³ OECD introducerede for første gang *beneficial owner* begrebet i modeloverenskomstens udgave fra 1977.⁶⁴ Betydningen af begrebet blev dog ikke defineret i modellen, hvilket resulterede i, at fortolkningen i de efterfølgende år fra de enkelte staters domstole og skattemyndigheder varierede betydeligt.⁶⁵ Den originale hensigt med indførelsen af beneficial owner-betingelsen var at sikre, at såkaldte "*intermediaries*" som "*agents*" og "*nominees*" ikke blev indsat imellem det udbetalende selskab og den retmæssig ejer af indkomsten – for at opnå overenskomstmæssige

⁵⁹ Se *Severin Hansen* (2011), s. 6. *Jakob Bundgaard* støtter dette synspunkt og mener ligeledes ikke, at læren om rette indkomstmodtager kan føre til en underkastelse af et udenlandsk holdingselskab som retmæssig ejer, se *Bundgaard* (2012), s. 10.

⁶⁰ Se eksempelvis *SKM.2012.26.LSR*, hvor landsskatteretten slog fast i deres kendelse omkring videreudlodning af udbytte, at der ikke er sammenfald mellem begreberne *retmæssig ejer* og *rette indkomstmodtager*.

⁶¹ Se *Severin Hansen* (2011), s. 9-10. Det er endvidere i overensstemmelse med betragtningerne i dommen i *SKM.2012.121.ØLR*, at bedømmelsen af beneficial owner taget afsæt i OECD modeloverenskomst og ikke princippet om rette indkomstmodtager.

⁶² Den første udgave fra år 1963 udkom som et *udkast* til, hvordan medlemsstaterne opfordres til at udarbejde DBO'er. I den opdaterede version fra år 1977 var der ikke længere tale om et udkast.

⁶³ Se *Christian Johansen etc.* (2014), s. 1 for en opsummering af den historiske udvikling af OECD's modeloverenskomst fra år 1963 og de løbende opdateringer frem til de seneste i år 2014. Opdateringerne af modellen anses for at være en løbende revisionsproces med det formål at frembringe periodiske opdateringer, som afspejler medlemsstaternes nuværende synspunkter.

⁶⁴ Se *Vann* (2012), s. 14-20, som beskriver, at England med retstraditioner fra common law allerede i år 1967 fremlagde et ønske om at inkludere en såkaldt "*subject-to-tax-test*" (subsidiær beskatningsret) i modeloverenskomsten. Flere af deres egne DBO'er indeholdt en sådan test allerede. OECD valgte i stedet at løse problemet ved at indføre et beneficial owner-krav.

⁶⁵ Se *Lang etc.* (2015), s. 29.

fordele.⁶⁶ I 2003 blev kommentarerne til modeloverenskomsten opdateret, hvilket førte til, at beneficial owner-kravet blev markant mere konkretiseret.⁶⁷

3.2 Opdateringerne i år 2014 til OECD's modeloverenskomst

Opdateringerne fra d. 15. juli 2014 til modeloverenskomsten og dets kommentarer omkring beneficial owner iht. art. 10, stk. 2 om udbytte, er et tiltag fra OECD, som har været længe undervejs.⁶⁸ Allerede i 2008 nedsatte OECD's Committee on Fiscal Affairs en arbejdsgruppe, som skulle søge efter på international plan at afdække, hvorledes fortolkningen af begrebet kunne præciseres i relation til staters anvendelse af modeloverenskomsten. Området kom på OECD's agenda, da det blev observeret, at nationale retsinstanser i høj grad fortolkede begrebet forskelligt.⁶⁹ De divergerende opfattelser imellem de nationale retsinstanser har medført risici for uhensigtsmæssig international dobbeltbeskatning og manglende beskatning på et ikke ensrettet grundlag.⁷⁰

OECD publicerede i april 2011 den første offentlige rapport på området benævnt "*Clarification of the meaning of 'Beneficial Owner' in the OECD Model Tax Convention*".⁷¹ En stor gruppe af interessenter blev herefter inviteret til at fremsætte deres bemærkninger til rapporten.⁷² Dette blev sammenholdt og bearbejdet af arbejdsgruppen nedsat af OECD's Fiscal Committee, som endte ud med den opdaterede rapport "*OECD Model Tax Convention: Revised proposal concerning the meaning of 'Beneficial Owner' in articles 10, 11 and 12*".⁷³ De endelige opdateringer fra juli 2014 omkring beneficial owner er næsten identiske med forslaget i den opdaterede rapport – kun tilføjet mindre tilrettelser fra den nedsatte arbejdsgruppe. Det bør nævnes,

⁶⁶ Se Avery Jones etc. (2011), s. 2-3.

⁶⁷ Se Gooijer (2014), s. 208-209, som opridser synspunkterne i litteraturen omkring påvirkningen af opdateringerne i 2003 – som anses for at være mangfoldige.

⁶⁸ Opdateringerne vedrører ligeledes art. 11 om renter og art. 12 om royalties, hvor ændringerne til fortolkning af begrebet *beneficial owner* til dels er et spejlbillede af ændringerne i art. 10 omkring udbytte. Ligesom før ændringerne er det udgangspunktet, at principperne i fortolkningerne af *beneficial owner*-begrebet er ens for både udbytter, renter og royalties.

⁶⁹ Se hele afsnittet "3.2 Begrebets fortolkning i international retspraksis". Retspraksis i England (*Indofood*), Canada (*Prévost*) og Spanien tydeliggøre, at den nationale fortolkningen af beneficial owner ud fra OECD's modeloverenskomst, er gået i hver sin retning.

⁷⁰ Se Hjorth Bærentzen (2012), s. 1; Gooijer (2014), s. 204, som analyserer, hvorvidt det fremlagte reviderede forslag til ændringer fra 2012 vil klarlægge indholdet af begrebet *beneficial owner*, så nationale retsinstanser for fremtiden vil fortolke det på samme vis.

⁷¹ Se OECD (2011).

⁷² Se OECD.org (2014) for inspektion af de enkelte bemærkninger fra de involverede interessenter.

⁷³ Se OECD (2012). I den opdaterede rapport fremgår en sammenholdning af bemærkningerne fra de involverede interessenter til de enkelte punkter i kommentarerne til art. 10, stk. 2. Forskellene imellem den første rapport og den opdaterede rapport er ligeledes opridset.

at de nyeste opdateringer til modeloverenskomsten ikke afspejler indholdet og resultaterne for det igangværende BEPS-projekt action plan 6 mod treaty abuse.⁷⁴

Kommentarerne til beneficial owner i relation til art. 10 om udbytte fremgik inden ændringerne af pkt. 12-12.2. Efter ændringerne er der tilføjet flere passager og vise dele er flyttet rundt, så kommentarerne nu fremgår af pkt. 12-12.7.⁷⁵

3.2.1 Kildelandets begrænsede beskatningsret og beneficial owner-kravet

Hensigten i sin tid med indførelsen af beneficial owner-kravet fra OECD fremgår direkte af pkt. 12 i kommentarerne til art. 10, stk. 2 om udbytte.⁷⁶ Beneficial owner-betingelsen blev indsat for at forklare passagen i art. 10, stk. 1 "*Paid ... to a resident*".⁷⁷ Hvis udbyttet udbetales til en "person"⁷⁸ hjemmehørende i en anden kontraherende stat, er kildelandets beskatningsret begrænset. Om udbetalingen er til en "person" i en anden kontraherende stat vurderes ud fra, hvorvidt modtageren er den retmæssige ejer. Kommentarerne gør det fuldstændig klart, at kildelandet ikke mister sin beskatningsret, selvom udbyttet umiddelbart er betalt direkte til en "person" hjemmehørende i en stat, hvor kildestaten har indgået en overenskomst. Beskatningsretten bliver først nedsat, hvis modtageren samtidig er beneficial owner.⁷⁹ Er det tilfældet, må kildelandet højst beskatte med 5 pct. af bruttoudbyttet, hvis modtageren af udbyttet er et selskab, som ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det udbetalende selskab. I alle andre ejerforhold – inklusiv fysiske personer – er kildelandets begrænsede beskatningsret på 15 pct.⁸⁰ Det er denne nedsatte beskatningsret for kildelandet, som internt i dansk skatteret medfører skattefrihed ved udlodning af udbytter til et moderselskab, som ejer mindst 10 pct., jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt.⁸¹

⁷⁴ Se OECD (1) (2014), s. 3; For rapporter om henholdsvis den konkrete action plan 6 mod treaty abuse og den generelle BEPS action-plan, se OECD (2) (2014) og OECD (2013).

⁷⁵ I den resterende del vil der for overskueligheden skyld blive henvist til punkterne, som de fremgår efter opdateringerne af kommentarer – uden henvisning til, hvor de enkelte dele tidligere fremgik.

⁷⁶ Pkt. 12 blev ved opdateringerne i 2014 ændret således, at ordene "*immediately received by*" blev udskiftet med "*paid direct to*". Denne mindre sproglige omformulering anses ikke for at have påvirket selve betydningen af punktet i kommentarerne. Dette synspunkt støttes af Michael Lang, Se Lang etc. (2015), s. 47.

⁷⁷ Se Wardzynski (2015), s. 180, som konstaterer, at henvisning til art. 10, stk. 1. indirekte er en erklæring om, at beneficial owner-kravet ikke har et bredere anti-misbrugsformål. Art. 10, stk. 1 gør klart, at en anden kontraherende stat kan beskatte udbytte udbetalt fra et selskab i f.eks. Danmark til en "person" hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Domicilstaten har således som udgangspunkt beskatningsretten. Dog skal domicilstaten i medfør af bestemmelserne i art. 23 A, stk. 2 og art. 23 B, stk. 1, yde kreditlæmpelse, for en eventuel pålagt skat fra kildestaten.

⁷⁸ Der vil løbende i afhandlingen blive henvist til en "person" i citationstegn. Udtrykket omfatter her en fysisk person, et selskab og enhver anden sammenslutning af personer, hvilket følger af definitionen i modeloverenskomstens art. 1.

⁷⁹ Jf. pkt. 12, 2. pkt. i kommentarerne til art. 10, stk. 2.

⁸⁰ Jf. art. 10, stk. 2, 1. pkt. Det skal nævnes i denne forbindelse, at sætterne i Danmarks overenskomster ofte afviger fra udgangspunktet i modellen.

⁸¹ Se afsnittet "2.1 Den begrænsede skattepligt af udgående udbytter for selskaber".

Opdateringer fra 2014 har medført en ændring af ordlyden i selve modeloverenskomsten art. 10, stk. 2. Det har dog næppe ændret på forståelsen af konceptet omkring beneficial owner, jf. nedenstående – hvilket formodentlig heller ikke har været hensigten. Ændringerne er som følge:

”However, ~~such~~ dividends ***paid by a company which is a resident of a Contracting State*** may also be taxed in ***that State*** ~~the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and~~ according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:...”.⁸²

Ændringerne i art. 10, stk. 2 kan forklares af et ønske om en mere eksplicit tydeliggørelse og klarhed over forståelsen af *”such dividends”*, som kan anses for, at være en potentiel kilde til fortolkende usikkerheder. *”Such dividends”* henviste inden ændringerne til udbytte, jf. art. 10, stk. 1, *”paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State”*. I den første rapport fra OECD fremgik ingen ændringer til selve artiklerne i modeloverenskomsten.⁸³ Det var først på baggrund af kommentarerne fra diverse interessenter, at arbejdsgruppen i den reviderede rapport medtog dette.

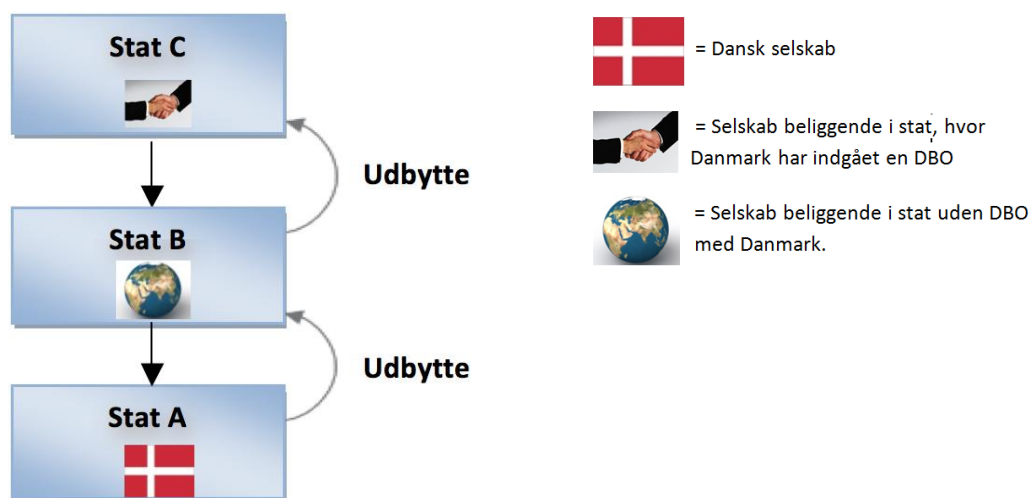
Problemstillingen fra interessenterne omhandlede situationen, hvor den direkte modtager og den retmæssige ejer er hjemmehørende i to forskellige stater. Som illustreret i *Figur 2* er gennemstrømningsselskabet beliggende i *stat B* uden en DBO med staten for det udbyttebetalende selskab. En bogstavelig ordlydsfortolkning af art. 10, stk. 1 vil kunne føre til den konklusion, at kildestatens begrænsning i beskatningsretten kun finder sted, hvis udbyttet bliver betalt direkte til en ”person” i en anden kontraherende stat. I situationer, hvor der er indskudt en agent eller en mellemmand beliggende i en tredje ikke-kontraherende stat (*stat b*), vil det kunne fortolkes således, at kildestatens nedsatte beskatningsret iht. DBO’en mellem *stat A* og *stat C* ikke gælder i denne situation.⁸⁴ Den umiddelbare direkte modtager vil være det indskudte selskab beliggende i *stat B*, hvor kildestaten ikke har indgået en DBO.

⁸² Se *OECD (1) (2014)*, s. 7. De udstregede ord er den tidligere formulering, som ikke længere indgår – ordene med fed og kursiv skrift, er de nye tilføjede ændringer. Dette følger OECD’s fremgangsmåde og vil blive anvendt i resten af afhandlingen.

⁸³ Se *OECD (2012)*, s. 14.

⁸⁴ Det skal bemærkes, at gennemstrømningsselskabet også kan være beliggende i en anden kontraherende stat – det vil stadig være DBO’en med staten, hvor den retmæssige ejer er beliggende, som skal anvendes.

Figur 2: Vedblivende nedsat beskatningsret for kildestaten



Denne problemstilling er der allerede taget stilling til i pkt. 12.7 i kommentarerne til art. 10 i modellen. Det fremgår tydeligt, at ovenstående fortolkning ikke er korrekt – i det givne tilfælde vil den nedsatte beskatningsret for kildestaten efter DBO'en med *Stat A* og *Stat C* stadigvæk stå til troende. Arbejdsgruppen erkendte, at der kunne være et fortolkningsmæssigt problem i den tidligere formulering i selve art. 10 stk. 2. For at fjerne enhver tvivl valgte de således at ændre formuleringen, så det nu står klart, at det afgørende er, hvorvidt den *retmæssig ejer* er beliggende i en anden kontraherende stat.⁸⁵ Der har i Danmark været en sag ved landsskatteretten, hvor netop denne fortolkende usikkerhed blev vurderet. Her kom landsskatteretten frem til – i modstrid med den i dag ændrede formulering af art. 10, stk. 2 – at det kun var relevant at undersøge DBO'en med den umiddelbare direkte modtager af udbytte.⁸⁶ Det må imidlertid stadigvæk konstateres, at den nye formulering i artiklen ikke har ændret på den teoretiske forståelse af begrebet *beneficial owner*. Interessenternes kommentarer og inputs indikerer dog, at der har været et vist forståelsesproblem hos nogle stater – herunder Danmark – der kan have ført til manglende nedsættelse af beskatningsretten for kildelandet.⁸⁷

⁸⁵ Se OECD (2012), s. 14-15; Se afsnittet "3.2.2 Intern national fortolkning kontra autonom kontekstuel fortolkning", hvor der ved en sag i Canada blev taget stilling til om de ultimative moderselskaber var retmæssige ejere og der her ved skulle anvendes DBO'erne med staterne, hvor moderselskaberne var beliggende.

⁸⁶ Se afsnittet "3.4.2.3 Vurdering af kendelsen", hvor netop denne problemstilling bliver taget op af landsskatterettens kendelse i SKM.2012.26.LSR. I sagen bliver det fra retten afvist, at anvende overenskomsten mellem Danmark og USA, da den umiddelbare modtager er beliggende på Cypern. Således bliver det statueret, at selskabet på Cypern er den rette indkomstmodtager og derfor bør det kun være denne overenskomst, der er relevant for vurderingen af beneficial owner-kriteriet.

⁸⁷ Se Lang etc. (2015), s. 37, som støtter dette synspunkt.

3.2.2 Intern national fortolkning kontra autonom kontekstuel fortolkning

Et afgørende punkt i fortolkningen af *beneficial owner*-begrebet er, hvorvidt der skal anlægges en intern national eller en international autonom skatteretlig vinkel.⁸⁸ Kommentarerne til art. 10 om udbytte har ikke tidligere taget stilling til denne problemstilling. Blandt interessenterne med inputs til den første rapport fandt hovedvægten af dem, at en international autonom fortolkning var at foretrække.⁸⁹ Det endte også med at blive OECD's holdning – hvilket fremgår af det nye pkt. 12.1. Valget fra OECD går særdeles godt i spind med baggrunden for opdateringerne omkring at få et mere ensartet grundlag, så nationale retsinstanter ikke fortolker begrebet *beneficial owner* på divergerende vis.⁹⁰

Pkt. 12.1 gør det nu fuldstændig klart, at henvisning til *beneficial owner* i modellen aldrig har været eller for fremtiden vil blive en reference til en mulig teknisk betydning i intern lovgivning i en kontraherende stat.⁹¹ Der bliver sågar henvist til, at det ikke skal fortolkes med en snæver teknisk definition, som flere common law lande opererer med.⁹² I den første rapport fra 2011 var der inkluderet en passage, som blev fjernet igen i den reviderede rapport. Den fjernede sætning gav en åbning for inddragelse af national lovgivning – som flere interessenter opponerede mod kunne give potentiel forvirring på området. Det fremgik, at den nationale lovgivning ikke nødvendigvis er irrelevant – så længe dette er i overensstemmelse med den generelle vejledning i kommentarerne. Dette blev fra visse interessenter forstået som, at der inden for et vist spillerum var plads til at anvende den nationale lovgivning frem for den autonome internationale fortolkning. Arbejdsgruppen besluttede – for ikke at skabe yderligere forvirring – at fjerne sætningen.⁹³

Den fortolkningsmæssige usikkerhed ved de forskellige staters nationale retsinstanter bygger ikke kun på spørgsmålet om der skal anlægges en international autonom fortolkning eller om intern national ret skal anvendes. Der har ligeledes hersket tvivl – såfremt national ret var lagt til grund – om den nationale lovgivning i domicilstaten eller kildestaten skulle anvendes til fortolkning. Jf. art. 3, stk. 2, skal ethvert udtryk, som ikke er defineret i modellen – medmindre andet følger af sammenhængen – lægges en dynamisk fortolkning af intern ret i kildestaten til grund, når det er kildestaten, som anvender overenskomsten. I tilfældet, hvor

⁸⁸ Autonom skal i denne sammenhæng forstås som en selvstyrende fortolkning uden inddragelse af intern ret fra hverken kildelandet eller domicillandet.

⁸⁹ Se OECD (2012), s. 3.

⁹⁰ Se afsnittet "3.2. Opdateringer i år 2014 til OECD's modeloverenskomst".

⁹¹ Ved den canadiske *Prévost*-case fandt retten, at fortolkningen af *beneficial owner* skulle inkludere både den ordinære betydning, den tekniske betydning under common law, civil law, hollands ret og international ret, se afsnittet "3.3.2 Den canadiske *Prévost Car Inc.*-sag".

⁹² Se afsnittet "3.1. Fra begrebets oprindelige retstraditioner til OECD", som beskriver de grundlæggende forskelle på common law og civil law i relation til *beneficial owner*. I kommentarernes pkt. 12.1 er der indsat en fodnote omkring behandlingen af trust i common law lande i forbindelse med *beneficial owner*-begrebet. For uddybning af konsekvenser på området af denne indførelse se Lang *et al.* (2015), s. 40-41.

⁹³ Se OECD (2012), s. 3.

spørgsmålet er, hvorvidt der er begrænset skattepligt til Danmark af udbyttet, er Danmark kildestaten, som anvender overenskomsten.

Ifølge *Brian Arnold* har der tidligere været mulighed for – inden opdateringerne i 2014 – at domicilstatens interne ret kunne ligges til grund.⁹⁴ Han argumenterer med, at beneficial owner-betingelsen supplerer kravet om, at modtageren af udbyttet skal være hjemmehørende i den anden kontraherende stat for at være kvalificeret til de traktatmæssige fordele.⁹⁵ At de supplerer hinanden fremgår af ordlyden i art. 10, stk. 2: "(...) but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State(...)". Den normale bedømmelse af, hvor en "person" er hjemmehørende, sker på grundlag af de interne nationale skatteregler ift. kriterierne i art. 4 stk. 2. Denne vurdering henviser således til intern ret i domicillandet og ikke kildelandet – hvorfor det med ovenstående argumentation, bør være det samme ved beneficial owner bedømmelsen. Ift. fortolkningskriteriet i art 3. stk. 2 vil der således være "*andet der følger af sammenhængen*".⁹⁶ Da argumentationen fra *Arnold* synes fornuftigt virker det åbenlyst at fortolkningen på dette punkt har været divergerende – hvorfor den klare afklaring med opdateringerne er hensigtsmæssig.

