

Fortolkningen af retmæssig ejer ved udbytteudlodninger i et koncernoptimerende perspektiv

Interpretation of beneficial owner of
dividend distribution in a
perspective of group optimization

Kandidatafhandling på
Cand.merc.(jur.) & Cand.merc.aud.

25. juli 2019



CBS

COPENHAGEN
BUSINESS SCHOOL
HANDELSSKOLEN

Antal anslag
Antal normalsider

231.722 tegn
102 sider

Forfattere
Kristina Kruse
Stephanie Edske Henriksen

Studienr.
92785
93758

Vejledere
Erik Banner-Voigt
Lasse Holt

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
Definitionsliste	4
Kapitel 1 – Introduktion	5
1.1 Indledning	5
1.2 Problemstilling	6
1.3 Emneafgrænsning	7
1.4 Synsvinkel	9
1.5 Juridisk metode	9
1.5.1 Retsdogmatisk metode	9
1.5.2 Retskildelæren	10
1.6 Økonomisk metode	12
1.7 Integreret metode	15
1.8 Struktur	15
Kapitel 2 – Juridisk analyse	17
2.1 Indledning til beskatning af udbytter	17
2.1.1 Begrebet <i>retmæssig ejer</i> og misbrugsklausuler	17
2.1.2 Intern beskatningsret af udbytter	18
2.1.3 Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU	21
2.1.5 OECD's modelbeskatningsoverenskomst	23
2.2 Fortolkning af retmæssig ejer-begrebet og misbrug	24
2.2.1 Intern retspraksis	25
2.2.2 OECD modelbeskatningsoverenskomst	31
2.2.3 EU-ret	35
2.2.4 Ny retspraksis fra EU-domstolen	39
2.2.5 Samlet fortolkning	47
2.3 Substansvurdering	49
2.3.1 Dansk perspektiv på substans	49
2.3.2 Generaladvokatens udtalelse	51
2.3.3 EU-domstolens vurdering af substans	52
2.3.4 Samlet fortolkning af substans	55
2.6 Juridisk delkonklusion	56
Kapitel 3 - Økonomisk analyse	58
3.1 Indledning	58
3.2 Forholdet mellem staten og koncernen	60
3.2.1 Statens omkostninger ved oprettelse og ikke-oprettelse af holdingselskab	62
3.2.2. Incitamentsforenelig kontrakt mellem staten og koncernen	63
3.3 Transaktionsomkostninger i forbindelse med optimering af koncernstrukturen	65
3.3.1 Omkostningspåvirkninger i beslutningsprocessen om optimering af koncernstrukturen	66
3.4 Valg af koncernstrukturer med investering som formål	68
3.4.1 Indledende definitioner	68
3.4.2 Nedsættelse eller frafald af udbyttebeskatning	70
3.4.3 Risiko ved koncerninvesteringer	74
3.4.4 Afkast ved koncerninvesteringer	82
3.5 Spilteori	83

3.5.1 Spilteoretisk opstilling af koncernstruktur	85
3.5.2 Koncernens valg ved optimering af koncernstruktur	92
3.6 Økonomisk delkonklusion	93
Kapitel 4 - Integreret analyse	95
4.1 Klar definition af trepartstesten	96
4.1.1 Den nye bestemmelse	96
4.1.2 Konsekvenser af den nye bestemmelse	98
4.2 Samfundsmæssig optimering af koncernstruktur-problemet	99
4.2.1 Reducering af samfundstabet	100
4.2.2 Spilteoretisk påvirkning	102
4.3 Integreret delkonklusion	107
Kapitel 5 – Konklusion	109
Bibliografi	111
Bøger	111
Tidsskrifter & artikler	112
Rapporter & vejledninger	113
Lovgivning	114
Retspraksis	115
Bilag	117
Bilag 1 - SKM.2010.268 LSR	117
Bilag 2 - SKM.2015.397 Ø	119
Bilag 3 - SKM.2016.281.HR	120
Bilag 4 - C-116/16	122
Bilag 5 - C-117/16	123
Bilag 6 - Relevante præjudicielle spørgsmål til sag C-116/16 og C-117/16	124
Bilag 7 - Præmisser fra generaladvokatens forslag til afgørelse af sagerne 117/16 og 116/16	126
Bilag 8 - Præmisser fra EU-domstolens afgørelse af sagerne C-116/16 og sag C-117/16 om udbytter	131
Bilag 9 - Præmisser fra EU-domstolens afgørelse af sagerne C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 om renter	135

Abstract

This thesis examines the opportunity for a group to optimize their dividend payment using tax planning by inserting a holding company in the group structure. It will be possible to reach a reduced tax rate of 5 % or 15 % instead of the Danish withholding tax of 22 %, using the model tax convention from OECD or to avoid tax by using the EU Parent-Subsidiary Directive. This type of optimization is only an opportunity if certain rules are respected. This regards the requirement of being a beneficial owner of the dividend, not using abuse and to have substance. These three concepts are not clearly defined in either the model tax convention or the Parent-Subsidiary Directive. Hence, it is analyzed in a legal analysis how these concepts are to be interpreted based on the reading from the Danish Court, EU regulation, European Court of Justice and OECD.