I intern dansk skatteret fremgår som tidligere nævnt ikke en definition af *retmæssig ejer*-begrebet – omend skatteministeriet i flere tilfælde har udtalt sig om den danske holdning til fortolkningen af begrebet.⁹⁷ Diskussionen omkring om fortolkningen kan tage udgangspunkt i intern national ret er imidlertid stadigvæk relevant i et dansk perspektiv. Såfremt *Arnolds* argumentation for, at domicilstatens ret kan ligges til grund, vil den danske begrænsede skattepligt af udbytter være afhængig af definitionen af *retmæssig ejer*-begrebet i intern skatteret i en udenlandsk stat. Således vil de danske selskaber – som i sidste ende kan komme til at hæfte for skatten – blive påduttet at skulle sætte sig ind i andre staters interne lovgivning.⁹⁸

Med opdateringerne i 2014 kan det endeligt konkluderes, at beneficial owner skal fortolkes autonomt iht. modeloverenskomsten. Den valgte internationale autonome fortolkning er støttet af argumentet om, at man i international skattepraksis generelt bestræber sig på at nå frem til en fælles fortolkning og forståelse af udtryk i modellen. En traktat skal endvidere, jf. Wienerkonventionen om traktatretten art. 31 stk. 1, fortolkes loyalt "*belyst af dets hensigt og formål*". Som oplyst i pkt. 12.1 i de opdaterede kommentarer til ud-

⁹⁴ Se *Arnold* (2014), s. 3. *Arnold* henviser med sine synspunkter til den objektive gennemgang af opdateringerne fra *Edward Barret*, se *Barret* (2014).

⁹⁵ De traktatmæssige fordele, der henvises til, er den nedsatte beskatningsret for kildelandet, jf. art. 10, stk. 2, 2. og 3. pkt.

⁹⁶ Se *Arnold* (2014), s. 3.

⁹⁷ Se *Severin Hansen* (2011), for udviklingen i skatteministeriets holdning til fortolkningen af *retmæssig ejer*-begrebet. Det er i høj grad medlemsstater med common law's retstraditioner, som i intern national ret opererer med en definition af beneficial owner, Se *Lang* (2015), s. 29.

⁹⁸ Se afsnittet "*2.1 Den begrænsede skattepligt af udgående udbytter for selskaber*" om det mulige hæftelseskrav til det danske udbytteudloddende selskab jf. KSL § 69, stk. 1.

bytter har det aldrig været hensigten at henvise til en teknisk forståelse af *beneficial owner*-begrebet fra en given stats interne retsgrundlag. Dette leder frem til udledningen af begrebets fortolkning i modellen.

3.2.3 "Right to use and enjoy the dividend"

I kommentarerne til art. 10, stk. 2 fremgår i pkt. 12.2-12.3 en opridsning af eksempler på, hvornår der ikke er tale om en *beneficial owner*, og kildestaten herved ikke skal indrømme lempelse eller skattefritagelse.⁹⁹ I pkt. 12.4 bliver det præciseret, hvorfor modtageren af indkomsten ikke er den retmæssig ejer – hvilket er et nyt afsnit, der er tilføjet efter ændringerne i år 2014. Det er ubetinget her, at de fleste kommentarer og synspunkter til opdateringerne fremkommer.¹⁰⁰

Kommentarer i pkt. 12.2 og 12.3 bygger på en negativ definition af hvilke situationer, hvor *beneficial owner*-betingelsen er relevant. Det bliver gjort klart, at kildestaten ikke skal lempe for sin beskatningsret, hvis modtageren i en anden kontraherende stat handler i sin egenskab af "*agent*" eller "*mellemand*".¹⁰¹ Ligeledes skal kildestaten ikke lempe, hvis modtageren blot fungerer som en "*gennemstrømningsenhed*" for en anden "*person*", der modtager udbyttet.¹⁰² En gennemstrømningsenhed anses ikke for retmæssig ejer, selvom den formelt er ejer, hvis den har meget snævre beføjelser, og hvis den – i relation til den pågældende indkomst – handler som en "*nullitet*" eller "*administrator*" på vegne af andre parter.¹⁰³

Det er alle ovenstående begreber i kursiv, som domstole og administrative skattemyndigheder på tværs af staterne har søgt at afdække betydningen af i *beneficial owner*-sager de senere år. Det virker åbenlyst, at der ikke kan være en klar konsensus omkring fortolkningen af disse, ud fra ovenstående retningslinjer. OECD's tiltag der handler om at få defineret og præciseret betydningen af ovenstående mere konkret, er derfor blevet rost fra diverse skatteretlige kredse.¹⁰⁴ Spørgsmålet er så, hvorvidt udformningen i pkt. 12.4 lever op til forventningerne. Fra udgangspunktet i den første rapport til de endelige opdateringer er der sket markante ændringer på baggrund af flere inputs fra interessenterne. Pkt. 12.4, 1. pkt., lyder som følger:

⁹⁹ Pkt. 12.2 og 12.3 er stort set uændret ift. tidligere. De mindre sproglige tilrettelser i pkt. 12.2 udgør en udskiftning af ordene "*received by*" og "*immediate*" med henholdsvis "*paid to*" og "*direct*". Disse mindre omformuleringer har ikke til hensigt at ændre på meningen af punktet i kommentarerne, se OECD (2012), s. 4.

¹⁰⁰ Se OECD (2012), s. 6-10.

¹⁰¹ Jf. pkt. 12.2, 1. pkt. På engelsk anvendes betegnelserne "*agent*" og "*nominee*".

¹⁰² Jf. pkt. 12.3, 1. pkt. På engelsk anvendes betegnelsen "*conduit*".

¹⁰³ Jf. pkt. 12.3, 2. pkt., hvor der henvises til den af OECD udarbejdede rapport "*Double taxation conventions and the Use of Conduit Companies*" R(6), se OECD (1986). På engelsk anvendes betegnelserne "*fiduciary*" og "*administrator*".

¹⁰⁴ Se *Avery Jones etc.* (2011), s. 1, som absolut støtter initiativet til at få klarlagt begrebet, så fortolkning på internationalt plan bliver mere ensrettet; *Gooijer* (2014), s. 204, der støtter op om dette ved samtidigt at gøre gældende, at emnet har en vigtighed – ikke bare i et teoretisk skatteretligt perspektiv, men for hele samfundet.

” In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person.”¹⁰⁵

Det afgørende punkt er således om modtageren har *”the right to use and enjoy the dividend”*¹⁰⁶, hvilket baseres på, om det er en kontraktmæssig eller juridisk forpligtelse til at videregive betaling til en anden *”person”*. Udformningen af denne del har vakt stor meningsudveksling. Den første udgave brugte ordene *”the full right to use and enjoy”*. *John Avery Jones etc.* anså det som misvisende, at referencen var til *”the full right”*. Det er kun relevant at diskutere, hvorvidt en *”person”* er den retmæssige ejer i en situation, hvor *”personen”* kun har begrænsede rettigheder over den modtagne indkomst. Derfor bør kommentarerne fokusere på den del af skalaen, der afgør, hvornår en *”person”* lige nøjagtigt kan anses for retmæssig ejer – og hvornår denne grænse er overskredet. Ved at fokusere på det fulde ret til udbyttet bevæger kommentarerne sig – efter overbevisningen fra *Avery Jones etc.* – i den forkerte ende af skalaen.¹⁰⁷

Synspunktet omkring, at det ikke er retvisende at henvise til den fulde ret, blev støttet af flere af interessenterne; det blev anset for at være et for bredt og vidtrækkende anvendelsesområde. Der blev herefter opridset adskillige utilsigtede tilfælde, hvor fortolkningen af bestemmelsen kunne komme til at ramme situationer med fuldstændig legitime skatteydere.¹⁰⁸ På baggrund af dette blev punktet i kommentarerne omformuleret til ovenstående ordlyd. Som modargument henviser *Michael Lang etc.* til den senere passage i paragraffen i det første rapport, som lyder *”(...) the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend (...)”*.¹⁰⁹ Med ordet *”clearly”* indikeres det, at beneficial owner-betingelsens manglende opfyldelse kun er tilstedet, hvis det er tydeligt, at *”personen”* ikke har den fulde ret. Det er ikke nok, at skattemyndighederne har en mistanke.¹¹⁰

Det er uafklaret, hvorvidt konsekvenserne fra domstolene i de enkelte stater af formuleringen i det første udkast, ville være så vidtrækkende som interessenterne bekymring går på. Vurderingen er dog, at frykten fra *Avery Jones etc.* og interessenterne er begrundet især baseret på udfaldet i *Indofood*-dommen – som

¹⁰⁵ Se OECD (2014), s. 13.

¹⁰⁶ Referencen til *”use and enjoy”* stammer fra den canadiske *Prévost*-case. Her blev beneficial owner testen vurderet ud fra om modtageren af udbyttet fik det for sin egen *”use and enjoyment”*, se afsnittet *”3.3.2 Den Canadiske Prévost Car Inc.-sag”*.

¹⁰⁷ Se *Avery Jones* (2011), s. 1.

¹⁰⁸ Se OECD (2012), s. 6-7 der opridser særlige omstændigheder, hvor holdingselskaber, trust, visse finansielle transaktioner, kollektive investeringsinstitutter (KI) mv. utilsigtet kunne blive ramt af bestemmelsen.

¹⁰⁹ Se OECD (2012), s. 5-6. I de endelige opdateringer fremgår den samme sætning af pkt. 12.4, 2. pkt. – dog uden ordet *”full”*.

¹¹⁰ Se *Lang etc.* (2015), s. 43-44.

eksplicit nævnte *"the full right"* som forudsætning for afgørelsen.¹¹¹ Omformulering synes herved hensigtsmæssig, da det ikke umiddelbart har nogen negative konsekvenser for fortolkningen. Den originale betydning fra OECD om *"right to use and enjoy"*, fremstår stadigvæk tydeligt.

3.2.4 Forpligtelse til at videregive betalingen

Den kontraktmæssige eller juridiske forpligtelse til at videregive betaling til en anden "person" bliver yderligere konkretiseret i pkt. 12.4, 2. pkt., som lyder:

"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."¹¹²

Der er flere af elementerne i ovenstående ordlyd som vækker opsigt. *"Facts and circumstances"* må antages, at skulle fortolkes i overensstemmelse med *"such an obligation"*, som dækker over en kontraktmæssig eller juridisk forpligtelse.¹¹³ Således kan en kontraktmæssig eller juridisk forpligtelse både være baseret på skriftlig dokumentation, men ligeledes også, hvis faktiske omstændigheder viser denne forpligtelse. Det henviser til situationen, hvor der ikke er underskrevet et konkret dokument, men hvor modtageren af udbyttet stadigvæk er juridisk forpligtet til at videregive betalingen til en anden "person".

Der er en generel skepsis over for ordvalget *"in substance"*, da det kunne indikere en fortolkning ud fra en økonomisk substantiel tilgang.¹¹⁴ Brian Arnold kritiserer OECD for denne forvirring. Han anser det for positivt, at bestemmelsen i første omgang konkretiserer, at beneficial owner vurderingen skal foretages ud fra en juridisk tankegang ift., om der er kontraktmæssige eller juridiske restriktioner. Beneficial owner-bestemmelsen skal ikke anvendes til at ramme generelle treaty shopping situationer ud fra en økonomisk substantiel vurdering. Referencen til *"in substance"* i forbindelse med de faktiske omstændigheder vil nogle skattemyndigheder anse for en legitimering af en økonomisk substantiel tilgang.¹¹⁵

¹¹¹ Se afsnittet "3.3.1 Indofood-dommen fra England".

¹¹² Se OECD (2014), s. 13.

¹¹³ Se Lang etc. (2015), s. 45, som pointerer, at det alternativt kan fortolkes således, at *"facts and circumstances"* henviser til *"the right to use and enjoy"*. Dette vil give en langt mere fordelagtig fortolkning set fra skatteyderens synspunkt. Det ville åbne op for at benægte en "person" at være beneficial owner udelukkende på baggrund af *"facts and circumstances"*. Det pointeres imidlertid, at dette ikke er den fortolkning, som OECD har ønsket med bestemmelsen.

¹¹⁴ Dette var tilfældet i Indofood-dommen, hvor såvel det juridiske som den økonomisk substantielle vurdering blev lagt til grund, se afsnittet "3.3.1 Indofood-dommen fra England".

¹¹⁵ Se Arnold (2014), s. 3.

Den grundlæggende tankegang bag den økonomiske tilgang til beneficial owner går på, at vurderingen i højere grad skal ligge vægt på *substans-over-form*. Det vil sige, at rationalet og intentionerne bag anses for at være mere afgørende end de juridiske og kontraktuelle faktorer.¹¹⁶ *John Avery Jones etc.* er også af den overbevisning, at fortolkningen af bestemmelsen skal gå på de juridiske og kontraktmæssige forhold. Starter, som er bekymret for ikke at ramme situationer på et faktisk eller moralsk grundlag, bør indføre generelle anti-misbrugs klausuler for at løse problemer med denne form for treaty shopping.¹¹⁷

Adrian Wardzynski er ikke enig med *Arnold* og *Avery Jones etc.* – han foreslår, at en krydsning mellem den juridiske og den økonomiske tilgang vil være det mest optimale. Han tolker netop, at intentionen i pkt. 12.4 er, at opnå et kompromis imellem de to tilgange. Han anerkender, at udgangspunktet er den juridiske tilgang – men at den økonomiske vurdering træder i kraft subsidiært. Fordelen ved at inkludere den økonomiske del er, at bestemmelsen subsidiært rammer de tilfælde, hvor de faktiske omstændigheder tydeligt indikerer et tilfælde af misbrug. Han argumenterer ligeledes med, at OECD ud fra et historisk perspektiv ikke har foretrukket én tilgang frem for en anden.¹¹⁸

Det anerkendes fuldt ud, at *Wardzynskis* argument omkring en subsidiær økonomisk tilgang vil ramme flere misbrugstilfælde. Det største problem ligger dog i rækkevidden af denne økonomiske tilgang. En af faktorerne bag den divergerende opfattelse, der er observeret fra de enkelte staters retsinstanser omkring fortolkningen af beneficial owner-kravet, er anvendelsen af den økonomiske tilgang. Vurderingen hviler her i høj grad på en subjektiv fortolkning. Ved udelukkende at fokusere på det juridiske vil det skabe større konvergens. Med baggrunden for opdateringerne in mente omkring et ensrettet grundlag blandt staterne anses det for mest formålstjenligt at holde fortolkningen til en juridisk vurdering.

Det er indiskutabelt, at tilføjjelsen af ordene "*in substance*" medfører en bredere rækkevidde af begrebet *beneficial owner*. Det er ligeledes tydeligt, at denne del kan tillægges forskellig vægt og herved blive fortolket divergerende fra skattemyndigheders side i forskellige stater. Enkelte vil i givet fald fortolke i overensstemmelse med *Wardzynski* og antage, at der ligger en subsidiær mulighed for, at ramme misbrug. Det er kritisabelt, at opdateringerne – som havde til formål at præcisere og afklare fortolkningen – i høj grad bringer mere forvirring på området med denne tilførsel.

En anden del af pkt. 12.4, som skaber fortolkningsmæssig debat, er udtrykket "*to pass on the payment received*". Blandt interessenter blev det anbefalet, at OECD præciserede nøjagtigt, hvad der menes med, at videregive betalingen. Der blev blandt andet sat spørgsmålstejn ved, hvor stor en del af det modtagne ud-

¹¹⁶ Se *Wardzynski* (2015), s. 185.

¹¹⁷ Se *Avery Jones* (2011), s. 6.

¹¹⁸ Se *Wardzynski* (2015), s. 188-189 og 191.

bytte, som skal videregives, for at kriteriet er opfyldt.¹¹⁹ OECD valgte ikke at adressere dette yderligere i de endelige opdateringer. *Jan Gooijer* stiller ligeledes spørgsmålet om behandlingen af delvise viderebetalinger. Han mangler, at det konkret bliver opridset, at det eksempelvis skal være hele udbyttet eller næsten hele udbyttet – kun fratrullet eventuelle gebyrer til enheden, som videregiver udbyttet.¹²⁰

Gooijer stiller sig samtidig spørgende over for om viderebetalingen skal foretages i den samme form. Det er ikke klart, hvorvidt udbytte f.eks. kan viderebetales via en intern rentebetaling. Det er endvidere ikke klart om det er op til intern ret i kildestaten eller domicilstaten at vurdere, hvornår denne forpligtelse til at videregive betalingen eksisterer.¹²¹ Iht. art. 3, stk. 2 vil det umiddelbare svar være kildestatens interne ret. *Lang* tilføjer, at der heller ikke er taget stilling til det tidsmæssige perspektiv. Hvor lang tid skal der gå fra, at udbyttet er modtaget til, at det viderebetales – for ikke at blive ramt af bestemmelsen?¹²²

Med opdateringerne er der stadigvæk flere uafklarede spørgsmål, hvor ordlyden er for åben og uspecifik til at bringe klarhed over betydningen. Ovenstående indikerer tydeligt, at der stadigvæk er flere punkter, som er op til vurdering for den enkelte domstol eller skattemyndighed i den givne stat.

3.2.5 Afgrænsning fra andre definitioner og anti-misbrugssituationer

OECD har fundet det nødvendigt at tydeliggøre ift. fortolkningen af beneficial owner, at bedømmelsen skal tage udgangspunkt i de fremsatte kommentarer i pkt. 12-12.5 – og ikke i definitionen af begrebet i andre OECD-sammenhænge.¹²³ Dette hænger nødvendigvis sammen med præciseringen omkring, at der skal anlægges en international autonom fortolkning ift. modeloverenskomsten.¹²⁴ En af interessenterne påpegede, at det vil være fordelagtigt med en mere generel og universal definition af begrebet. Arbejdsgruppen afviste denne tilgang med argumentet om, at beneficial owner i høj grad bør fortolkes i den sammenhæng, som det anvendes. En universal definition vil dermed være kompliceret at opnå.¹²⁵

Med henblik på præciseringen i pkt. 12.1 kan det næppe komme som den store overraskelse, at fortolkningen af beneficial owner ikke kan tage udgangspunkt i definitioner fra andre OECD-sammenhænge. Afgrænsning anses derfor i højeste instans for at have en yderligere tydeliggørende effekt – mens det virker

¹¹⁹ Se OECD (2012), s. 9.

¹²⁰ Se *Gooijer* (2014), s. 216-217.

¹²¹ Se *Gooijer* (2014), s. 215.

¹²² Se *Lang etc.* (2015), s. 44.

¹²³ Jf. kommentarerne pkt. 12.6. Der henvises i punktet til begrebets definition i standarden for den internationale bekæmpelse af hvidvaskning fra OECD's financial action task force, og definitionen ift. Corporate Governance og Corporate Veil fra OECD. I begge tilfælde er der tale om en fysisk person, som har den ultimative kontrol over en enhed.

¹²⁴ Jf. kommentarerne pkt. 12.1.

¹²⁵ Se OECD (2012), s. 13.

urealistisk, at en stat kunne finde på at anvende de citerede definitioner ved den internretlige fortolkning af udbytteudlodning.

At OECD har valgt at præcisere begrebets sammenhæng med andre anti-misbrugssituationer i pkt. 12.5, virker som en mere betydningsfuld distancering. OECD er således med denne tilføjelse på forkant med situationer, hvorved en skatteyder prøver at legitimere en aggressiv skatteplanlægning ud fra argumentet, at der i den givne situation er tale om et retmæssig ejer-forhold. Det bliver gjort klart, at kildelandets nedsatte beskatningsret ved udbetaling af udbytte ikke nødvendigvis bliver opretholdt kun baseret på, at beneficial owner-betingelsen er opfyldt. Andre misbrugsbestemmelser mod gennemstrømningsselskaber og andre treaty shopping situationer er ikke begrænset af beneficial owner-kravet i art 10, stk. 2.¹²⁶ Beneficial owner-betingelsen henvender sig kun til visse former for skatteundgåelse ved treaty shopping – en skatteyder kan godt rammes af andre bestemmelser adresseret mod andre former for treaty shopping.¹²⁷

3.2.6 Opdateringernes rækkevidde – dynamisk eller statisk fortolkning

Der har tidligere inden for retslitteraturen været en diskussion af, hvorvidt opdateringerne af kommentarerne i år 2003 til *beneficial owner*-begrebet, kunne kategoriseres som *ændringer* eller *præciseringer*.¹²⁸ Kategoriseringen har afgørende betydning for, om de givne opdateringer har tilbagevirkende kraft ift. ældre DBO'er (dynamisk), eller om de kun har retsvirkning over for kommende DBO'er (statisk). Ved præciseringer skal der foretages en dynamisk fortolkning. Fra interessentgruppens kommentarer til den første rapport blev det efterspurgt, at OECD udtrykte deres holdning til dette eksplicit ift. opdateringerne i 2014 – så der for fremtiden ikke herskede nogen uklarhed omkring dette fra diverse domstole og administrative skatteretlige instanser i de enkelte stater. Arbejdsgruppen gjorde det herefter klart, at de anså det som en præcisering af det eksisterende grundlag.¹²⁹

Dette må også synes rimeligt på baggrund af, at hovedvægten af opdateringerne om beneficial owner ligger i pkt. 12.4, som uddyber forståelsen af eksemplerne i de stort set uændrede pkt. 12.2 og 12.3. Det bliver ligeledes gjort klart i pkt. 12.1, at det aldrig har været intentionen, at fortolkningen skulle bygges på en

¹²⁶ Se afsnittet "3.3.3 Den spanske fortolkning af beneficial owner kontra anti-misbrugsbestemmelse", hvor en skatteyder bliver vurderet ud fra den interne nationale anti-misbrugsbestemmelse i Spanien.

¹²⁷ Se den uddybende gennemgang i afsnit "XXX" omkring mulighederne for at ramme andre anti-misbrugssituationer af gennemstrømningsselskaber i DBO, hvilket fremgår af pkt. 7-26.1 i kommentarerne til art. 1.

¹²⁸ Se *Severin Hansen* (2011) for kritik omkring, at skatteministeriets *ændrede* fortolkning af beneficial owner fra år 2003 har tilbagevirkende kraft ift. ældre DBO'er. *Lang etc.* (2013), s. 5, som ligeledes mener, at sager vedrørende DBO'er fra før ændringerne af kommentarerne i 2003 om beneficial owner bør have en mere snæver fortolkning fra domstolene end ved DBO'er indgået efter 2003. Både Østre Landsret og landsskatteretten har ved de danske beneficial owner-sager lagt til grund, at der var tale om præciseringer, se afsnittet "3.4.1.3 Vurdering af dommen".

¹²⁹ Se *OECD* (2012), s. 16.

teknisk definition fra en given stats interne ret. Tydeliggørelsen i opdateringer af, at der skal anlægges en international autonom betydning til begrebet, er således ikke en ændring, men blot en præcisering.

Diskussionen angående fortolkningen af beneficial owner-betingelsen ved udbetaling af udbytter til en "person" i en anden kontraherende stat stopper ikke med opdateringer i 2014. Det må konkluderes, at opdateringerne har været med til at afklare visse områder i fortolkningen – men der er stadigvæk uklarheder og begreber som er så åbne, at det kan føre til en diffus fortolkning fra domstolenes side. På baggrund af ovenstående om kriterierne for bedømmelsen af beneficial owner-betingelsen i OECD's modeloverenskomst, vil de kommende afsnit undersøge den praktiske fortolkningen ved konkrete sager – både i internationale såvel som danske kendelser og domme.

3.3 Begrebets fortolkning i international retspraksis

I den internationale retspraksis er fortolkningen af begrebet *beneficial owner* iht. modeloverenskomsten ved højere retsinstanser kun sparsomt behandlet. I de senere år har der dog været nogle skelsættende og udslagsgivende afgørelser på området. I nærværende afsnit er formålet, at udlede fortolkningen af beneficial owner-kriteriet ud fra faktum samt rettens begrundelser og resultater ved konkrete internationale afgørelser.¹³⁰

3.3.1 *Indofood*-dommen fra England

Dommen benævnt "*Indofood International Finance Limited vs. JP Morgan Chase Bank Na*" fra 2006 var den første, der benyttede sig af de opdaterede kommentarer fra 2003 til OECD's modeloverenskomst.¹³¹ Rettens vurdering tog således udgangspunkt i en international autonom skatteretlig fortolkning i harmoni med modellen.¹³² Det indonesiske selskab Indofood Sukses Makmur TBK (Indofood TBK) fremskaffede kapital udefra ved at udstede virksomhedsobligationer på det internationale marked – som efter intern indonesisk ret blev kildebeskattet med 20 pct. af rentebetalingerne. For at undgå denne kildebeskatning oprettede Indofood TBK datterselskabet Indofood International Finance Limited (Indofood Ltd) på Mauritius. Datterselskabet Indofood Ltd stod i stedet for udstedelsen af virksomhedsobligationerne og videreudlånte prove-

¹³⁰ Der vil løbende i noterne blive henvist til afgørelser omkring beneficial owner af både udbytter, royalties og renter for at afdække momenter ved fortolkningen af begrebet.

¹³¹ Afsagt af den britiske "Court of Appeal of England and Wales" d. 2. marts 2006 (Case A3/2005/2497). Dommen vedrørte fortolkningen af DBO'en mellem England og Indonesien fra 5. April 1993. Idet retten benyttede kommentarerne fra 2003 må det således konstateres, at opdateringen blev anset for at være en præcisering.

¹³² Se *Indofood*, Case A3/2005/2497, afsnit 42. Rapporten fra OECD om gennemstrømningsenheder blev også inddraget, se OECD (1986).

nuet fra obligationerne til Indofood TBK. I DBO'en mellem Indonesien og Mauritius blev kildebeskatningen af renterne reduceret til 10 pct.¹³³

Det fremgik af lånevilkårene, at hvis kildebeskatningen iht. DBO'en steg til over 10 pct., kunne Indofood Ltd tilbagekøbe obligationerne. Det gjaldt dog ikke, hvis Indofood Ltd kunne undgå stigningen i kildebeskatningen ud fra "*reasonable measures*". DBO'en mellem Indonesien og Mauritius blev efterfølgende ophævet, så kildebeskatningen steg til 20 pct. Med JP Morgan i spidsen for obligationsholderne hævdede de, at der blot kunne indskydes et selskab (Newco) i Holland, idet kildebeskatningen af renter kun var 10 pct. iht. DBO'en mellem Holland og Indonesien.¹³⁴

Retten tog stilling til om Newco ville være beneficial owner af renteindtægterne fra Indofood TBK.¹³⁵ Det blev gjort klart, at Newco ikke ville være den retmæssige ejer, da de blot ville anses for at være en "*administrator*" for indkomsten. Retten lagde vægt på, at en "*person*" ikke er den retmæssige ejer, hvis ejeren ikke har den fulde ret til direkte at drage fordel af indtægten. Dette krav blev ikke overholdt, idet Newco var forpligtet til at videregive alle modtagne midler til obligationsejerne – med kontraktlig udelukkelse fra at finde midlerne fra andre kilder. Retten lagde dog ikke kun den juridiske del til grund. Det blev fremhævet, at Newco ud fra substansen i både "*commercial and practical terms*" også ville være bundet.¹³⁶ Det er bemærkelsesværdigt, at retten ligeledes ligger vægt på den subjektive økonomiske tilgang til fortolkningen af kommentarerne i OECD's modeloverenskomst.¹³⁷

3.3.2 Den canadiske *Prévost Car Inc.*-sag

På vegne af den canadiske stat blev der ført appelsag imod det Canadiske selskab *Prévost Car Inc.* (*Prévost Car*), for ikke at indeholde korrekt kildeskat ved udlodning af udbytte til dets udenlandske aktionærer.¹³⁸ Faktum er, at *Prévost Car* havde udbetalt udbytte til dets hollandske aktionærer, *Prévost Holding B.V.* (Pre-

¹³³ Se *Indofood*, Case A3/2005/2497, afsnit 1.

¹³⁴ Se *Indofood*, Case A3/2005/2497, afsnit 2-3 og 5.

¹³⁵ Se *Indofood*, Case A3/2005/2497, afsnit 7. Retten tog også stilling til flere andre punkter for samlet at vurdere, om der var tale om "*reasonable measures*". Det vil ikke blive behandlet nærmere i nærværende fremstilling.

¹³⁶ Se *Indofood*, Case A3/2005/2497, afsnit 43-44. Det bemærkes, at retten ligger vægt på den *fulde* ret, som OECD i de opdaterede kommentarer i 2014 ikke valgte at medtage, se afsnittet "*3.1.5 Right to use and enjoy the dividend*".

¹³⁷ Den schweiziske "*Tribunal Fédéral*" adapterede i kendelsen d. 23. juli 2012 (Case A 1246/2011) den økonomiske *substans-over-form*-tilgang fra *Indofood*-dommen. Denne appelsag omhandler et dansk selskabs handel med futures og hedging af risiko ved opkøb af aktier i de underliggende schweiziske selskaber. Spørgsmålet var, hvorvidt det danske selskab var beneficial owner af det modtagne udbytte fra de schweiziske selskaber, idet betalingen skulle videreføres i forbindelse med future-kontrakterne. Ud fra en økonomisk substantiel fortolkning blev det danske selskab anset for beneficial owner. Herved var DBO'en mellem Danmark og Schweiz gældende, og skatteyderen blev fritaget for kildeskat

¹³⁸ Afsagt af den canadiske "*Federal Court of Appeal*" d. 26. februar 2009 (FCA case A-251-08) som en appelsag fra "*The tax Court of Canada*" d. 23 juni 2008 (TCC 231).

vost Holding); holdingselskabet havde ingen ansatte eller kontorer tilknyttet. Iht. art. 10, stk. 2 i DBO'en mellem Canada og Holland var der indeholdt en kildeskat på 5 pct. Prévost Holding betalte herefter udbytte for i omtrent det samme beløb til dets aktionærer Volvo Bussar corp. (Volvo) beliggende i Sverige og Henlys Group pls (Henlys) fra England – i overensstemmelse med retningslinjerne i aktionæroverenskomsten. Var udbyttet derimod betalt direkte til Volvo og Henlys, skulle der i overensstemmelse med de givne DBO'er være indeholdt henholdsvis 15 og 10 pct. kildeskat. Den Canadiske stats standpunkt var, at Volvo og Henlys var de beneficial owners af udbyttet – og der derved var indeholdt for lidt kildeskat.¹³⁹

Den canadiske stat førte appel på baggrund af, at den tidligere kendelse var fortolket på et forkert grundlag. Fortolkningen var efter deres overbevisning bygget på betydningen inden for common law i Canada – ikke den betydning begrebet har i civil law og international ret. Deres fortolkning af begrebet var, at den "person" som rent faktisk *kan* få de ultimative fordele af udbyttet, er den retmæssige ejer.¹⁴⁰

Retten gjorde gældende, at den ankede kendelse ved den foregående retsinstans var fortolket korrekt. Vurderingen af beneficial owner blev fastlagt til både at inkludere den ordinære betydning, den tekniske betydning under common law, civil law, hollandsk ret – så længe dette ikke direkte var modstridende med fortolkningen i OECD's model.¹⁴¹ Retten fandt herved, at der ved fortolkningen af begrebet *beneficial owner* blandt andet skal ligges vægt på den originale betydning ved introduktionen af OECD fra 1977 i modellen. Opdateringerne af kommentarerne i 2003 skulle ligeledes ligges til grund i den udstrækning, at opdateringerne var med til at udlede betydning – og ikke var modstridende med den oprindelige forståelse af begrebet.¹⁴² Der bliver herved ikke endegyldigt taget stilling til rækkevidden af alle opdateringer i 2003 ift. ældre DBO'er. Imidlertid anvendes de opdaterede kommentarer fra 2003 efterfølgende – hvilket indikerer, at retten ikke mener, at de er modstridende med den oprindelige forståelse.

Retten lagde vægt på, at den retmæssige ejer er den "person", som modtager udbyttet for sin egen "*use and enjoyment*" ved at påtage sig risikoen og kontrollen over udbyttet. Det blev fremhævet, at et selskab kun anses for, at være en "*conduit*" (gennemstrømningsenhed), hvis selskabet absolut har intet skøn – med hensyn til anvendelse af midlerne eller iht. en anden "persons" anvisninger ikke har ret til at gøre andet, end denne "person" instruerer.¹⁴³

¹³⁹ Se *Prévost, FCA case A-251-08*, afsnit 2-3.

¹⁴⁰ Se *Prévost, FCA case A-251-08*, afsnit 6-7 og 15.

¹⁴¹ Det bemærkes, at denne tilgang til fortolkningen efter opdateringerne i 2014 af modellens pkt. 12.4 til art. 10 højst sandsynligt ikke vil fremkomme igen. Se afsnittet "3.2.2 Intern national kontra autonom kontekstuel fortolkning".

¹⁴² Se *Prévost, FCA case A-251-08*, afsnit 8-12.

¹⁴³ Se *Prévost, FCA case A-251-08*, afsnit 13.

Denne fortolkning fra retten førte til den retsfølge, at appellen blev afvist, og at Prévost Holding stadigvæk blev anset for beneficial owner af udbyttet efter art. 10, stk. 2. Det blev ikke fundet bevidst, at Prévost Holding kun agerede som en "conduit" for Volvo og Henlys. Hverken Volvo eller Henlys havde sanktionsmuligheder mod Prévost Holding, såfremt de ikke udloddede udbyttet. Prévost holding var ikke forpligtet til, at udbetale udbyttet og overholdt ikke kriteriet for at være en "conduit". De var ikke en del af den udarbejdede aktionæroverenskomst, hvor udbyttepolitikken var nedfældet.¹⁴⁴

Ud fra denne afgørelse kan det konkluderes, at holdingselskaber ikke uden videre er afskåret fra at være beneficial owner. Det er ikke nok, at "personer" som ejer holdingselskabet *kan* få de ultimative fordele – holdingselskabet må ikke have ret til at anvende eller gøre andet med udbyttet, end netop det, som "personerne" instruerer.¹⁴⁵ Afgørelsen anvender derfor ikke beneficial owner-kravet, som et anti-abuse-værktøj. Endvidere er det fremtrædende, at der benyttes en juridisk/kontraktmæssig tilgang og ikke en økonomisk substantiel fortolkning af begrebet. Denne tilgang er ikke overraskende, idet Canada følger common laws retstraditioner – hvilket fortolkningen bærer præg af.¹⁴⁶

3.3.3 Den spanske fortolkning af beneficial owner kontra anti-misbrugsbestemmelse

I Spanien blev der i 2009 afsagt en kendelse, hvor beneficial owner i første omgang blev vurderet ud fra en anti-misbrugssynsvinkel.¹⁴⁷ Sagen omhandlede et spansk selskab, ejet af et selskab beliggende i England. Det engelske selskab var ejet af fysiske personer hjemmehørende i De Forenede Arabiske Emirater (FAE). Det spanske selskab udbetalte € 1,8 mio. i udbytte til det engelske selskab – Som fire måneder herefter udloddede € 1,45 mio. til de fysiske personer i FAE.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Se *Prévost*, FCA case A-251-08, afsnit 16.

¹⁴⁵ Dette er i overensstemmelse med den i af OECD udarbejdede rapport om gennemstrømningsenheder, se *OECD* (1986).

¹⁴⁶ "The tax Court of Canada" afsagde i 2012 en kendelse vedrørende beneficial owner af royalties, der bygger videre på flere af de samme pointer som sagen med *Prévost*. Denne sag vedrørte det canadiske selskab Velcro Canada Inc. (Case TCC 57/2012), som betalte royalty til et holdingselskab i Holland, der viderebetalte dette til en "person" beliggende i De Nederlandske Antiller. Det hollandske holdingselskab blev anset for beneficial owner ud fra samme argumentation som ved *Prévost*-sagen. Der blev lagt vægt på det juridiske omkring, at holdingselskabet selv havde kontrollen og risikoen samtidig med, at de ikke var forpligtet til at følge andre "personers" instrukser. Som tilføjelse til *Prévost*-sagen blev der også lagt vægt på, at det ikke var det samme beløb, der blev viderebetalt af holdingselskabet.

¹⁴⁷ Afsagt af "Tribunal Económico Administrativo Central" d. 28. September 2009 (Case RG 1481/2007). Da kendelsen er afsagt på spansk vil der for at undgå forkerte sproglige fortolkninger ved oversættelse, anvendes et resume på Engelsk, der er udarbejdet af IBFD.

¹⁴⁸ Se *Resume Case RG 1481/2007*, s. 1.

Den spanske skattemyndighed afviste, at udbyttebetalingen fra det spanske selskab var undtaget fra beskatning iht. PSD på baggrund af en intern bestemmelse angående anti-misbrug.¹⁴⁹ Ud fra en økonomisk substantiel argumentation kom retten frem til, at anti-misbrugsbestemmelsen var gældende, og PSDs fordele herved var ugyldige.¹⁵⁰ Retten valgte *ex officio*¹⁵¹ at tage stilling til, hvorvidt DBO'en mellem Spanien og England kunne anvendes til at reducere kildeskatten til 10 pct. Det afgørende var, om det engelske selskab var beneficial owner. Retten mente ikke, at det engelske selskab kunne anses som beneficial owner. Begrundelsen var, at selskabet fungerede som en mellemmand, en administrator eller en "person", der modtager indkomst på vegne af en anden ultimativ ejer.¹⁵²

Det er tydeligt, at fortolkningen af kommentarerne i OECD's modeloverenskomst her er mere restriktive for skatteyderen. Ligesom ved argumentationen for anti-misbrugsbestemmelsen ligger retten vægt på det substantielle ved bedømmelsen af beneficial owner-kriteriet. Samtidig fastslås det, at fortolkningen af begrebet *beneficial owner* skal ses i lyset af det faktum, at det anses for at være en bred foranstaltning mod generelle anti-misbrugssituationer. Tilgangen følger den generelle tendens fra de spanske retsinstanser efter den såkaldte *Real Madrid F.C.*-dom i 2006.¹⁵³

Ud fra ovenstående indblik i vurderingerne af beneficial owner i konkrete sager er det indlysende, at fortolkningen fra de enkelte stater er divergerende. Ved fastsættelse af gældende ret i Danmark, bliver der ikke desto mindre ved argumenterne for afgørelserne henvist til momenterne fra den internationale praksis.

3.4 Beneficial owner-sager i dansk domspraksis

Nærværende afsnit gennemgår de danske beneficial owner-sager i relation til udbytte som bidrag til fortolkningen af begrebet *beneficial owner* i intern dansk skatteret. For de enkelte sager er hensigten 1) at identificere faktum i de enkelte problemstillinger, 2) at identificere parternes argumenter og de momenter,

¹⁴⁹ Tilgangen vedrørende, at anvende en intern misbrugs klausul ved siden af beneficial owner er i overensstemmelse med de nuværende retningslinjer fra OECD i pkt. 12.5, se afsnittet "3.2.5 Afgrænsning fra andre definitioner og anti-misbrugssituationer".

¹⁵⁰ I PSD fremgik det i art. 1, stk. 2 inden indførelsen af den obligatoriske misbrugs klausul – at direktivet ikke er til hinder for interne bestemmelse imod svig og misbrug, se afsnittet "4.1. Obligatorisk omgørelses klausul i PSD".

¹⁵¹ Begrebet dækker over, at retten tager stilling til et område – uden at dette er blevet opfordret fra nogen af parterne.

¹⁵² Se *Resume Case RG 1481/2007*, s. 2.

¹⁵³ "Audiencia Nacional" afsagde en dom d. 18. Juli 2006 omkring royalty betaling for image rettigheder fra den spanske fodboldklub Real Madrid F.C. til et ungarsk selskab (Case 1110/2003). 99 pct. af betalingen blev videreført til et hollandsk selskab. Det ungarske selskab blev af retten ikke anset for at være den retmæssige ejer med begrundelsen, at konceptet skal fortolkes som en bred anti-misbrugsbestemmelse. Det blev kun vurderet ud fra en økonomisk fortolkning, hvorimod den juridiske ret til royaltybetalingen ikke blev inddraget. Retten lagde samtidig vægt på, at de anså denne fortolkning for at være i overensstemmelse med OECD's internationale autonome fortolkning.

der er lagt vægt på ved de retningsgivende kendelser og den enkeltstående dom¹⁵⁴ samt 3) at vurdere og kommentere på retsfølgen. Der vil blive kastet lys over de områder, som har relevans ift. afhandlingens fokus. Det vil sige, hvornår et udenlandsk holdingselskab ikke anses som retmæssig ejer, og der dermed opstår begrænset skattepligtigt til Danmark af udbyttet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c.¹⁵⁵

3.4.1 SKM.2012.121.ØLR

Den første landsrets afgørelser med henblik på beneficial owner-problematikken blev afsagt d. 20. december 2011 ved SKM.2012.121.ØLR.¹⁵⁶ Det er til dato fortsat den eneste af flere verserende ankede sager fra de danske skattemyndigheder, som er behandlet ved de danske domstole.

3.4.1.1 Sagens faktum

Sagen vedrørte spørgsmålet om indeholdelse af dansk kildeskat på udgående udbytte fra et dansk selskab til et selskab beliggende i Luxembourg.¹⁵⁷ Selskabsstrukturen var en – for private equity fonde – typisk anvendt opkøbsstruktur for skatteoptimering via LBO.¹⁵⁸ Den konkrete sag omhandlede en række kapitalfondes overtagelse af en dansk koncern.¹⁵⁹ I forbindelse med dette blev der indskudt fire holdingselskaber mellem private equity investorerne (PE Fond) og det danske targetselskab (A A/S) illustreret i *Figur 3* – hvoraf de to øverste (H S.á.r.l. og H1 S.á.r.l.) var beliggende i Luxembourg og de to nederste (S A/S og D A/S) var hjemmehørende i Danmark. Den eneste aktivitet i holdingselskaberne var at eje og finansiere deres datterselskab.

¹⁵⁴ Se SKM.2012.121.ØLR.

¹⁵⁵ I afgørelserne bliver der i relation til retmæssig ejer i flere tilfælde stillet spørgsmål omkring retsreglernes konformitet med EU-retten (TEUF art. 49). Desuden bliver hæftelseskravet til det danske selskab jf. KSL § 69, stk. 1 fremlagt for at afklare, hvorvidt der er udvist forsømmelighed ved manglende indeholdelse af kildeskat. I både SKM.2011.59.LSR, SKM.2011.485.LSR og SKM.2012.409.LSR kommer landsskatteretten frem til, at det danske selskab hæfter for manglende indeholdelse af kildeskat på renter. Grundet afhandlingens hovedfokus, vil der ikke blive lagt væg på denne del i dybden ved gennemgangen og analysen af de enkelte sager.

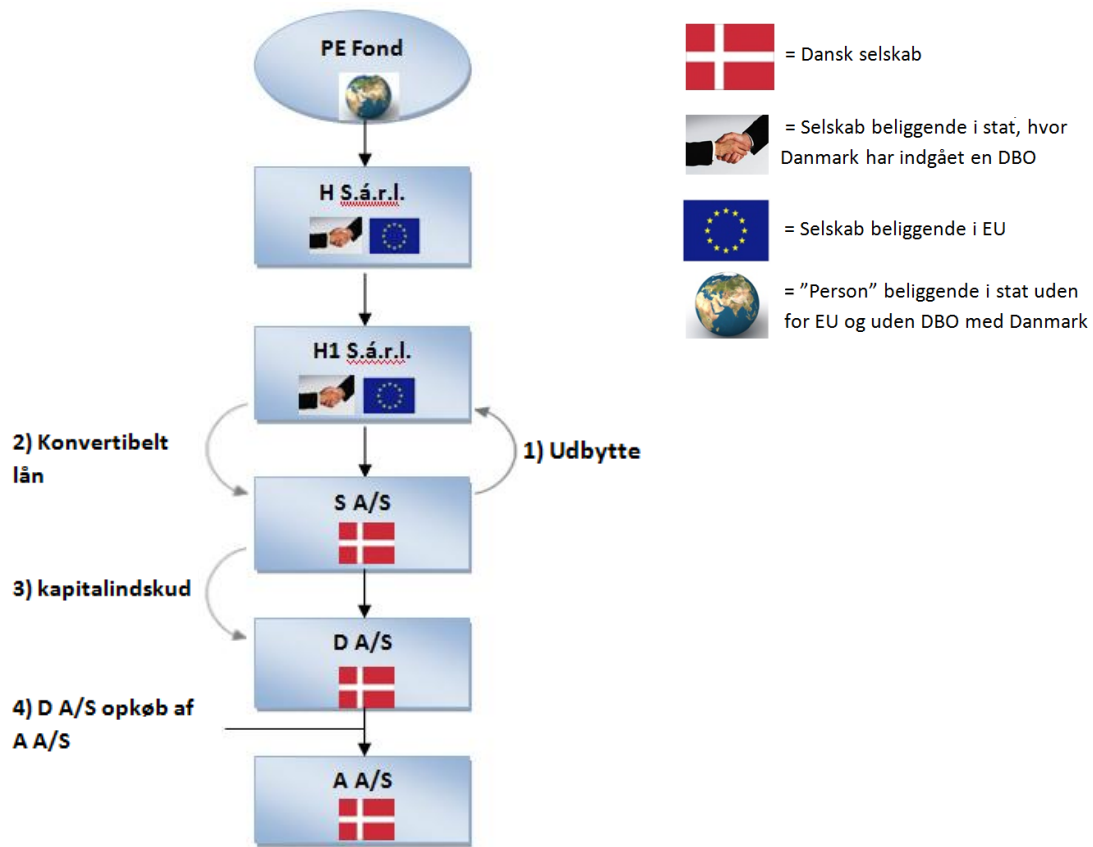
¹⁵⁶ Dommen var en anke fra skatteministeriet angående SKM.2010.268.LSR.

¹⁵⁷ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65, stk. 1 og 5.

¹⁵⁸ LBO-transaktioner henviser til en højt gearet opkøbsmodel, hvor investorerne inden for en årrække ønsker at videregøre virksomheden/selskabet igen for at opnå fortjeneste.

¹⁵⁹ Kapitalfondene var udgjort af Limited Partnerships i Delaware, Guernsey, Tyskland og Bermuda. De umiddelbare investorer var flere hundrede institutionelle investorer – herunder pensionskasser, pengeinstitutter, investeringsforeninger, andre kapitalfonde, en række selskaber og hundredvis af privatpersoner.

Figur 3: Koncernstruktur SKM.2012.121.ØLR



Det danske holdingselskab S A/S blev stiftet ved kontantindskud. I umiddelbar forlængelse heraf blev det på den ordinære generalforsamling besluttet, at en væsentlig del af den indskudte kapital (5.544 mio. kr.) i S A/S skulle udloddes som udbytte til luxembourgske H1 S.á.r.l. (1). Et beløb approksimativt svarende til det deklarerede udbytte blev herefter lånt tilbage til S A/S fra H1 S.á.r.l., via henholdsvis et konvertibelt og et ikke-konvertibelt lån (2). Ved årets udgang blev det konvertible lån konverteret til egenkapital.¹⁶⁰ Endvidere blev provenuet fra lånene anvendt til et kapitalindskud fra S A/S til D A/S (3). Kapitalen anvendte D A/S til at opkøbe det danske targetselskab A A/S (4).¹⁶¹

Skatteministeriets påstand – som blev afvist i landsskatteretten ved SKM.2010.268.LSR – var, at H1 S.á.r.l. ikke var retmæssig ejer af udbyttet fra S A/S. Skatteministeriet nedlagde på den baggrund påstand om, at S

¹⁶⁰ Det konvertible lån udgjorde den overvejende hovedpart af provenuet (5.500 ud af 5.537 mio. kr.), hvorfor fokus er på det konvertible lån.

¹⁶¹ Denne opkøbsstruktur skal ses i lyset af en såkaldt kapitaltilførselsafgift i Luxembourg. For at undgå denne kapitaltilførselsafgift kunne det luxembourgske selskab ikke indskyde kapitalen "fra oven". Opkøbsstrukturen tilgodeså ligeledes asymmetrien imellem de danske og luxembourgske skatteregler ift. kategorisering af henholdsvis renter og udbytte. Udnyttelse af denne asymmetri – benævnt hybrid finansiering – medførte, at rentebetalingerne var fradragsberettiget i Danmark, imens afkastene blev betragtet som skattefrie udbytter i Luxembourg. På daværende tidspunkt var SEL § 2 B ikke indført i intern dansk skatteret – som i dag har lukket hullet for denne skattemæssige udnyttelse.

A/S var pligtig til at indeholde udbytteskat på 1.552 mio. kr.¹⁶² Det er oplyst, at det luxembourgske selskab har registreret adresse i Luxembourg, ingen ansatte har og ledes af et "board of managers", der er identisk med S A/S. Ydermere oplyses det, at den daglige administration foretages af kapitalfondens administrationselskab.

3.4.1.2 Parternes argumenter og afgørelsen fra Østre Landsret

Skatteministeriets synspunkt var, at H1 S.á.r.l. skulle anses for at være et gennemstrømningselskab, idet de bagvedliggende ejere, som ultimativt modtog udbyttet, må antages at være hjemmehørende i et ikke EU-land uden en DBO med Danmark. Argumentationen for dette hviler på, at et gennemstrømningselskab er kategoriseret ved, at den formelle beløbsmodtager mangler beføjelser til selv at råde over de udbetalte beløb; det er således udelukkende de bagvedliggende ejere i PE Fond som råder over det indkommende beløb. Skatteministeriet henviser såvel til kommentarerne i OECD's modeloverenskomst opdateret i 2003 som den af OECD udarbejdede rapport om gennemstrømningsenheder.¹⁶³

Der bliver endvidere lagt vægt på, at holdingselskabet ikke har nogen mulighed for at disponere på anden måde end fastlagt af ejerne. Skatteministeriet anser det ikke for afgørende, at udbyttet ikke umiddelbart er videreført til de bagvedliggende ejere. Afgørende er, at H1 S.á.r.l. anses for at agere som en ren administrator, da de bagvedliggende ejer allerede på forhånd havde besluttet, at udbytteudlodning skulle finde sted. Skatteministeriet henviste samtidig til en schweizisk højesteretsdom fra 2005. I den givne case kunne DBO'en mellem Schweiz og Danmark ikke anvendes ved en udbytte udlodning fra et schweizisk selskab til et dansk holdingselskab.¹⁶⁴

På den anden side fremlægger skatteyderen, at de ikke er indeholdelsespligtig af kildeskat til Danmark af udbyttet, da H1 S.á.r.l. er retmæssig ejer. Argumentationen bygger på, at H1 S.á.r.l. nødvendigvis ikke kan kategoriseres som en gennemstrømningsenhed, idet der på intet tidspunkt er udloddet udbytte til de bagvedliggende ejere i PE Fond. Det fremgår tydeligt i både kommentarerne og OECD-rapporten om gennemstrømningsenheder, at det kræver, at der er en anden "person", der rent faktisk modtager det pågældende

¹⁶² Beløbet svarer til 28 pct. af udbytteudlodningen på 5544 mio. kr. Procentsatsen er – som nævnt indledningsvist – i dag nedsat til 27 pct.

¹⁶³ Se OECD (1986).

¹⁶⁴ Afsagt af "Tribunal Fédéral" d. 28. november 2005 (Case 2a.239/2005). Det bemærkes, at den schweiziske dom ikke omhandler beneficial owner ift. OECD's modeloverenskomst art 10, stk. 2 og de tilhørende kommentarer. Det kan undre, at skatteministeriet henviser til denne dom, når de forinden redegør for, at vurderingen af H1 S.á.r.l. skal tage udgangspunkt i OECD's opdaterede kommentarer fra 2003 omkring beneficial owner. Dommen fra Schweiz omhandler anti-misbrugsbestemmelsen i pkt. 7-26.1 i kommentarerne til art. 1. Med henvisning til Wienerkonventionen om traktatretten art. 31 om, at fortolkningen af DBO'en skal foretages "in good faith", blev der i den givne case vurderet, at der forelå en misbrugssituation. Det danske holdingselskab havde ingen økonomisk aktivitet og blev derfor dømt for udelukkende at være etableret med henblik på opnåelse af overenskomstmæssige fordele.

udbytte.¹⁶⁵ Det er først relevant at diskutere, hvem der er beneficial owner, hvis udbyttet reelt er viderekanaliseret.

Østre Landsrets resultat blev en stadfæstelse af landsskatterettens kendelse i *SKM.2010.268.LSR* til fordel for skatteyderen ud fra, hvad der må kategoriseres som en klar og utvetydig begrundelse.

Det første, som bliver fremhævet, er at vurderingen af beneficial owner skal fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse af begrebet på baggrund af kommentarerne i OECD's modeloverenskomst. Ligeledes bliver det konkluderet, at de opdaterede kommentarer fra 2003 skal ligges til grund for dette – Østre Landsret mente, at kommentarerne har karakter af præciseringer og ikke ændringer. I dommen bliver det desuden fremhævet, at:

"(...) tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Denne forudsætning er ikke opfyldt i denne sag. Det af A A/S udbetalte udbytte er således ikke ført videre af S S.à.r.l., men er tværtimod tilbageført som et lån til A A/S."

Ligesom skatteyderen fremhævede, er det afgørende, om udbyttet er blevet videreført til de bagvedliggende ejere – for at fastlægge om der overhovedet kan være tale om et gennemstrømningsselskab. Hvis udbyttet ikke er videreført, kan det ikke komme den retmæssige ejer til gode. Herefter statuerede landsretten, at de resterende betingelser for vurdering af beneficial owner ikke er relevant at tage stilling til i den givne case.

3.4.1.3 Vurdering af dommen

Det første, som kan konkluderes, er, at sagen er en særdeles uhensigtsmæssig prøvesag ved domstolene omkring beneficial owner – idet sagens faktum er atypisk. Det kan undre, hvorfor SKAT har udvalgt netop denne case som prøvesag.¹⁶⁶ Faktum i sagen er atypisk, fordi udbyttet ikke bliver videreudloddet. Landsretten pointerer på det kraftigste, at SKAT gør fejl i at vurdere begrebet *gennemstrømningsenhed* uden hensyntagen til, om udbyttet er videreført til de bagvedliggende ejere. Udbyttet skal være ført videre eller som minimum være bestemt til at skulle videreføres.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Jf. pkt. 12.3 i kommentarerne til art. 10 (fremgik på daværende tidspunkt efter opdateringerne i 2003 i pkt. 12.1).

¹⁶⁶ Se *Bundgaard* (2012), s. 6, som ligeledes sætter spørgsmålstegn omkring det formålstjenlige ved, at denne sag anvendes som første prøvesag ved domstolene.

¹⁶⁷ Denne del af afgørelsen er relevant for private equity-branchen. Her anvendes ofte konstruktioner, hvor udbyttet ikke blive brugt til videreudlodning til de ultimative ejer, men i stedet anvendt til afdrag på bankgæld i holdingselskabet, se *Lang etc.* (2013), s. 98.

Da landsretten herefter ikke tager stilling til de resterende betingelser, vurderes dommen ikke endegyldigt, at afklare den danske retstilstand angående fortolkningen af begrebet *beneficial owner*. Dette standpunkt støttes af *Hans Severin Hansen etc.*, der mener, at denne dom ikke vil blive afgørende ift. kommende danske domme på området, idet udbyttet – modsat i de ankede kendelser fra landsskatteretten – ikke bliver videreudloddet.¹⁶⁸ *Jakob Bundgaard* pointerer ligeledes, at der ikke kan udledes præcise retningslinjer på baggrund af, at dommen ikke tager stilling til de konkrete bedømmelseskriterier omkring *beneficial owner*, da der foreligger en ”*Allerede fordi afgørelse*”.¹⁶⁹ Imidlertid er der uomtvisteligt nogle forhold vedrørende fortolkningen af begrebet – som kan udledes af dommen – der er værd at fremhæve.

Østre Landsret tilslutter sig synspunktet om, at der skal foretages en autonom international skatteretlig fortolkning af *beneficial owner*-begrebet.¹⁷⁰ Der henvises konkret til *Indofood*-dommen fra England i 2006, hvor der blev anvendt en international fortolkning af begrebet.¹⁷¹ *Thomas Booker* fremhæver, at landsretten ikke alene vedkender sig en international autonom fortolkning – med den eksplicitte henvisning til *Indofood* tillægges der samtidig en *substans-over-form*-tilgang til fortolkningen.¹⁷² Hvorvidt dette kan udledes af henvisningen ift. den danske retspraksis er stadigvæk tvivlsomt, eftersom den økonomiske substantielle tilgang ikke er nævnt. Det kan dog ikke endegyldigt afvises, at domstolen ved senere afgørelser vil komme til denne konklusion. *Bundgaard* bakker op om, at der stadigvæk er en betydelig usikkerhed ved fastlæggelsen af den autonome fortolkning af *beneficial owner* – hvorfor udfaldet i fremtidige danske sager er vanskelig at forudsige.¹⁷³

Endvidere slår Østre Landsret fast, at der skal foretages en dynamisk fortolkning af kommentarerne i OECD’s modeloverenskomst ift. DBO’er af ældre dato.¹⁷⁴ I den givne sag omhandlede det DBO’en mellem Danmark og Luxembourg fra 1980. Denne antagelse om, at kommentarerne i 2003 har karakter af præciseringer har – som tidligere nævnt – været diskuteret inden for retslitteraturen.¹⁷⁵ Det er værd at bemærke, at landsretten i sin begrundelse decideret tager stilling til, at de opdaterede kommentarer ikke har ændret på forståelsen, siden OECD i 1977 indførte betingelsen om *beneficial owner*. Der bliver samtidig igen henvist til *Indofood*-dommen, hvor de opdaterede kommentarer fra 2003 for første gang blev anvendt ved en

¹⁶⁸ Se *Severin Hansen etc.* (2013), s. 196.

¹⁶⁹ Se *Bundgaard* (2012), s. 7.

¹⁷⁰ Der er ved flere kendelser fra landsskatteretten lagt vægt på den internationale autonome fortolkning af begrebet fra OECD’s modeloverenskomst, se *SKM.2011.57.LSR*, *SKM.2011.485.LSR*, *SKM.2012.26.LSR* og *SKM.2012.409.LSR*.

¹⁷¹ Se afsnittet ”3.3.1 *Indofood*-dommen i England”.

¹⁷² Se *Booker* (2012), s. 73.

¹⁷³ Se *Bundgaard* (2012), s. 7.

¹⁷⁴ Dette har landsskatteretten tilsvarende lagt for grund ved andre kendelser om *beneficial owner*, se *SKM.2011.57.LSR*, *SKM.2011.485.LSR*, *SKM.2012.26.LSR* og *SKM.2012.409.LSR*.

¹⁷⁵ Se afsnittet ”3.2.6 *Opdateringernes rækkevidde – dynamisk eller statisk fortolkning*”.

højere retsinstans. Det er utvivlsomt, at kommentarerne i OECD's modeloverenskomst også for fremtiden vil blive inddraget i beneficial owner-sager.¹⁷⁶

Landsretten fandt det uforholdsmæssigt i den givne sag konkret at tage stilling til, om kontrollen over H1 S.á.r.l. fra de bagvedliggende ejere i PE Fond var nok til at statuere, at H1 S.á.r.l. er et gennemstrømningselskab – dog kan visse kriterier for gennemstrømningsenheder alligevel udledes. Dommen fremsætter nogle principielle udtalelser omkring, hvornår et udbyttmodtagende holdingselskab ikke er retmæssig ejer. Det bliver pointeret, at et holdingselskab ikke som udgangspunkt mister sin ret som beneficial owner.¹⁷⁷ I dommen lyder:

”For at et sådant mellemholdingselskab ikke kan anses for retmæssig ejer, må det kræves, at ejeren udøver en kontrol med selskabet, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner (...)”

I denne del kan det konkluderes, at holdingselskaber – hvor ledelsen selskabsretligt er beføjede til at råde over selskabet – ikke uden videre mister retten til at være den retmæssige ejer. Således kræver det yderligere, at kontrollen med holdingselskabet ligger udover den sædvanlige koncernstyring. *Booker* fremhæver, at dommens kriterier herved lægger vægt på, at ejernes sædvanlige koncernstyring over et holdingselskab ikke indikerer, at holdingselskabet er stiftet modstridende med formålet for OECD's modeloverenskomst.¹⁷⁸ Yderligere konstateres det i afgørelsen, at beneficial owner-bestemmelsen ikke dækker enhver form for misbrug – i overensstemmelse med kommentarerne i modellen og rapporten om gennemstrømningsenheder. Det fremhæves dermed, at fortolkningen ikke bygger på en generel anti-misbrugstilgang – bedømmelsen af holdingselskaber ud fra beneficial owner-kriteriet er mindre restriktiv for skatteyderen.¹⁷⁹ Som *Tommy Christiansen* berettiget understreger, er det dog stadigvæk et åbent spørgsmål, hvad det konkret kræ-

¹⁷⁶ Når landsretten i denne sag anså kommentarerne fra 2003 for præciseringer, vil de nyeste opdateringer af kommentarerne i 2014 tilsvarende ved en fremtidig dansk retssag åbenlyst blive anvendt dynamisk.

¹⁷⁷ Retningslinjerne i dommen lægger sig herved i nogen grad op af den canadiske *Prévost*-afgørelse. Her bliver det tilsvarende fremhævet, at holdingselskaber ikke uden videre er afskåret fra at være beneficial owner. Imidlertid var der i denne sag fokus på, hvorvidt holdingselskabet juridisk havde ret til at bruge eller anvende udbyttet uden instrukser fra en anden ”person”, se afsnittet ”3.3.2 Den canadiske *Prévost Car Inc.*-sag”.

¹⁷⁸ Se *Booker* (2013), s. 165. Formålet med OECD's modeloverenskomst henviser i denne situation til skatteudnyttelse og skatteunddragelse.

¹⁷⁹ Dette står i skarp kontrast til fortolkningen i Spanien, som ikke tillægger den juridiske, selskabsretlige vurdering nogen vægt. Fortolkningen efter spansk retspraksis i højere grad restriktiv for skatteydere, idet der tillægges begrebets fortolkning en bredere anti-misbrugstilgang ud fra en substantiel vurdering, se afsnittet ”3.2.3 Den spanske fortolkning af beneficial owner kontra anti-misbrugbestemmelse”.

ver for at anse, at ejeren af et holdingselskab udøver en kontrol udover den sædvanligt forekommende planlægning og styring på koncernplan.¹⁸⁰

Skatteministeriet offentliggjorde skriftligt i en kommentering af afgørelsen, at de ikke ønskede at anke dommen til højesteretten. Det skyldes det faktum, at der er tale om en klar dom, som hviler på, at der er en ufravigelig forudsætning for at nægte overenskomstfordele ved beneficial owner-sager; udbyttet skal være ført videre eller med sikkerhed være bestemt til dette.¹⁸¹ Da denne forudsætning ikke er opfyldt i den givne case, konkluderer skatteministeriet, at en anke til højesteretten næppe fører til en yderligere afklaring af retstilstanden omkring beneficial owner. Skatteministeriet opridser herefter en række uafklarede spørgsmål på baggrund af dommen. Landsretten tog ikke stilling til, hvorvidt H1 S.á.r.l. – såfremt det ikke var retmæssig ejer iht. DBO'en mellem Danmark og Luxembourg – alligevel havde ret til skattefrihed efter PSD.¹⁸² Endvidere er det uafklaret, om der foreligger en skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft.

Endelig konkluderes det ligeledes fra skatteministeriet, at der stadigvæk er uafklaring på området i situationer, hvor der reelt sker en videreførelse. Denne situation bør – efter skatteministeriets overbevisning – prøves ved domstolene.¹⁸³

3.4.2 SKM2012.26.LSR

Landsskatteretten tog ved *SKM2012.26.LSR* d. 6. december 2011 stilling til, hvorvidt et dansk selskab var indeholdelsespligtig af kildeskat vedrørende udbytte betalt til moderselskabet beliggende på Cypern.

3.4.2.1 Sagens faktum

Sagen omhandlede et dansk selskab – Danmark ApS – som var en del af en større MNE. Ejerforholdet er som illustreret i *Figur 4*. Danmark ApS var indtil september 2005 ejet af Bermuda Ltd. beliggende i Bermuda – og Bermuda Ltd. var ejet af koncernens ultimative moderselskab: Det børsnoterede, amerikanske selskab USA Inc. Såfremt Danmark ApS havde udbetalt udbytte til Bermuda Ltd., ville det blive pålagt en kildeskat

¹⁸⁰ Se *Christiansen* (2012), S. 4.

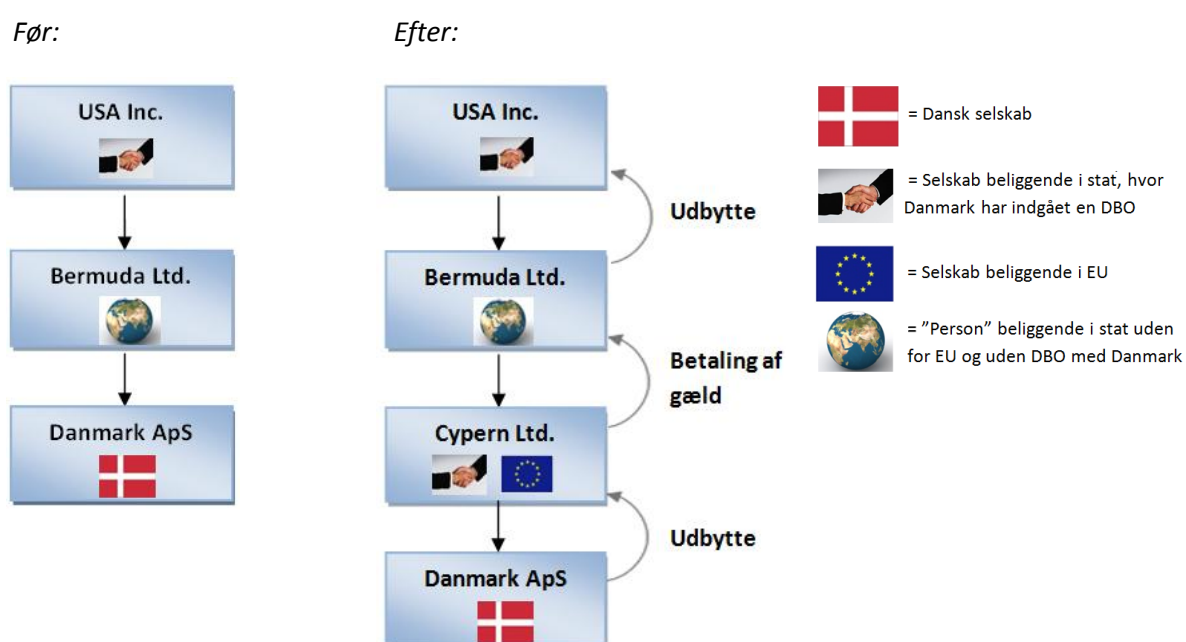
¹⁸¹ Se *SKM.2012.100.SKAT*. Skatterådet bekræftede denne holdning i *SKM.2012.320.SR* af 22. maj 2012, hvor udbyttet i en lignende situation ikke blev videreudloddet, og det modtagende selskab herved ikke kunne nægtes overenskomstbeskyttelse.

¹⁸² Se afsnittet ”4.1 Obligatorisk omgængelsesklausul i PSD” om muligheden for tilsidesættelse af direktivet efter indførslen af den obligatoriske omgængelsesklausul.

¹⁸³ Afledt af den netop gennemgåede udbyttesag (*SKM.2012.121.ØLR*, tidligere *SKM.2010.268.LSR*), blev der ligeledes i landsskatteretten ved *SKM.2010.729.LSR* taget stilling til, om H1 S.á.r.l. var retmæssig ejer af rentebetalinger fra S A/S. Sagens faktum er således identisk med den gennemgåede sag – hvilket, ikke overraskende, førte til, at rentebetalinger fra det danske selskab blev behandlet nøjagtig på samme vis som udbytteudlodningen. Skatteministeriet og skatteyderen førte grundlæggende den samme argumentation – blot med henvisning til rente-/royaltydirektivet. Landsskatteretten gav skatteyderen medhold, så S A/S ikke var indeholdelsespligtig af kildeskat på rentebetaling – argumentet var at rentebetalingerne ikke blev viderekanaliseret til de bagvedliggende ejere i PE Fond.

på 28 pct.¹⁸⁴ I september 2005 blev det cypriotiske selskab Cypern Ltd. stiftet og herefter via en koncernintern omstrukturering indskudt mellem Bermuda Ltd. og Danmark ApS.¹⁸⁵ Cypern Ltd. købte alle anparterne i Danmark ApS for ca. 670 mio. kr. Kort tid efter udloddede Danmark ApS udbytte på omtrent 566 mio. kr. til Cypern Ltd., som anvendte de modtagne midler til at betale af på gælden til Bermuda Ltd. Denne gæld stammede fra opkøbet af det danske selskab. I oktober 2006 udbetalte Danmark ApS igen udbytte til Cypern Ltd. – denne gang på tilnærmelsesvis 92 mio. kr. – der ligeledes blev videreført til afbetaling på gælden til Bermuda Ltd.

Figur 4: Koncernstruktur SKM.2012.26.LSR



Om Cypern Ltd. kan det berettes, at de hverken havde lokaler eller personale til rådighed, og dets væsentlige funktion var ifølge regnskabet at eje kapitalandelene i dets datterselskab. Det er oplyst, at Bermuda Ltd. ejer alle de immaterielle aktiver, som er nødvendige for produktionen og markedsføringen af produkter uden for USA.

3.4.2.2 Parternes argumenter og Landsskatterettens afgørelse

Skatteministeriet gør gældende, at Cypern Ltd. ikke har været beføjet til at træffe selvstændige ledelsesbeslutninger om disponering over udbyttet; hvorfor selskabet er uden nogen reel substans. Det er skattemini-

¹⁸⁴ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65, stk. 1 og 5. På nuværende tidspunkt er procentsatsen 27 pct.

¹⁸⁵ Det danske selskab solgte som en del af omstruktureringen sine anparter i et hollandsk selskab, D Holland B.V., til et koncerninternt søsterselskab benævnt H Holland B.V. for omtrent 105 mio. kr. Dette faktum vurderes ikke til at have afgørende relevans for kendelsen i denne sag.

steriets overbevisning, at det ikke bør tillægges afgørende vægt, at der ikke kan påvises en formel, retlig forpligtelse. Det er selskabet, der skal løfte bevisbyrden for det modsatte. Der argumenteres hermed for, at beskatningen ikke skal frafalde efter DBO'en mellem Danmark og Cypern. Det påpeges ligeledes, at skatteyderen ikke kan påberåbe sig frafald af beskatning iht. PSD.¹⁸⁶

Det danske selskab er uenig i påstanden om, at beskatningen ikke skal frafalde ifølge såvel DBO'en mellem Danmark og Cypern som PSD. I Danmark er der ikke indført en misbrugsbestemmelse, som den daværende art. 1, stk. 2 i PSD gav medlemsstater mulighed for. Misbrug i intern dansk skatteret kan kun vurderes ud fra princippet om rette indkomstmodtager – hvilket ikke kan tilsidesætte udbytteudlodningen til det i juridisk forstand gyldigt stiftede Cypern Ltd. Det danske selskab fremfører derudover, at såfremt retten når frem til, at Cypern Ltd. ikke anses som retmæssig ejer, må denne betegnelse tilfalde det ultimative amerikanske moderselskab USA Inc. Bermuda Ltd. Har, se *Figur 4*, udloddet udbyttet til USA Inc. i årene 2005-2006, hvor det fremføres, at en delmængde af dette stammer fra det modtagne udbytte fra Cypern Ltd. Med denne argumentation fremlægger skatteyderen, at der bør foreligge en ensrettet behandling – hvis Cypern Ltd. ikke er retmæssig ejer, er Bermuda Ltd. det tilsvarende ikke.

Landsskatteretten gjorde det klart, at der ikke er sammenfald mellem begrebet *retmæssig ejer* og princippet om *rette indkomstmodtager*.¹⁸⁷ Cypern Ltd. er lovligt stiftet samt indregistreret og skattepligtig til Cypern, hvilket hermed lever op til princippet om at være den rette indkomstmodtager. Heraf følger, at det er DBO'en mellem Danmark og Cypern, som skal ligge til grund for vurderingen af beneficial owner-kravet. Landsskatteretten fandt det ikke godtgjort fra det danske selskab, at Cypern Ltd. er retmæssig ejer; det cypriotiske selskab videreførte udbyttet til Bermuda Ltd., selskabet var uden egne lokaler samt eget personale og havde samtidig kun beskedne driftsudgifter. Ydermere blev det pointeret, at Cypern Ltd. var stiftet kort tid før modtagelsen af udbyttet. Iht. PSD er konklusionen imidlertid, at der skal ske frafald af beskatningsretten efter direktivets art. 5. Skatteyderen var herved ikke pligtig til indeholdelse af kildeskat på udbyttet.

3.4.2.3 Vurdering af kendelsen

Det første, der synes påfaldende, er at kendelsen i denne sag henviser til en omvendt bevisbyrde ift. opnåelse af DBO fordele; det er skatteyderen, som retten ligger vægt på ikke godtgjorde, at Cypern Ltd. var retmæssig ejer. Efter *Bundgaards* synspunkt er der ikke umiddelbart nogen retlige holdepunkter for denne

¹⁸⁶ Jf. art. 5 i PSD.

¹⁸⁷ Dette står i skarp kontrast til skatteministeriets tidligere holdning, se afsnittet "3.1 Fra begrebets oprindelige retstraditioner til OECD". I flere af landsskatterettens kendelser er det manglende sammenfald mellem begreberne dog også implementeret, se *SKM.2011.57.LSR*, *SKM.2011.485.LSR*, og *SKM.2012.409.LSR*.

tilgang. Traditionelt forventes det, at skatteministeriet skal dokumentere, at en skatteyder ikke er den retmæssige ejer af en betaling, og der derved sker begrænsning af overenskomstfordelene.¹⁸⁸

Det er bemærkelsesværdigt, at afgørelsen lægger vægt på de faktuelle omstændigheder omkring Cypern Ltd. i underkendelsen af denne som retmæssig ejer. Der bliver ikke taget stilling til, hvorvidt Cypern Ltd. har retten til at bruge og nyde udbyttet i juridisk forstand – og om selskabet er bundet til at videregive udbyttet til en anden ”person”. Fortolkningen fra landsskatteretten af beneficial owner-kriteriet i denne sag må derfor antages at anlægge en økonomisk substantiel vurdering til grund. Det faktuelle omkring selskabets umiddelbare videreudlodning kort tid efter stiftelsen samt selskabets manglende driftmæssige karakteristika, blev anset for altafgørende momenter.¹⁸⁹ Det blev ikke tillagt betydning – eller overhovedet nævnt i kendelsen – at videreudlodning skete som betaling af gæld og ikke som udbytte.¹⁹⁰

Det er værd at bemærke at landsskatteretten specifikt tager stilling til, at det er DBO’en mellem Danmark og Cypern, som skal anvendes. Dog bliver det ikke eksplicit pointeret, om den ultimative ejer – det amerikanske selskab USA Inc – ville være den retmæssige ejer, hvis DBO’en mellem Danmark og USA blev lagt til grund. Landsretten har vurderet, at det udelukkende er overenskomsten mellem Danmark og Cypern, som kommer i betragtning med begrundelsen, at Cypern Ltd. i dansk skatteret er rette indkomstmodtager. Landsretten argumenterer ydermere, at hverken DBO’en med tilhørende kommentarer mellem Danmark og Cypern eller OECD’s modeloverenskomst med kommentarer åbner op for muligheden for at anvende en anden overenskomst. DBO’en mellem Danmark og USA er i denne sag derfor ikke relevant, som skatteyderen ellers påberåber sig. Det konkluderes således, at det umiddelbart er uden betydning, at den ultimative modtager af udbyttet muligvis er USA Inc.

Bundgaard påpeger, at kendelsen hermed holder en dør åben for, at kildebeskatningen stadigvæk kan gøres gældende, selvom den ultimative modtager af betalingsstrømmen er beliggende i en overenskomststat.

¹⁸⁸ Se *Bundgaard* (2012), s. 10. Det bemærkes, at dette ikke er set tidligere i forbindelse med sager ved landsskatteretten omkring beneficial owner.

¹⁸⁹ Landsskatteretten har ved flere andre kendelser tilsvarende lagt vægt på *substans-over-form*-tilgangen ved fortolkning af beneficial owner-kravet. I *SKM.2011.57.LSR* blev et svensk selskab ikke anset for retmæssig ejer af en rentemodtagelse med begrundelsen, at selskabet var uden erhvervmæssig aktivitet, og at lånet var identisk med lånet til det ultimative moderselskab beliggende på Cayman Island. Konklusionen var, at der var tale om et gennemstrømningsselskab uden reelle beføjelser til at træffe afgørelser om dispositioner over de modtagne overførsler. For uddybning, se *Bundgaard* (2011). Ligeledes i *SKM.2011.485.LSR* blev et svensk selskab ikke anset for retmæssig ejer, men blot et gennemstrømningsselskab i relation til en renteindkomst – argumentationen var, at selskabet havde så få beføjelser, idet det fra starten var en præmis, at pengestrømmen skulle videreføres. Tilsvarende i *SKM.2012.409.LSR* blev et selskab beliggende i Luxembourg ikke anerkendt som retmæssig ejer af en renteindkomst. Der blev henvist til den faktiske konstruktion, hvor viderebetalingen til den ultimative moder var på næsten samme størrelse og vilkår. Herefter konkluderes det, at der er tale om et gennemstrømningsselskab uden reelle beføjelser mht. renteindkomsten.

¹⁹⁰ Det blev eksplicit pointeret i kendelserne i *SKM.2011.485.LSR*, at det ingen betydning har, at videreførelsen har fundet sted i form af koncernbidrag og ikke renter.

Dette strider mod præmissen i *Prévost*-sagen – her var det lige netop spørgsmålet, om DBO'erne med starterne for de ultimative moderselskaber skulle finde anvendelse.¹⁹¹ Endvidere bemærkes det, at dette er nøjagtig den situation, som opdateringerne i 2014 af ordlyden i art. 10, stk. 2 tilsigter at opnå klarhed over.¹⁹² I art. 10, stk. 2 fremgår det nu eksplicit, at det afgørende for, om kildebeskatningen skal nedsættes, er om den retmæssige ejer er beliggende i en anden kontraherende stat. Uden at tage stilling til om USA Inc. i den givne sag er den retmæssige ejer, er det utvivlsomt at der for fremtiden – såfremt opdateringerne i 2014 skal ligges til grund – bør tages stilling til denne problemstilling.¹⁹³ Som nævnt var det allerede inden opdateringerne i 2014 OECD's holdning i modeloverenskomsten, at DBO'en med staten, hvor den retmæssige ejer er beliggende, skal finde anvendelse.¹⁹⁴

Kendelsen er derudover afgørende i det perspektiv, at der bliver taget klart stilling til rækkevidden af PSD. Det bliver i landsskatteretten endegyldigt slået fast, at der i intern ret skal være hjemmel for at kunne anvende art. 1, stk. 2 i PSD.¹⁹⁵ Da denne hjemmel ikke er til stede i intern dansk ret, er det kun princippet om rette indkomstmodtager og realitetsbetragtninger, der kan forhindre anvendelse af de direktivmæssige fordele. Cypern Ltd. er et lovligt stiftet og fungerende cypriotisk selskab, der – som tidligere nævnt – anses for at være rette indkomstmodtager.¹⁹⁶ Dette stemmer overens med såvel *Bundgaards* som *Severin Hansens* vurdering mht., at et udbyttemodtagende holdingselskab ikke underkendes som rette indkomstmodtager.¹⁹⁷ Landsskatteretten kommenterer ikke på, hvorvidt der foreligger et misbrug i EU-retlig forstand.¹⁹⁸

Afgørelsen fra landsskatteretten er anket til Østre Landsret.¹⁹⁹

¹⁹¹ Se afsnittet "3.3.2 Den canadiske *Prévost Car Inc.*-sag".

¹⁹² Se afsnittet "3.2.1 Kildelandets begrænsede beskatningsret og beneficial owner-kravet".

¹⁹³ Bermuda Ltd. var ikke et tomt selskab, idet de ejede immaterielle aktiver til produktion og markedsføring af produkter uden for USA. Der var ikke en direkte beløbsmæssig eller tidsmæssig sammenhæng mellem det modtagne udbytte fra Cypern Ltd. og det udbytte, som blev udloddet fra Bermuda Ltd. til USA Inc. – beløbene var væsentligt større i sidstnævnte tilfælde. Dette hænger naturligvis sammen med, at Bermuda Ltd. ejede datterselskaber i flere lande, som de modtog udbytte fra. Det vurderes ud fra dette, at Bermuda Ltd. ikke nødvendigvis skal behandles ligesom Cypern Ltd. – det vil være sandsynligt, at Bermuda Ltd. blev anset for retmæssig ejer.

¹⁹⁴ Jf. kommentarernes pkt. 12.7 til art. 10, stk. 2. Inden opdateringerne fremgik samme ordlyd af pkt. 12.2.

¹⁹⁵ Det er som tidligere nævnt, denne bestemmelse som er ændret ved indførslen af en obligatorisk omgåelsesklausul i direktivet, se afsnittet "4.1 Obligatorisk omgåelsesklausul i PSD".

¹⁹⁶ Landsskatteretten henvist konkret til højesteretsdommen omkring Overhold (*SKM.2003.482.HR*) og Finwill (*SKM.2006.749.HR*). Dommene gjorde det klart, at lovligt stiftede selskaber ikke kan tilsidesættes som misbrug med henvisning til, at stiftelsen er sket af skattebesparelseshensyn.

¹⁹⁷ Se *Bundgaard* (2012), s. 10; *Severin Hansen* (2011), s. 6.

¹⁹⁸ EU-Domstolen har afsagt flere sager vedrørende svig og misbrug af de EU-retlige regler – herunder TEUF art. 49 om fri etableringsret. For en uddybende vurdering af om denne kendelse er stridig med EU-retten, se *Bundgaard* (2012), s. 10-11.

¹⁹⁹ Se afsnittet "4.2 De danske omgåelsesklausuler i LL § 3" for en vurdering af retstilstanden omkring et holdingselskabs ret til fordelene i PSD efter implementeringen af den obligatoriske omgåelsesklausul.

3.5 Delkonklusion 2

For at fastsætte gældende dansk skatteret omkring beneficial owner-kravet i relation til udbytter – som opstår indirekte gennem intern rets reference til de danske DBO'er²⁰⁰ – er fortolkningen af OECD's modeloverenskomst med kommentarer essentiel. Opdateringerne af modellen og dets kommentarer fra d. 5. juli 2014 har kun i en vis udstrækning været med til at konkretisere fortolkningskriterierne.

Først og fremmest må det endegyldigt konstateres, at fortolkningen *skal* tage udgangspunkt i en autonom international betydning iht. modeloverenskomsten – uden inddragelse af hverken kildestatens eller domicilstatens interne ret jf. pkt. 12.1 til art. 10, stk. 2. Ved eksempelvis den canadiske *Prévost*-case blev betingelsen udover modellen også vurderet ud fra såvel domicilstatens som kildestatens mulige definition. Skønt Danmark, som følger civil law, ikke har en definition af begrebet – det bemærkes, at skatteministeriet ikke længere anser begrebet for identisk med princippet om *rette indkomstmodtager* – ville det absolut påvirke den danske kildebeskatning af udbytte, hvis domicilstatens interne ret blev tillagt betydning. Med opdateringerne er denne problemstilling løst. OECD har ligeledes valgt eksplicit at distancere fortolkningen af begrebet jf. art. 10, stk. 2 i modellen med begrebets anvendelse i andre OECD-sammenhænge – ligesom det bliver gjort klart, at andre misbrugsbestemmelser ikke begrænses af beneficial owner-kriteriet.

Ift. om dette er gældende for DBO'er af ældre dato kan det konkluderes på baggrund af arbejdsgruppens kommentarer, at alle opdateringerne i 2014 er præciseringer og derfor følger en dynamisk fortolkning. Ved *SkM.2012.121.ØLR* bliver det ligeledes – på trods af nogen modstand inden for retslitteraturen – eksplicit pointeret, at opdateringerne i 2003 bærer præg af at være af præciserende beskaffenhed.

Udover tilføjelsen af flere passager i kommentarerne har opdateringerne også ændret på ordlyden af art. 10, stk. 2 for eksplicit at tydeliggøre forståelsen af "*such dividends*", der kunne være årsag til fortolkende usikkerheder. Det bliver slået fast, at det afgørende for begrænsningen af kildebeskatning er, om den retmæssige ejer er hjemmehørende i en anden kontraherende stat – det er ikke afgørende, hvor den direkte umiddelbare modtager befinder sig. I *SKM.2012.26.LSR* fandt landsskatteretten det ikke nødvendigt at tage stilling til, om den ultimative retmæssige ejer var et selskab beliggende i USA, som Danmark har en DBO med. Afgørelsen blev kun vurderet ud fra DBO'en med Cypern, som var den direkte modtager. Denne tilgang må skarpt kritiseres – og bør givetvis ikke finde sted efter opdateringerne har ændret på formuleringen af art. 10, stk. 2.

²⁰⁰ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt.

Det må konstateres, at der de senere år har udviklet sig en divergerende opfattelse på tværs af landegrænser omkring fortolkningen af kommentarernes diffust begrebsdefinerede kriterier for beneficial owner. Danmark skal som kildestat ikke lempe for sin beskatningsret af udbyttet, såfremt modtageren i en anden kontraherende stat kun fungere som "*gennemstrømningsenhed*" – hvilket baseres på, om enheden har meget snævre beføjelser og i relation til udbyttet handler som en "*nulitet*" eller "*administrator*" på vegne af en anden "person".²⁰¹ Med opdateringerne er der yderligere tilføjet, at beneficial owner-kravet afgøres af, om modtageren har "*the right to use and enjoy the dividend*".²⁰² At referencen ikke er til "*the full right*" – som den første OECD-rapport indeholdt med inspiration fra ordlyden i *Indofood*-dommen – medfører, at bestemmelsen ikke giver skattemyndigheder og domstole mulighed for et bredt og vidtrækkende anvendelsesområde, som det var frygtet fra diverse interessenter.

Problemet med divergerende fortolkninger er især afspejlet ved spørgsmålet om, hvorvidt der kun bør tillægges den juridiske tilgang værdi, eller om det substantielle subsidiært vægter ved bedømmelsen. I *Indofood*-dommen fra England blev det konkret fremhævet, at substansen blev tillagt betydning, hvorimod den canadiske *Prévost*-afgørelse udelukkende anså det juridiske og kontraktmæssige som afgørende. Den danske retspraksis giver imidlertid ikke et endegyldigt svar på den danske fortolkning. Ved den enkeltstående dom i *SKM.2012.121.ØLR* kan der – på trods af henvisningen til *Indofood*-dommen – ikke endegyldigt fastlægges et dansk fortolkningsprincip omkring dette. Landsretten tog ikke konkret stilling til betingelserne omkring beneficial owner på baggrund af manglende videreudlodning af udbyttet – det blev statueret som en afgørende forudsætning for overhovedet at diskutere beneficial owner. Landsskatteretten må dog tilsiges at være af den overbevisning, at modellen giver plads til inddragelse af det økonomisk substantielle jf. udbyttesagen i *SKM.2012.26.LSR* samt flere andre kendelser om renteindkomster. Det bliver således afgørende, hvordan landsretten vurderer ordlyden ved en mere hensigtsmæssig og almen beneficial owner-sag.

Modeloverenskomsten med de nyeste opdateringerne giver tilsvarende ikke et endegyldigt svar omkring, hvorledes det substantielle skal indgå; fortolkningen af kommentarernes reference til, om der eksisterer en kontraktlig eller juridisk forpligtelse til at videregive betalingen til en anden "person", bliver besværliggjort af det efterfølgende ordvalg, "*in substance*".²⁰³ Rækkeviden af "*in substance*" ift. den kontraktlige og juridiske forpligtelse er uklar – i litteraturen er der mangfoldige holdninger til, hvor stor vægt ordvalget skal tillægges.

²⁰¹ Jf. kommentarerne pkt. 12.2-12.3 til art. 10, stk. 2.

²⁰² Jf. kommentarerne pkt. 12.4 til art. 10, stk. 2.

²⁰³ Jf. kommentarerne pkt. 12.4 til art. 10, stk. 2.

Endelig må det konstateres, at udtrykket *"to pass on the payment"* i den grad mangler uddybning – der mangler specificering ift. delvise viderebetalinger, om viderebetalingen skal være i samme form samt det tidsmæssige perspektiv. I flere sager ved landsskatteretten – herunder *SKM.2012.26.LSR* – er det fortolket på den vis, at det ikke har betydning, om viderebetalingen er i en anden form.

Kapitel 4: Obligatoriske omgåelsesklausuler

4.1 Obligatorisk omgåelsesklausul i PSD

På baggrund af det verdensomspændende arbejde med BEPS action plan²⁰⁴ vedrørende modvirkning af international aggressiv skatteplanlægning fremsatte EU-kommissionen d. 25. november 2013 et ændringsforslag til PSD, som indeholdt en ny, obligatorisk omgåelsesklausul.²⁰⁵ Efter længere tids politisk tovtrækning blev det endelige forslag vedtaget d. 27. januar 2015.²⁰⁶

I PSD²⁰⁷ fremgik ikke tidligere en direkte anti-misbrugsbestemmelse – ligesom der aldrig har været en eks-plicit beneficial owner-betingelse. Imidlertid gav direktivet *mulighed* for, at den enkelte stat i intern ret kunne indføre bestemmelser mod misbrug efter PSD art. 1, stk. 2, som lød:

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

Med ændringen af direktivet blev det vedtaget, at denne *mulighed* skulle udskiftes med et *krav* om implementering af en obligatorisk omgåelsesklausul i national lov for alle medlemsstater senest gældende fra 31. december 2015.²⁰⁸ Denne omgåelsesklausul skal ses som et minimumskrav til, hvad den enkelte medlemsstat er forpligtet til at implementere i deres interne nationale ret – den enkelte medlemsstat skal indføre mindst det samme niveau af beskyttelse mod misbrug som direktivets formulering fordrer. Dog er direktivet ikke til hinder for mere vidtrækkende værnsregler i national ret.²⁰⁹

Der er flere årsager til indførelsen af omgåelsesklausulen i direktivet. Medlemsstaternes interne nationale bestemmelser imod skatteunddragelse, skattesvig og misbrug er udformet på forskellig vis – nogle værnsregler er meget specifikke, imens andre er mere generelle. Bestemmelserne kan have forskellige grader af strenghed og er udformet for at afspejle de særlige forhold, der er til stede i den enkelte medlemsstats

²⁰⁴ Se OECD (2013).

²⁰⁵ Se European Commission (2013). Forslaget kom efter en høring med medlemsstaterne og andre interessenter i april 2013, hvor forskellige alternativer til behandlingen af anti-misbrug ift. PSD blev diskuteret. Forslaget indeholdt udover omgåelsesklausulen også en ændring af direktivet ift. forebyggelse af dobbelt ikke-beskatning fra visse hybride lånearrangementer. Dette blev d. 8. juli 2014 inkluderet i direktivet.

²⁰⁶ Ændringerne i PSD med indførelsen af en obligatorisk omgåelsesklausul er udarbejdet i et selvstændigt ændringsdirektiv i 2015/121/EU af 27. januar 2015.

²⁰⁷ Jf. rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011.

²⁰⁸ Jf. art. 2, stk. 1 i ændringsdirektivet 2015/121/EU.

²⁰⁹ Jf. art. 1, stk. 4 i ændringsdirektivet 2015/121/EU.

skattesystem.²¹⁰ Endvidere er der medlemsstater – hvoraf Danmark er en af disse – som ikke har valgt at indføre specifikke bestemmelser imod misbrug, selvom direktivet har givet mulighed for dette.²¹¹

Denne manglende sammenhæng på tværs af medlemsstaterne synes uhensigtsmæssig. Med en fælles minimumsregel ønsker man at sikre en større klarhed og sikkerhed for både skatteydere og skattemyndigheder. Samtidig vil det øjensynligt medføre mindre ”directive shopping”, idet der ikke længere vil være stater med lempeligere eller ingen regler mod misbrug. Formålet er her at reducere selskabers mulighed for indskydelse af mellemed til at opnå direktivmæssige fordele.²¹²

4.2 De danske omgåelsesklausuler i LL § 3

I Danmark er den obligatoriske omgåelsesklausul i PSD blevet implementeret ordret – oversat til dansk – i LL § 3.²¹³ I dansk skatteret er reglen således implementeres som en national værnsregel, der følger de minimumskrav, som er opstillet i direktivet. Den danske retsregel er imidlertid mere vidtrækkende end blot at gælde for PSD – det følger af den danske implementering, at reglen ligeledes gælder i relation til rente-/royaltydirektivet²¹⁴ og fusionsskattedirektivet²¹⁵ i EU.²¹⁶ Yderligere er der i LL § 3, stk. 3 indsat en selvstændig omgåelsesklausul, som er gældende for de danske DBO’er.²¹⁷ De samlede internationale omgåelsesklausuler – for både direktiver og DBO’er – har virkning fra 1. maj 2015.²¹⁸

Det fremgår, at skattepligtige ikke har de direktivmæssige fordele jf. LL § 3, stk. 1 ved:

²¹⁰ Se afsnittet ”3.3.3 Den spanske fortolkning af beneficial owner kontra anti-misbrugsbestemmelse”, hvor en intern bestemmelse iht. PSD medførte en afvisning af fordelene fra direktivet til en skatteyder.

²¹¹ Jf. betragtningerne 3-5 i ændringsdirektivet 2014/121/EU. Se afsnittet ”3.4.2.3 Vurdering af kendelsen”, hvor landskatteretten i SKM.2012.26.LSR kommer frem til, at den manglende implementering i dansk ret af art. 1, stk. 2 i direktivet fører til, at det kun er princippet om rette indkomstmodtager og realitetsbetragtninger, der kan tilsidesætte fordelene ved direktivet.

²¹² Jf. betragtningerne 3-5 i ændringsdirektivet 2014/121/EU. I det oprindelige ændringsforslag var opridset tre alternativer til behandlingen af anti-misbrugssituationer i PSD; beholde den daværende udformning, implementere den anbefalede nye ordlyd i direktivet som en frivillig mulighed for medlemsstaterne eller gøre det nye forslag obligatorisk for alle medlemsstater. Den sidste mulighed blev fremhævet som den mest optimale løsning. Udover de nævnte årsager i det endelige ændringsdirektiv blev der ved forslaget lagt vægt på, at en obligatorisk løsning samtidig vil være i overensstemmelse med de EU-retlige regler. Således vil situationer, hvor de interne regler er i uoverensstemmelse med EU-retten mindskes. Dog er direktivet – som nævnt – stadigvæk ikke til hinder for andre mere vidtrækkende indenlandske misbrugsbestemmelser, hvorfor det må antages, at uoverensstemmelser stadigvæk kan forekomme, se *European Commission* (2013), s. 4-6.

²¹³ Lovforslag nr. L 167 vedtaget af folketinget ved 3. behandling d. 21. april 2015.

²¹⁴ Jf. rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003.

²¹⁵ Jf. rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009.

²¹⁶ Jf. LL § 3, stk. 1. Med henblik på afhandlingens fokusområde vil det ikke blive behandlet nærmere, at indførelsen i Danmark ligeledes gælder for fusioner, renter og royalties i relation til de EU-retlige direktiver.

²¹⁷ Hjemlen til dette findes efter skatteministeriet udlægning i kommentarer pkt. 9.5 til art. 1 i OECD’s modeloverenskomst.

²¹⁸ Jf. § 8, stk. 2, i Lovforslag nr. L 167.

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

Det følger endvidere, at referencen til arrangementer skal forstås på følgende måde:

*" Ved anvendelsen af stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed".*²¹⁹

Såfremt den danske omgåelsesklausul for de EU-retlige direktiver finder anvendelse – baseret på ovenstående ordlyd – kan et holdingselskab ikke længere påberåbe sig fordelene ved PSD med henvisning til frafald af dansk kildebeskatning på udbytter.²²⁰ Den kommende fortolkning fra skattemyndighederne og domstolene i Danmark er derved afgørende for, hvornår et udenlandsk holdingselskab bliver begrænset skattepligtig til Danmark af udgående udbytter.

Det er væsentligt at pointere, at det ud fra ordlyden må konkluderes, at det først er, når *alle* betingelserne i bestemmelsen er opfyldt, at der er tale om et misbrug af direktivet iht. omgåelsesklausulen. Således må det kortlægges:

- hvornår der er tale om et *"arrangementer eller serie af arrangementer"*
- hvad der kræves for at være tale om at *"hovedformålet eller et af hovedformålene er at opnå skattemæssige fordele"*
- hvornår betingelsen, at hovedformålet *"virker mod indholdet eller formålet med direktiverne"*, er opfyldt
- hvornår arrangementerne *"ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder"*.

Den danske implementering af omgåelsesklausulen rejser et grundlæggende spørgsmål omkring, i hvor høj grad det EU-retlige misbrugsbegreb og praksis fra EU-domstolen vil påvirke de danske skattemyndigheder og domstoles fortolkning af bestemmelsen. Skatteministeren svarer lidt tvetydigt på dette ved at konstatere, at *"omgåelsesklausulen i nogen udstrækning er inspireret af domspraksis"* med henvisning til EU-domstolens praksis. Ligeledes påpeges det, at *"Direktivet bygger i nogen udstrækning på den praksis, der er*

²¹⁹ Jf. LL § 3, stk. 2.

²²⁰ Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. og 4. pkt. Herved opretholdelse den danske kildebeskatning, se afsnittet "2.1. Den begrænsede skattepligt af udgående udbytter for selskaber".

skabt af EU-domstolen. Af samme årsag kan det være relevant at inddrage EU-domstolens praksis i fortolkningen”.²²¹ Martin Poulsen konstaterer, at EU-retten *de facto* vil spille en betydelig rolle i fastlæggelsen af den danske praksis angående omgåelsesklausulen.²²² Dette synes at være en legitim betragtning, eftersom flere af udtrykkene i omgåelsesklausulen bygger på velkendte principper om misbrug udviklet gennem EU-domstolens praksis.²²³ Samtidig bliver der i det oprindelige ændringsforslag til direktivet lagt vægt på, at indførelsen af en obligatorisk omgåelsesklausul vil skabe mere EU-konformitet – dette indikerer, at alle medlemsstaterne bør fortolke ensrettet og herved følge EU-domstolens praksis om misbrug.²²⁴

I bemærkningerne til lovforslaget er der opstillet et eksempel på brug af gennemstrømningsselskaber i relation til udbytter, hvor omgåelsesklausulen vil være gældende – imidlertid nævnes det efterfølgende, at eksemplet allerede vil være dækket af retmæssig ejer-betingelsen, således at udbyttet vil være skattepligtigt efter SEL § 2 stk. 1, litra c. I bemærkningerne konstateres det endvidere, at der verserer en række sager omkring netop denne fortolkning af retmæssig ejer-betingelsen.²²⁵ Det er herved umiddelbart aldeles vanskeligt – ud fra dette eksempel – at statuere, hvornår omgåelsesklausulen vil virke mere indskrænkende for skatteyderen end den allerede gældende praksis ved landsskatteretten omkring beneficial owner iht. OECD’s modeloverenskomst.²²⁶ Det kunne indikere en tilgang lignende den spanske retspraksis – her anses fortolkningen af beneficial owner iht. modellen at skulle følge en anti-misbrugstilgang.²²⁷

Det er værd at huske på, at det ved SKM.2012.26.LSR blev konstateret, at PSD ikke kunne tilsidesættes i den givne case, fordi der manglede hjemmel i intern dansk ret til at statuere misbrug af direktivet. Det må netop være i den situation, at omgåelsesklausulen ville underkende skatteyderen beskyttelse iht. direktivet.²²⁸ Således kan det allerede på den baggrund konstateres, at muligheden for etablering af en skattefri holdingstruktur er blevet indskrænket.

²²¹ Se L 167 høringskema bilag 1, s. 24-25, hvor skatteministeren svarer på spørgsmål stillet af FSR – danske revisorer om EU-rettens fortolkningsbetydning.

²²² Se Poulsen (2015), som belyser de EU-retlige fortolkningsperspektiver i dybden ift. omgåelsesklausulen i LL § 3. Ud fra skatteministeren og Poulsens konstatering vil EU-retten i den kommende gennemgang af de enkelte betingelser blive inddraget de steder, hvor det synes formålstjenligt at anvende dette som fortolkningsbidrag til den danske implementering.

²²³ Se Poulsen (2013) for en gennemgang af EU-domstolens praksis omkring ”treaty/directive shopping” og misbrug af EU-retten.

²²⁴ Se European Commission (2013), s. 4.

²²⁵ Se L 167 bemærkninger til lovforslaget som fremsat, s. 18. Ved de ankede kendelser fra landsskatteretten i SKM.2012.26.LSR, SKM.2011.57.LSR, SKM2011.485.LSR og SKM.2012.409.LSR blev der lagt vægt på *substans-overform*-tilgangen. Det er givetvis sagerne med denne tilgang ved landsskatteretten, som der henvises til i bemærkningerne til lovforslaget L 167.

²²⁶ Martin Poulsen konstaterer derudover at det er pudsigt, at skatteministeriet ved kortlægning af den nye omgåelsesklausul henviser til verserende sager om beneficial owner, hvor der er væsentlig uenighed omkring fortolkningen af centrale problemstillinger, se Poulsen (2015), s. 2-3.

²²⁷ Se afsnittet ”3.3.3 Den spanske fortolkning af beneficial owner kontra anti-misbrugsbestemmelse”.

²²⁸ Se afsnittet ”3.4.2.3 Vurdering af kendelsen”.

I skatteministeriets eksempel er der indsat et holdingselskab uden større substans i en EU-stat med hovedformålet – eller ét af flere hovedformål – at undgå kildebeskatning til det ultimative moderselskab uden for EU. Holdingselskabet anses i eksemplet som et postkasseselskab. Hvis arrangementet eller dele heraf derimod ud fra en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder anses for at være reelt, vil omgåelsesklausulen ikke finde anvendelse.²²⁹ I forklaringen til det givne eksempel bliver der henvist til de præcis samme termer og begreber som i bestemmelsen – uden en videre uddybning eller vejledning omkring, hvad der helt nøjagtigt afgør fortolkningen af disse. Det vurderes, at ovenstående eksempel ikke bidrager med væsentlig hjælp til konkret i praksis at fortolke kriterierne i bestemmelsen.²³⁰

I forbindelse med høringsvarene til lovforslaget blev værnereglen kritiseret fra flere interessenters side. Den grundlæggende holdning var, at udformningen af omgåelsesklausulen har mangler ift. konkretiseringen af, hvornår en skatteyder bliver ramt. Retssikkerheden er truet i den forstand, at det vil tage adskillige år, før de administrative myndigheder og domstole har taget stilling til fortolkningen. Forudsigelighed og klarhed er helt centrale elementer for retssikkerheden. Således frygtedes det, at der vil blive rejst en lang række sager fra SKAT på et tvivlsomt grundlag for at teste, hvor vidtrækkende bestemmelsen er.²³¹

Det er tydeligt, at der mangler konkretisering af, hvorledes de forskellige termer og begreber skal fortolkes og afgrænses i praksis, for at en skatteyder kan forudsige de skattemæssige konsekvenser af en given disposition. I dansk skattelovgivning har der tidligere – blandt andet på grund af det retssikkerhedsmæssige – ikke været opbakning til indførsel af generelle omgåelsesklausuler.²³² Skatteministeren afviser kategorisk den generelle kritik imod, at omgåelsesklausulerne truer retssikkerheden. Han anser ikke indførslen som en mulighed for SKAT til at træffe vilkårlige afgørelser.²³³ I den næste del vil fortolkningen af de enkelte betingelser i klausulen blive analyseret med inddragelse af de relevante fortolkningsmæssige spørgsmål, som interessenterne har stillet – og skatteministerens svar herpå.

²²⁹ Se L 167 bemærkningerne til lovforslaget som fremlagt, s. 18.

²³⁰ I forbindelse med høringsfasen opstillede FSR 7 konkrete eksempler, hvor de ønskede oplyst om omgåelsesklausulen var gældende. Skatteministeren afviste at tage stilling til eksemplerne med argumentationen, at der manglede oplysninger om relevante faktiske forhold og omstændigheder for at kunne tage stilling til dette, se L 167 høringssekma bilag 1, s. 29.

²³¹ Se L 167 hørings svar bilag 1, hvor det fra Advokatrådet, Danske Advokater, Dansk Industri, DVCA Dansk Venture Capital and Private Equity Association og FSR bliver fremhævet, at de frygter for retssikkerheden med indførslen af de internationale omgåelsesklausuler i dansk skatteret.

²³² Se *Redaktionen SR-Skat* (2015).

²³³ Se L 167 skatteministerens svar på spørgsmål 1 fra FSR – danske Revisorer.

4.2.1 "Arrangementer eller serie af arrangementer"

Det første som bør konkretiseres er, hvad "*arrangementer*" i denne sammenhæng indebærer. Ifølge *Filip Debelva etc.* kan der skeles til det oprindelige ændringsforslag til direktivet – hvor det fremgår, at begrebet kan defineres som "*A transaction, scheme, action, operation, agreement, understanding, promise, or undertaking*". På den baggrund konkluderes det, at referencen til "*arrangementer*" må anses for at have en bred fortolkning.²³⁴ Som bemærkning bør det imidlertid nævnes, som kritik til *Develvas* konstatering, at der i det oprindelige ændringsforslag henvises til "*kunstige arrangementer*", hvorfor dette ikke nødvendigvis er den samme definition.²³⁵ *Jacob bundgaard* kritiserede, at ændringsforslaget i første omgang lagde op til, at vurderingen skulle tage udgangspunkt i kunstige arrangementer. Baggrunden for hans standpunkt – som må siges at være legitimt – er, at EU-domstolen ikke konkret har taget stilling til begrebets rækkevidde ift. kildebeskatning af gennemstrømningsselskaber.²³⁶

FSR fremlægger – som et af deres kritikpunkter til lovforslaget – at der mangler klarhed og præcisering omkring fortolkningen af "*arrangementer eller serie af arrangementer*".²³⁷ I skatteministerens svar på dette henvises der grundlæggende til bemærkningerne i lovforslaget – det er dog vanskeligt at udlede en endelig konklusion på baggrund af dette. Der henvises til bestemmelsens eksplicite udlægning af, at "*et arrangement kan omfatte flere trin eller dele*". Skatteministeren konstaterer, at omgåelsesklausulen kan ramme de specifikke trin eller dele af arrangementet, som ikke er reelle. Imidlertid tages der ikke stilling til, hvad begrebet arrangementer indebærer – blot at disse skal vurderes ud fra om de er reelle, hvilket henviser til, hvorvidt arrangementet afspejler den økonomiske virkelighed.²³⁸

I bemærkningerne til lovforslaget fremføres det, at tilgangen omkring, at klausulen kan ramme specifikke dele, gør effektiviteten i bekæmpelsen af misbrug størst mulig.²³⁹ Det må dog konstateres, at referencen til, at de blot kan være dele af arrangementer, som ikke er reelle for at omgåelsesklausulen kommer i spil, gør betingelsen mere restriktiv for skatteyderen. *Evgenia Kokolia etc.* har synspunktet at EU-domstolens praksis ikke kan inddrages som fortolkningsbidrag i denne sammenhæng. Dette synes at være et berettiget stand-

²³⁴ Se *Debelva etc.* (2015), s. 224. Denne artikel tager afsæt i omgåelsesklausulen, som den står i PSD. Da den danske implementering er ordret den samme, antages det, at dette kan anvendes som fortolkningsbidrag til den danske praksis.

²³⁵ Se *European Commission* (2013), s. 9. Begrebet "*kunstige arrangementer*" er et EU-retligt misbrugsbegreb. EU-domstolen har i flere sager taget stilling til misbrugsbegrebet i relation til interne værneregler ift. EU-konformitet. Se *Poulsen* (2011) for en gennemgang af begrebets indhold ift. *Cadbury Schweppes*-sagen (C-196/04) og den danske CFC-beskatning.

²³⁶ Se *Bundgaard* (2014), s. 98.

²³⁷ Se L 167 henvendelse af 29. marts 2015 fra FSR – danske revisorer bilag 3.

²³⁸ Se L 167 skatteministerens svar på spørgsmål 1 fra FSR – danske revisorer.

²³⁹ Se L 167 bemærkningerne til lovforslaget som fremlagt, s. 17-18.

punkt, da EU-domstolen ikke har taget stilling til sager, hvor dele af arrangementer kan vurderes at være reelle – imens andre dele af arrangementet ikke er det.²⁴⁰

4.2.2 Skattefordel som hovedformål – eller et af hovedformålene

Det er en betingelse, for at omgåelsesklausulen bliver aktuel, at arrangementet er tilrettelagt med *”hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel”*.²⁴¹ I denne del ligger en implicit henvisning til en økonomisk substantiel tilgang ift., om *intentionerne* bag arrangementet har været at opnå en direktivmæssig skattefordel.²⁴² I bemærkningerne til lovforslaget i forarbejderne bliver det gjort klart, at det påhviler skattemyndighederne at fastslå, om der er tale om et arrangement med det hovedformål eller som et af hovedformålene at opnå en skattefordel, der virker mod formålet med direktiverne.²⁴³

En umiddelbar ordlydsfortolkning af bestemmelsen må lede til den konklusion, at der er tale om en subjektiv vurdering med forholdsvis lave grænser for, hvornår en situationen bliver anset for et misbrug ift., om intentionerne bagved er at opnå en skattefordel. Det kræves således hverken, at det er det ultimative eller endegyldige hovedformål at opnå en skattefordel – hvis blot det er ét af hovedformålene, er det nok til at gøre gældende, at denne betingelse er opfyldt. Det virker åbenlyst, at en skatteyder – som ét blandt flere hovedformål – ønsker at sikre sig den mest skattemæssigt effektive konstruktion.

Ud fra denne fortolkning må det således konstateres, at en skatteyder ikke kan fravige sig omgåelsesklausulen med referencen til, at arrangementer også har andre hovedformål. Skatteyderen får derfor sværere ved at påberåbe sig andre faktuelle omstændigheder som hovedintentionerne bag den valgte udformning af arrangementerne. På den baggrund er denne betingelse i høj grad mere restriktiv for skatteyderen, end hvis henvisningen kun var til hovedformålet.

Debelva påpeger, at fortolkningen trods alt stadigvæk vil komme til at lægge vægt på, at opnåelsen af skattefordelene i direktivet er det eneste eller mest dominerende hovedformål med arrangementet. Der henvises til bestemmelsen i fusionsskattedirektivet jf. art. 15 stk. 1a, hvor en medlemsstat kan nægte fordelene i direktivet, hvis transaktioner omfattet af direktivet *”som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse”*. Ud fra retspraksis ved EU-domstolen er det statueret, at fortolkningen er baseret på, om det eneste eller mest dominerende hovedformål er opnåelse af en skattefordel ved

²⁴⁰ Se *Kokolia etc.* (2015), s. 154-155.

²⁴¹ FSR satte blandt andet spørgsmålstegn ved fortolkningen af *”hovedformålet eller der som et af hovedformålene”*, men det kan ikke udledes, at skatteministeren svarer konkret på denne forespørgsel, se L 167 skatteministerens svar på spørgsmål 1 fra FSR – danske revisorer.

²⁴² Se *Debelva etc.* (2015), s. 224-225, som tilsvarende anser betingelsen for at bygge på en såkaldt *”subjectiv test”*.

²⁴³ Se L 167 bemærkninger til lovforslaget som fremlagt, s. 18.

direktivet.²⁴⁴ *Debelva* antager dog, at henvisningen til skatteunddragelse og skatteundgåelse – modsat PSDs henvisning til skattefordele – ikke har betydning for fortolkningen af *”hovedformål eller et af hovedformålene”*. Dette er ikke nødvendigvis en selvfølge. Det virker derfor ikke åbenlyst, at de danske skattemyndigheder og domstole uvægerligt vil skæve til den fortolkning som følger af fusionsskattedirektivet – der ikke er helt enslydende – ved fastlæggelsen af denne betingelse. Det er således uklart, hvor restriktiv for skatteyderen betingelsen i praksis vil blive fortolket.

4.2.3 Formålet med direktiverne

Med henvisning til det netop gennemgåede afsnit omkring, at hovedformålet eller et af hovedformålene er at opnå skattefordele, er det i relation til dette yderligere en betingelse, at denne skattefordel strider mod *”indholdet af eller formålet med direktiverne”*.²⁴⁵ I betragtningerne i pkt. 3 til PSD fremgår det, at:

”formålet med dette direktiv er at fritage udbytter og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat, og at afskaffe dobbeltbeskatning af sådanne indkomster på moderselskabs niveau”.

På trods af at denne bestemmelse eksplicit nævner, at der er tale om formålet med direktivet, må de næste betragtninger immervæk inddrages for en nærmere definition af formålet.²⁴⁶ Det fremlægges efterfølgende i betragtningerne, at sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater ikke bør hæmmes af særlige restriktioner, forskelsbehandling eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes beskatningsregler.²⁴⁷ Formålet med direktivet er dermed, at fritage udbytte for kildebeskatning – når det forekommer mellem et datterselskab og et moderselskab, som begge er beliggende i medlemsstater inden for EU. Det er betragtninger omkring, at der ikke skal være forskel på kildebeskatning af udbytteudlodninger mellem selskaber beliggende internt i en medlemsstat og på selskaber beliggende i to forskellige medlemsstater.²⁴⁸

I forlængelse af ovenstående formål med direktivet, må en umiddelbar udlægning af denne betingelse hvile på, at der *ikke* er tale om en situation, hvor PSD anvendes til at skabe ensartethed i beskatning for selskaber beliggende i to forskellige medlemsstater. Hvis arrangementer eller dele heraf blot er opbygget for at sikre manglende kildebeskatning af et udbytte fra et datterselskab i en medlemsstat til en ultimativt ejer i

²⁴⁴ Se *Debelva etc* (2015), s. 225-226. Der henvises konkret til EU-domstolens kendelser *Kofoed* (Case C-321/05), *Fog-gia* (Case C-126/10) og *Zwijenburg* (Case C-352/08).

²⁴⁵ Selvom henvisningen er til formålet i alle tre EU-direktiver, tages der udelukkende udgangspunkt i formålet for PSD.

²⁴⁶ Dette er i overensstemmelse med *Debelvas* observationer, se *Debelva etc.* (2015), s. 226-227.

²⁴⁷ Se betragtninger pkt. 4 til PSD.

²⁴⁸ Se betragtninger pkt. 6 til PSD.

en tredje ikke-medlemsstat, kan det ikke antages at være i overensstemmelse med direktivets formål.²⁴⁹ Dette må siges at være tilfældet, hvis et holdingselskab anses for at agere som gennemstrømningsselskab.

4.2.4 Ikke-reelle arrangementer

Endelig fremkommer den sidste betingelse i relation til arrangementer eller en serie af arrangementer – hvis de *”ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder”*, bliver det omfattet af omgåelsesklausulen. Det bliver efterfølgende uddybet, at dette skal baseres på, om arrangementer eller en serie af arrangementer *”ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed”*.

Som nævnt har skattemyndighederne den umiddelbare bevisførelse – de skal påvise, at samtlige af de gennemgåede betingelser er opfyldt for at statuere et misbrug iht. omgåelsesklausulen jf. LL § 3, stk. 1. Er dette tilfældet påhviler det herefter skatteyderen at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt ud fra velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed jf. LL § 3, stk. 2.²⁵⁰

Referencen til, om arrangementer eller dele af arrangementer er *”reelle”*, er ikke et begreb, der før er anvendt inden for EU-retten til at bekæmpe misbrug.²⁵¹ Den almene misbrugsvurdering tager udgangspunkt i, hvorvidt det pågældende arrangement er *”kunstigt”* – hvilket også var udgangspunktet i det oprindelige ændringsforslag til PSD.²⁵²

Imidlertid stammer udtrykkene *”velbegrundede kommercielle årsager”* og *”afspejler den økonomiske virkelighed”* fra det EU-retlige misbrugsbegreb.²⁵³ Til FSR’s spørgsmål om fortolkningen af disse termer refererer skatteministeren til, at udtrykkene i et vist omfang er inspireret af EU-domstolen i relation til fusionsskatte-direktivet.²⁵⁴ Skatteministeren henviser konkret til sagen om *Foggia* (Case C-126/10), hvor EU-domstolen tog stilling til rækkevidden af termerne i den givne case. Ved præmissen for afgørelsen blev der lagt vægt på *”(…) at det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke udøver nogen virksomhed, ikke råder over nogen finansielle andele og alene overfører store skattemæssige tab, af ubestemt oprindelse, til det overtagne selskab, udgøre en formodning for, at transaktionen ikke er foretaget ud fra ’forsvarlig økonomiske betragtninger’ i denne bestemmelses forstand (…)”*.

²⁴⁹ FSR satte også spørgsmålstejn ved fortolkningen af *”indholdet af eller formålet med direktiverne”* – men igen valgte skatteministeren ikke at svare konkret på denne forespørgsel, se L 167 Skatteministerens svar på spørgsmål 1 fra FSR – danske revisorer.

²⁵⁰ Se L 167 bemærkninger til lovforslaget som fremlagt, s. 18.

²⁵¹ Se *Debelva etc.* (2015), s. 227.

²⁵² Se *European Commission* (2013), s. 9.

²⁵³ I relation til forklaringen af kunstige arrangementer.

²⁵⁴ se L 167 høringskema bilag 1, s. 28.

Umiddelbart kunne ovenstående føre til, at et selskab uden økonomisk substans, som ikke udfører egentlige operationelle aktiviteter, her anses for et ikke-reelt arrangement. *Debelva* fortolker det dog anderledes. Manglen på økonomisk substans og operationelle aktiviteter skaber en formodning om misbrug – det fører ikke automatisk til, at misbrug hverken kan be- eller afkræftes. Var dette tilfældet, ville rene holdingselskaber – som kun ejer aktier – blive kategoriseret som et misbrugstilfælde, hvorimod blandede holdingselskaber med visse operationelle aktiviteter ikke ville blive ramt af kriteriet.²⁵⁵ Dette synes at være en rimelig betragtning, at vurderingen skal baseres på helheden, da det hænger godt sammen med, at der skal tages udgangspunkt i *”alle relevante faktiske forhold og omstændigheder”*.

Det er indiskutabelt, at fortolkningen af flere af termene og begreberne i ordlyden af omgåelsesklausulen ikke endeligt kan fastlægges, før de danske skattemyndigheder og domstole har taget stilling til konkrete sager. I skatteministerens svar på forespørgslerne omkring uddybning bliver de enkelte termer og begreber uden fast begrebsindhold konstant anvendt som forklaring på andre termer og begreber.²⁵⁶ Følgeligt bliver forklaringerne cirkulære – eksempelvis bygger vurderingen af, hvorvidt *”arrangementer er reelle”* på, om de er *”velbegrundede af kommercielle årsager”* og *”afspejler den økonomiske virkelighed”*. Herved fastlægges der ikke nogen eksakt begrebsdannelse omkring de yderst luftige henvisninger til *”velbegrunde kommercielle årsager”* og *”økonomiske virkelighed”*. *Bundgaard* påpegede allerede ud fra det oprindelige ændringsforslag til direktivet, at der var yderst uklar begrebsdannelse og store fortolkningsvanskeligheder – dette må konstateres stadigvæk at være tilfældet ved det endelige forslag.²⁵⁷

Det er tydeligt, at skatteministeren i sine svar i høj grad støtter sig op af ordlyden i loven og bemærkningerne til lovforslaget – det virker som et åbenlyst ønske om, at det skal være op til de administrative skattemyndigheder samt domstolene at tage stilling til fortolkningen og forståelsen af termene og begreberne.

4.2.5 Omgåelsesklausulen iht. DBO'er

I LL § 3, stk. 3 fremgår den selvstændige omgåelsesklausul ift. de danske DBO'er – ordlyden er ikke enslydende med omgåelsesklausulen for direktiverne. Forskellen imellem de to klausuler kan forklares ved det faktum, at der hersker et ønske om at følge formuleringen i henholdsvis PSD for direktivernes klausul og OECD's anbefalinger for klausulen omkring DBO'er. Det bemærkes, at OECD's anbefalinger er baseret på arbejdet med rapporten for BEPS action plan 6 om *”treaty abuse”*²⁵⁸ – hvorfor lovgiver har søgt efter, at

²⁵⁵ Se *Debelva etc.* (2015), s. 227-228.

²⁵⁶ Se L 167 skatteministerens svar på spørgsmål 1 fra FSR – danske revisorer.

²⁵⁷ Se *Bundgaard* (2014), s. 97.

²⁵⁸ Se *OECD* (2) (2014).

formuleringen ligger så tæt på de omgåelsesklausuler, der i fremtiden forventes at blive indført i de danske DBO'er.²⁵⁹ Formuleringen af omgåelsesklausulen for DBO'er lyder:

*"Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten".*²⁶⁰

Skønt ordlyden i omgåelsesklausulen for DBO'er ikke er fuldkommen enslydende med den for direktiverne, kan det ikke forventes, at der umiddelbart er væsentlige forskelle i fortolkningen. Skatteministeren pointerer at *"det dog er vurderingen, at der ikke er væsentlig forskel på de to omgåelsesklausuler, hvilket indebærer, at man med rette kan skele til de bemærkninger, der knytter sig til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, ved fortolkningen af omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne"*.²⁶¹

Poulsen konstaterer, at det på den baggrund ikke kan udelukkes, at EU-retten skal tillægges værdi ved fortolkning af omgåelsesklausulen for DBO'er.²⁶² Dette synes at være en berettiget konklusion især baseret på skatteministerens udtalelse om, at der ikke er væsentlig forskel på de to omgåelsesklausuler. Da EU-retten tillægges værdi ved klausulen for direktiverne, må det være hensigtsmæssigt, at dette også er tilfældet for klausulen for DBO'er – hvis praksis omkring fortolkningen skal udvikle sig ensartet. Det er desuden værd at bemærke, at det eksplicit bliver fremhævet, at omgåelsesklausulen iht. de EU-retlige direktiver har forrang ift. transaktioner med skatteydere, der er dækket af både EU-direktivet og en DBO med Danmark.²⁶³ Prioriteringsreglen medfører derfor, at en skatteyder ikke bliver vurderet efter begge omgåelsesklausuler – omgåelsesklausulen for DBO'er gælder kun i de tilfælde, hvor modtageren er beliggende i et land uden for EU, som har en DBO med Danmark.

Det bør nævnes, at formuleringen i omgåelsesklausulen for DBO'er adskiller sig fra den for direktiver ved, at der ikke henvises til, om arrangementerne er reelle. Det kan dog udledes af forarbejderne, at dette formentlig er indfortolket i omgåelsesklausulen for DBO'er. Referencen i formuleringen til indholdet af og formålet med bestemmelsen i DBO'en må fortolkes som en *"tilvejebringelse af traktatmæssig beskyttelse for at undgå dobbeltbeskatning i tilfælde af personer, som reelt er engageret i god tro i grænseoverskriden-*

²⁵⁹ Se L 167 bemærkninger til lovforslaget som fremlagt, s. 9-12.

²⁶⁰ Jf. LL § 3, stk. 3.

²⁶¹ Se L 167 skatteministerens svar på spørgsmål 1 fra FSR - danske Revisorer.

²⁶² Se Poulsen (2015), s. 4.

²⁶³ Jf. LL § 3, stk. 4.

de handel og investeringer”.²⁶⁴ Således bliver det fastlagt, at formålet er at beskytte ”personer”, som ”reelt” er i god tro – hvorfor vurderingen af det reelle ligger implicit i bestemmelsen.

Ligeledes er der en forskel, idet omgåelsesklausulen for DBO’er henviser til *”ethvert arrangement eller enhver transaktion”*. Det bliver i forarbejderne konkret fastsat, at *”vendingen ’ethvert arrangement eller enhver transaktion’ skal fortolkes bredt og omfatter enhver aftale, fælles forståelse, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om man kan støtte ret på dem eller ej(...) vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation”*.²⁶⁵ Lovgiver har herved uddybet betydningen væsentligt mere end det var tilfældet ved referencen til *”arrangementer”* i omgåelsesklausulen for direktiverne.

I høringsvarene blev der fra flere interessenter sat spørgsmålstejn ved, om indførslen af omgåelsesklausulen ville have konsekvenser for allerede indgåede DBO’er med Danmark. I fleres øjne er der tale om en ændring – hvilket først skal aftales med staterne, som Danmark har indgået DBO’er med, for at en eventuel opsigelse undgås.²⁶⁶ Skatteministeren referer til kommentarerne i pkt. 9.5 til art. 1 i OECD’s modeloverenskomst. Her fremgår det, at stater ikke er forpligtet til at indrømme fordele iht. DBO’er ved deltagelse i arrangementer, der indebærer et misbrug af overenskomstens bestemmelser. Endvidere gør skatteministeren det gældende, at dette ligger inden for wienerkonventionen om traktatrettens art. 31, stk. 1 omkring loyal fortolkning af overenskomster i overensstemmelse med den sædvanlige betydning – belyst af dens hensigt og formål.²⁶⁷

4.3 Delkonklusion 3

På baggrund af den manglende sammenhæng på tværs af medlemsstaternes interne ret mht. misbrug blev *muligheden* for indførsel af misbrugsbestemmelser udskiftet med et obligatorisk *krav* om indførsel af en omgåelsesklausul iht. PSD. Den danske implementering af omgåelsesklausulen i LL § 3 påvirker dog ikke kun gældende ret ift. frafald af dansk kildebeskatning med henvisning til PSD. I Danmark valgte man tilsvarende at implementere en omgåelsesklausul iht. de danske DBO’er.²⁶⁸ Således er fortolkningen af de to omgåelsesklausuler afgørende for om etablering af en skattefri holdingstruktur ved udlodning af udbytter fra Danmark kan opretholdes – eller om der opstår begrænset skattepligt til Danmark jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Det konstateres, at EU-retten og den tilknyttede domspraksis omkring misbrug spiller en rolle i fastlæggelsen af den danske fortolkning af omgåelsesklausulerne.

²⁶⁴ Se L 167 bemærkninger til lovforslaget som fremlagt, s. 19.

²⁶⁵ Se L 167 bemærkninger til lovforslaget som fremlagt, s. 18.

²⁶⁶ se L 167 høringskema bilag 1, hvor Advokatrådet, Danske advokater, Dansk Erhverv, Dansk Invest, DVCA og FSR udtrykker bekymring for, om dette vil træde i kraft.

²⁶⁷ se L 167 høringskema bilag 1, s. 2.

²⁶⁸ Jf. LL § 3, stk. 3.

Det må konkluderes, at gældende ret i Danmark omkring muligheden for etablering af en skattefri holdingstruktur er blevet indskrænket. Den manglende danske implementering af en misbrugsbestemmelse har tidligere ført til – se *SKM.2012.26.LSR* – at det ikke var muligt at nægte gennemstrømningsselskaber fordelene ved PSD. Dette hul må siges at være lukket nu. Der er imidlertid flere usikkerhedselementer i relation til fortolkningen af betingelserne i omgåelsesklausulen for direktiverne. Ligesom konsekvenserne for de danske DBO'er er uvis ift., hvilke yderligere situationer denne omgåelsesklausul omfatter – sammenlignet med det eksisterende beneficial owner-krav.

I forarbejderne er opstillet et assisterende eksempel angående rækkevidden af klausulen ift. udbytteudlodning og gennemstrømningsselskaber. Det må dog konstateres – i lighed med adskillige andre forsøg fra skatteministeren på begrebsdefinitioner i bestemmelsen – at eksemplet mangler konkretisering og uddybning af, hvad skattemyndighederne og domstolene i praksis bør tillægge fortolkningsværdi. Bestemmelsen indledes tilsvarende med en betingelse omkring, at der skal være tale om *”arrangementer eller serie af arrangementer”*, uden at begrebets rækkevidde udtrykkeligt bliver defineret.

For at den direktivmæssige omgåelsesklausul bliver aktuel, er det en betingelse, at skattefordelene er hovedformålet eller et af hovedformålene med tilrettelæggelsen. En umiddelbar fortolkning af dette er særdeles restriktiv for skatteyderen – det er ikke afgørende, at skatteyderen gør gældende, at arrangementet samtidig har flere andre hovedformål end det skattemæssige. Det kan dog ikke endegyldigt fastlægges, om den danske fortolkning bliver så restriktiv – med henvisning til praksis ved EU-domstolen omkring lignende misbrug af fusionsskattedirektivet.

Endvidere er det en betingelse, at arrangementer strider mod *”indholdet og formålet med direktivet”*. Der henvises her til en ensartet skattebehandling af udbytteudlodning mellem selskaber internt i en stat og eksternt mellem selskaber beliggende i to forskellige medlemsstater.²⁶⁹ Er hensigten med arrangementet, at få skattefrihed for selskaber i en tredje ikke-medlemsstat, strider det imod formålet med direktivet.

Endelig fremkommer den sidste betingelse vedrørende, at arrangementerne *”ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder”*. Fortolkningen af ikke-reelle arrangementer bygger på de luftige og diffust begrebsdefinerede referencer til *”velbegrundede kommercielle årsager”* og *”afspejler den økonomiske virkelighed”*. I EU-retten kan der søges fortolkningsmæssig hjælp – at et holding-selskab mangler økonomisk substans og operationel aktivitet kan skabe en formodning om misbrug. Det er dog afgørende, at der bliver set på de faktiske forhold og omstændigheder. Det ville være en fejlslutning at konkludere, at rene holdingselskaber udgør misbrug, hvorimod blandede holdingselskabet ikke gør.

²⁶⁹ Se betragtninger pkt. 3,4 og 6 til PSD.

Omgåelsesklausulen for DBO'er jf. LL § 3, stk. 3 bygger på OECD's anbefalinger ud fra BEPS action 6 – hvorfor ordlyden ikke er enslydende med den direktivmæssige omgåelsesklausul. Ud fra skatteministerens udtalelser må det imidlertid konkluderes, at fortolkningen af de to klausuler i høj grad bør være uden væsentlige forskelle. Det bemærkes, at omgåelsesklausulen kun finder anvendelse ved situationer med en "person" uden for EU, som har en DBO med Danmark.²⁷⁰ Det kan ikke umiddelbart påpeges, i hvilke tilfælde omgåelsesklausulen vil være gældende, der ikke allerede er dækket af beneficial owner-kravet.

²⁷⁰ Jf. LL § 3, stk. 4.

Konklusion

Hjemlen i dansk ret for at statuere, hvornår et udenlandsk holdingselskab bliver begrænset skattepligtig til Danmark af et modtaget udbytte fra et dansk selskab, fremgår af SEL § 2, stk. 1, litra c. Som udgangspunkt skal der indeholdes 27 pct. kildeskat til Danmark.²⁷¹ Dette gælder imidlertid ikke, hvis udbyttet er fra koncern- eller datterselskabsaktier – det er herved afgørende, om udbyttet oppebæres af et udenlandsk selskab, der ejer et dansk selskab med mindst 10 pct. Endvidere er det en betingelse for den danske beskatningsret, at der skal ske frafald eller nedsættelse af beskatningen med reference til PSD eller de danske DBO'er. Det er netop denne del, som er relevant ift. betragtningerne om gennemstrømning.

For at opnå fordelene iht. DBO'erne – frafald eller nedsætning af beskatningen fra kildestaten – fremgår det af OECD's modeloverenskomst art. 10, stk. 2 med tilhørende kommentarer, at modtageren skal være den retmæssige ejer. Ydermere – for at opretholde fordelene ved de danske DBO'er – skal den nye omgåelses-klausul for DBO'er vurderes jf. LL § 3, stk. 3. Bedømmelsen af, hvorvidt et holdingselskab kan opnå fordelene ved PSD afhænger af den i dansk ret implementerede omgåelses-klausul for direktiver jf. LL § 3, stk. 1 og 2.

Gældende dansk ret ift. vurdering af, om et holdingselskab er retmæssig ejer, skal foretages ud fra en international autonom fortolkning i overensstemmelse med OECD's modeloverenskomst art. 10, stk. 2.²⁷² Det er endegyldigt slået fast med opdateringerne fra d. 5. juli 2014, at definitionen af begrebet i hverken kildestaten eller domicilstaten – såfremt det skulle være tilfældet, at der forelå en sådan definition i intern lov – kan inddrages. Danmark, som følger civil laws retstraditioner, har ikke en definition af begrebet. Hvis domicilstatens definition blev inddraget i danske retmæssig ejer-sager ville fortolkningen imidlertid kunne være anderledes – hvorfor fastlæggelse af en international autonom tilgang er afgørende for vurderingen af, om et gennemstrømningsselskab bliver begrænset skattepligtig til Danmark af udbytter. Det kan desuden konkluderes, at opdateringerne i 2014 har karakter af præciseringer, hvorfor det følger en dynamisk fortolkning – fremtidige danske beneficial owner-sager vil anvende opdateringerne, selvom sagen omhandler danske DBO'er af ældre dato.

I dansk retspraksis fandt landsskatteretten i *SKM.2012.26.LSR* det unødvendigt at tage stilling til, om et selskab i USA var den ultimative ejer af et udbytte – og om DBO'en mellem Danmark og USA herved kunne blive aktuel. Med opdateringerne blev ordlyden i art. 10, stk. 2 omformuleret for specifikt at præcisere, at det afgørende for kildelandets nedsatte beskatningsret er, hvorvidt den retmæssige ejer er hjemmehørende i en kontraherende stat. Det må endeligt konkluderes, at opretholdelsen af den danske begrænsede

²⁷¹ Jf. KSL § 65, stk. 1.

²⁷² Jf. pkt. 12.1 til art. 10, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst.

skattepligt af udbytter ift. DBO'er bygger på, om der er indgået en DBO med staten for den retmæssige ejer.

Ved modellens kriterier for, om modtageren fungerer som en "*gennemstrømningsenhed*" – med meget snævre beføjelser, der i relation til udbyttet agerer som en "*nulitet*" eller "*administrator*" – er det yderligere tilføjet som en betingelse, at modtageren har "*the right to use and enjoy the dividend*".²⁷³ Der bemærkes, at rækkevidden af beneficial owner-kravet herved er mere snæver end det oprindelige forslags reference til "*the full right*".

I den internationale retspraksis har der hersket en divergerende opfattelse omkring, hvorvidt der udelukkende bør fokuseres på det juridiske, eller om det substantielle også bør indgå ved vurdering af, om der foreligger en gennemstrømning – illustreret ved de modsigende konklusioner ved den engelske *Indofood*-dom og den canadiske *prévost*-sag. Ud fra retspraksis i Danmark samt opdateringerne i OECD's modeloverenskomst må det konkluderes, at der ikke er skabt endelig klarhed over den danske retstilstand på området. Landsskatteretten er nu af den holdning, at det substantielle bør tillægges værdi. Ved den enkeltstående dom i *SKM.2012.121.ØLR* førte den manglende videreudlodning af udbyttet dog til, at landsretten ikke tog stilling til de resterende spørgsmål – herunder vurderingen af det substantielle. I opdateringerne til modellen har ordvalget "*in substance*" medført splittelse i litteraturen ift., om dette legitimerer inddragelse af det substantielle. Endelig må de påpeges, at fortolkningen af udtrykket "*to pass on the payment*" mangler uddybning og konkretisering for i praksis at kunne vurdere, hvornår udbyttet til et holdingselskab er viderebetalt som gennemstrømning.

Omgåelsesklausulen for DBO'er skal – på trods af en ikke-enslydende ordlyd – fortolkes uden væsentlig forskel fra omgåelsesklausulen for direktiver. Ud fra lovforarbejder og skatteministerens svar er det imidlertid svært at vurdere, i hvilke tilfælde af gennemstrømning misbrugsklausulen er gældende udover tilfælde, der allerede er omfattet af beneficial owner-bestemmelsen.

Ift. fordelene af PSD blev der i *SkM.2012.26.LSR* taget stilling til et afgørende punkt; den på daværende tidspunkt manglende implementering af en anti-misbrugsbestemmelse i dansk skatteret medfører, at et legitimt stiftet holdingselskab havde ret til fordelene af direktivet. Holdingselskabet blev vurderet til at være rette indkomstmodtager – og kunne ikke tilsidesættes efter realitetsbetragtninger. Med implementering af omgåelsesklausulen er gældende ret i Danmark ændret – der er skabt hjemmel til at tilsidesætte direktivets fordele ved gennemstrømning af udbytte gennem et holdingselskab.

²⁷³ Jf. kommentarerne pkt. 12.2-12.4 til art. 10, stk. 2.

Fortolkningen af de konkrete betingelser i omgåelsesklausulen indebærer dog stadigvæk markante usikkerhedselementer ift., hvad de danske skattemyndigheder og domstole i praksis bør tillægge betydning. Det er uvist, hvorvidt betingelsen om, at *"hovedformålet eller et af hovedformålet med tilrettelæggelsen"* bør fortolkes så restriktivt for skatteyderen, at det ikke kan gøres gældende, at arrangementet også har andre formål – eller om EU-domstolens lempeligere praksis for skatteydere ved misbrug af fusionsskattedirektivet kan inddrages. Det er ligeledes usikkert, hvordan fortolkningen i Danmark bliver af udtrykket *"ikke-reelle arrangementer"* med henblik på de luftige og ikke endeligt begrebsdefinerede udtryk om *"velbegrundende kommercielle arrangementer"* og *"afspejler den økonomiske virkelighed"*.

Det må konkluderes, at sagaen omkring udbyttekildebeskatning af holdingselskaber i relation til gennemstrømningsselskaber ikke ender med hverken opdateringerne af beneficial owner-betingelsen i modellen eller indførslen af omgåelsesklausuler i dansk ret. Der mangler stadigvæk centrale fortolkningsbidrag – og yderligere domspraksis – for at vurdere udfaldet af danske sager med gennemstrømningsselskaber.

Perspektivering

BEPS anser "treaty abuse" og mere specifikt "treaty shopping" som et af de mest afgørende internationale skattemæssige problemer, hvilket har ført til, at de i deres rapport om action plan 6 har opstillet forslag til forbedringer af OECD's modeloverenskomst.²⁷⁴ Med inspiration fra USA fremsætter BEPS blandt andet forslaget om, at der i modeloverenskomsten inkluderes en "limitation on benefit"-bestemmelse (LOB) – som stort set alle USA's DBO'er indeholder.²⁷⁵

LOB-bestemmelsen fra BEPS opstiller en kompleks serie af kriterier til vurdering af, om en "person" er kvalificeret til at opnå fordelene ved en DBO. Med indførslen af LOB bliver en indskrænkning af rækkevidde for anvendelse af DBO'er sat i højsædet. Hensigten med denne tilføjelse er at gøre det sværere for en skatteyder at manipulere sig til overenskomstmæssige fordele. Bestemmelsen opstiller som et grundlæggende krav – for at en "person" er kvalificeret til at anvende en DBO – at "personen" falder inden for én af otte kategorier.²⁷⁶

Det er imidlertid kun fem af kategorierne, der er relevante at teste, for at afgøre om et selskab er kvalificeret. De første fire tests er såkaldte objektive tests: "*the publicity traded company test*", "*the ownership and base erosion test*", "*the active business test*" og "*the derivative benefits and base erosion test*". Uden at gå i dybden med kriterierne i de enkelte tests, må det konstateres, at de alle hviler på objektive målbare retningslinjer. For at supplere dette er den sidste test i rækken – "*competent authority relief*" – af subjektiv karakter.²⁷⁷

Det skal nævnes, at OECD eksplicit pointerer, at tiltaget med LOB ikke ændre på den allerede eksisterende praksis i modellen omkring beneficial owner. En kvalificeret "person" efter LOB skal stadigvæk overholde kriterierne for beneficial owner i relation til art. 10, stk. 2 og kommentarerne dertil. Dette hænger sammen med, at beneficial owner-kravet kun rammer nogle former for treaty shopping – intentionen er således, at LOB skal ramme andre former.²⁷⁸

Det bliver interessant at følge – såfremt LOB-bestemmelsen bliver inkluderet i modeloverenskomsten – hvorledes dette vil påvirke den danske gældende ret omkring muligheden for etablering af gennemstrømningsselskaber med skattefrihed.

²⁷⁴ Se OECD (2) (2014), s. 9. Det er netop denne rapport, som udformningen af ordlyden i den danske omgåelsesklausel for DBO'er har taget udgangspunkt i.

²⁷⁵ Se Jiang (2015), s. 2-3, som undersøger konceptet omkring "treaty shopping" og LOB-bestemmelsen ift. OECD's formål og scope med BEPS-projektet action plan 6.

²⁷⁶ Se OECD (2) (2014), s. 24-30; Jiang (2015), s. 3.

²⁷⁷ Se Jiang (2015), s. 7-11.

²⁷⁸ Se OECD (2) (2014), s.20-22, 32.

Litteraturfortegnelse

Bøger

- Askholt, Steen, Jane Bolander, John Engsig, Liselotte Madsen og Aage Michelsen (2013). *Lærebog om indkomst skat* (15. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets forlag DJØF.
- Bundgaard, Jacob, Niels Winther-Sørensen, Jens Wittendorff, Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel, Jane Ferniss og Claus Hedegaard Eriksen (2013). *Skatteretten 3* (6. udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.
- Lang, Michael, Alexander Rust, Alfred Storck, Claus Staringer, Josef Schuch, Pasquale Pistone (2015). *The OECD –Model-Convention and its update 2014*. Wien: LINDE VERLAG Ges.m.b.H.
- Lang, Michael, Alfred Storck, Claus Staringer, Josef Schuch, Pasquale Pistone (2013). *Beneficial ownership: Recent trends*. Amsterdam: IBFD.
- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø (2011). *Retskilder & retsteorier* (3. udg.). København: Jurist og Økonomforbundets Forlag.
- Winther-Sørensen, Niels (2012). *OECD's modeloverenskomst 2010 – med kommentarer samt opdateringer til art. 26* (5. udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.

Artikler

- Arnold, Brian (2014). *An Introduction to the 2014 Update to the OECD Model*. Bulletin for International Taxation 2014, Vol. 60, No. 10.
- Avery Jones, John, Richard Vann og Joanna Wheeler (2011). *OECD Discussion draft "Clarification of the Meaning of 'Beneficial Owner' in the OECD Model Tax Convention"*. OECD rapport.
- Barret, Edward (2014). *The Changes Introduced by the 2014 Update to the OECD Model Tax Convention*. Bulletin for International Taxation 2014, Vol. 68, No. 10.
- Becker-Christensen, Anne (2012). *SKATs fornemmelser for forsømmelighed – om hæftelse for indeholdt kildeskat på udbytter og renter*. Skat Udland 2012, 183.
- Boch, Patrick (2013). *Decemberændring af selskabsloven – dødsstødet for "gennemstrømningselskaber"?*. Skattepolitisk Oversigt 2013, 175.
- Booker, Thomas (2013). *Beneficial owner*. IBFD European Taxation, April 2013.
- Booker, Thomas (2012). *Recent Developments Regarding Beneficial Ownership in Denmark*. IBFD European Taxation, February/March 2012.
- Bundgaard, Jacob (2014). *Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning – om ændringsforslaget til EU's moder-/datterselskabsdirektiv*. Skat Udland 2014, 45.

- Bundgaard, Jakob (2012). *Sagaen fortsætter – om den seneste udvikling i retspraksis vedrørende beneficial ownership*. Skat Udland 2012, 98.
- Bundgaard, Jakob (2011). *Beneficial owner – nu en reel bestandel af dansk skatteret*. Skat Udland 2011, 31.
- Christian Johansen, Rasmus og Philip Noes (2014). *2014-opdateringerne til OECD's modeloverenskomst vedrørende indkomst og formue*. Skat Udland 2014, 369.
- Christians, Allison (2014). *Lux Leaks: Revealing the Law, One Plain Brown Envelope at a Time*. Tax notes international 2014, Vol. 76, No. 12.
- Christiansen, Tommy (2012). *Beneficial owner – østre landsrets dom af 20/12 2011, jr. Nr. b-2152-10*. Juridisk Ugebrev Skat 2012, 7.
- Dacio Rolim, Joao (2015). *Proportionality and Fair Taxation*. Intertax 2015, Vol. 43, Issue 5.
- Debelva, Filip og Joris Luts (2015). *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*. IBFD European Taxation, June 2015.
- Gooijer, Jan (2014). *Beneficial owner: Judicial Variety in Interpretation Counteracted by the 2012 OECD Proposals?*. Intertax 2014, vol. 42, issue 4.
- Hjorth Bærentzen, Susi (2012). *Velcro Canada- sagen og nyt diskussionsoplæg fra OECD om beneficial owner*. Skat Udland 2012, 431.
- Jesper Hansen, Søren og Ann-Charlotte Beierholm (2015). *Uløst dobbeltbeskatning – de kommende års reelle problem inden for selskabsskatten*. Skat Udland 2015, 1.
- Jiang, Quenfang (2015). *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*. Bulletin for International Taxation 2015, vol. 69, no. 3.
- Koerver Schmidt, Peter (2015). *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*. Tidsskrift for skatter og afgifter 2015, 238.
- Kokolia, Evgenia og Evgenia Chatziioakeimidou (2015). *BEPS impact on EU Law: Hybrid payments and Abusive Tax Behaviour*. IBFD European Taxation, April 2015.
- Poulsen, Martin (2015). *Skattelypakken – ny international omgørelsesklausul i dansk skatteret*. SR-Skat 2015, 97.
- Poulsen, Martin (2013). *Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law*. Intertax 2013, Vol. 41, Issue 4.
- Poulsen, Martin (2011). *Kunstige arrangementer og misbrug af EU-retten*. Tidsskrift for skatter og afgifter 2011, 905.

- Redaktionen SR-Skat (2015). *Skattelypakken og retsikkerheden*. SR-Skat 2015, 46.
- Rosenbloom, David (1994). *Emerging US Treaty policy*. Intertax 1994, Vol. 2, S. 83-86.
- Severin Hansen, Hans (2011). *Det store hykleri – om ”beneficial owner sagerne*. Tidsskrift for skatter og afgifter 2011, 537.
- Severin Hansen, Hans, Lasse Esbjerg Christensen og Anders Endicott Pedersen (2013). *Danish ”beneficial owner” cases – A status Report*. Bulletin for International Taxation 2013, April/may.
- Steen Schmidt, Ole og Niclas Holst Sonne (2013). *L10 - Gennemstrømningselskaber*. Skat Udland 2013, 1.
- Vann, Richard (2012). *Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us*. Sydney law school research paper 2012, No. 12/66.
- Wardzynski, Adrian (2015). *The 2014 Update to the OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial Ownership*. Intertax 2015, Vol. 43, Issue 2.
- Wittendorff, Jens (2015). *Videreudlodningsreglen*. Skat Udland 2015, 94.
- Wittendorff, Jens (2014). *SEL § 2 D mv. – begrænset skattepligt af udbytter*. Tidsskrift for skatter og afgifter 2014, 283.

Rapporter

- European Commission (2013). *Proposal for a Council Directive – amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*. European Commission rapport.
- OECD (1) (2014). *2014 Update to the OECD Model Tax Convention*. OECD rapport.
- OECD (2) (2014). *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. OECD rapport.
- OECD (2013). *Action plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD rapport.
- OECD (2012). *OECD Model Tax Convention: Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial owner” in Articles 10, 11 and 12*. OECD rapport.
- OECD (2011). *Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention – Discussion draft*. OECD rapport.
- OECD (1986). *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies – R(6)*. OECD rapport.
- SKM (1) (2014). *Styrket indsats mod skattely – Bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner*. SKM rapport.

Internetsider

- OECD.org (2014). *Public Comments Received on the Discussion draft on the Meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention*.Html:
<http://www.oecd.org/tax/treaties/publiccommentsreceivedonthediscussiondraftonthemeaningofbeneficialownerintheoecdmodeltaxconvention.htm> (set d.12.04.2015).

Lovforarbejder

- Skatteministeriet (20. marts 2015). *L 167 bemærkninger til lovforslaget som fremsat*. (Set. d.10.06.2015).
- Skatteministeriet (20. marts 2015). *L 167 henvendelse af 29. marts 2015 fra FSR – danske revisorer bilag 3*. (Set. d.10.06.2015).
- Skatteministeriet (20. marts 2015). *L 167 høringsskema bilag 1*. (Set. d.10.06.2015).
- Skatteministeriet (20. marts 2015). *L 167 høringssvar bilag 1*. (Set. d.10.06.2015).
- Skatteministeriet (20. marts 2015). *L 167 skatteministerens svar på spørgsmål 1 fra FSR – danske revisorer*. (Set. d.10.06.2015).

Dansk doms- og afgørelsesregister

- SKM.2003.482.HR (TfS 2003, 889)
- SKM.2006.749.HR (TfS 2006, 1062)
- SKM.2010.729.LSR (TfS 2010, 974)
- SKM.2011.57.LSR (TfS 2011, 277)
- SKM.2011.59.LSR (TfS 2011, 321)
- SKM.2011.485.LSR (TfS 2011, 676)
- SKM.2012.26.LSR (TfS 2012, 126)
- SKM.2012.409.LSR (TfS 2012, 502)
- SKM.2012.121.ØLR, tidligere SKM2010.268.LSR (TfS 2012, 181)
- SKM.2012.100.SKAT (TfS 2012, 190)
- SKM.2015.268.SR (TfS 2015, 319)

EU-Domstolens afgørelser

- Cadbury Schweppes C-196/04
- Kofoed C-321/05
- Zwijnenburg C-352/08
- Foggia C-126/10

Internationale afgørelser

- Tribunal Fédéral af 28. november 2005 (Case 2a. 239/2005): *X ApS vs. the tax authorities*.
- Court of Appeal of England and Wales af 2. Marts 2006 (Case A3/2005/2497): *Indofood International Finance Limited vs. JP Morgan Chase Bank NA*.
- Audiencia Nacional af 18. juli 2006 (Case 1110/2003): *Real Madrid FC vs. the tax authorities*.
- Conseil d'État af d. 29. december 2006 (Case 283314): *Bank of Scotland vs. the tax authorities*.
- Federal Court of Appeal af 26. februar 2009 (FCA case A-251-08): *Prevost Car Inc 2009 vs. Her Majesty the Queen*.
- Tribunal Económico Administrativo Central af 28. september 2009 (Case RG 1481/2007): *Spanish subsidiary vs. the tax authorities*.
- The tax Court of Canada af 25. februar 2012: (Case TCC 57/2012): *Velcro Canda Inc. vs. Her Majesty the Queen*.
- Tribunal Fédéral af 23. juli 2012 (Case A-1246/2011): *A vs. the tax authorities*.