The legal analysis concludes on the three concepts and has united the interpretations of the different institutions. In addition, it is concluded legally that the concept will affect national courts in the future, due to a clarified definition by the European Court of Justice. However, this has not resulted in a clear definition of the concepts.

The economic analysis shows how the different tax regulations in the countries provides the group incentives to establish in tax havens and how this affects the community. It is concluded based on investment theoretical aspects and game theory that the best opportunity for the group is to establish a holding company in a member state of EU. This affects the state negatively which results in a negative externality and a negative result on the community.

Due to an unclear definition of the three aspects legally and the negative economic effect on the community, an optimized rule of the law containing a clear definition and a more identical taxation of dividends is proposed from a legal economy theory. This optimization results in a more efficient equilibrium between the group and the state due to a reduction of the incentives, which reduces the social deadweight loss.

Overall the new proposal changes the conclusions of the legal analysis and the economic analysis to a societal optimum with a better distribution of costs and risk between the two parties.

Definitionsliste

OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
GAAR	General Anti Avoidance Rule
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
PPT	Principal purpose test
LL	Ligningsloven
SEL	Selskabsskatteloven
KSL	Kildeskatteloven
ABL	Aktieavancebeskatningsloven
SL	Selskabsloven
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
BEPS	Base erosion and profit shifting
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
P/A-teorien	Principal/agent-teorien
MPC	Marginal private costs
MSC	Marginal social costs
MSB	Marginal social benefits

Kapitel 1 – Introduktion

1.1 Indledning

I de seneste år har grænseoverskridende skatteunddragelse, ved brugen af bestemte selskabskonstruktioner, der optimerer koncernens skattebetaling, været i betydelig udvikling. Ved sådan skatteplanlægning taber Danmark årligt ca. 3,5 milliarder kroner til andre lande¹. Dette sker ved, at koncerner skatteoptimerer ved at indskyde og placere holdingselskaber i lande, hvor især kildebeskatningen på udbytter, der kommer fra danske datterselskaber², helt vil frafalde, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU eller nedsættes, jf. OECD's modelbeskatningsoverenskomst. Koncerner kan derfor spekulere i at indskyde holdingselskaber, der på papiret skal fungere som moderselskab til datterselskabet i Danmark, hvorved de opnår skattefrihed på udbytter, eller indskyde holdingselskaber, der skal fungere som retmæssige ejere af det modtagne udbytte. Dette kræver dog, at holdingselskabet ikke bliver dømt efter misbrugsbestemmelserne både nationalt i LL § 3 og EU-retligt i art. 1 i moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU, samt at de bliver tildelt status som retmæssig ejer eller som moderselskab med substans³. I fortolkningen heraf kom EU-domstolen d. 26. februar 2019 med sin vurdering af begreberne ud fra præjudicielle spørgsmål stillet af Østre Landsret⁴. Det er nu op til de nationale domstole, hvordan de fortolker begreberne, og hvilke linjer der tegnes for fremtidige sager, da det kommer til at have indflydelse på, hvordan koncerner i fremtiden vil agere ud fra den danske kildebeskatning.

Med udgangspunkt i ovenstående vil denne afhandling klarlægge en juridisk og praktisk problemstilling af koncernstrukturers optimeringer ved indskydelse af et holdingselskab, herunder med særligt fokus på vurderingen af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen i forhold til det udbyttemodtagende selskab. Hertil bliver det i afhandlingens økonomiske analyse belyst, hvordan medlemsstaters forskellige skatteregler skaber incitamenter for koncerner til at etablere sig i skattefordelslande, og hvilke påvirkninger koncernen er særligt

¹ Ussing J., Ørskov O., Striib A. D. & Winther M. J. (2019); Danmark taber milliarder på store selskabers skatteplanlægning.

² Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

³ Hansen H.S. (2011); Det store hykleri - om "beneficial owner" sagerne; *Tidsskrift for Skatter og afgifter* 2011, s. 3500.

⁴ Gennemgået af EU-domstolen under sagerne C-116/16 & C-117/16.

modtagelige for. Dette bliver særligt analyseret i form af investeringsteoretiske synspunkter for koncernen og opstillet i en spilteoretisk model.

Afslutningsvist vil det blive analyseret, hvorvidt det er muligt at optimere reguleringen, således at en mere klar definition af begreberne *retmæssig ejer*, *misbrug* og *substans* vil foreligge, samt hvordan statens og koncernens incitamenter kan rykkes, for at der samfundsmæssigt opnås en mere efficient ligevægt.

1.2 Problemstilling

På baggrund af ovenstående indledning er der nedenfor opstillet en overordnet problemstilling som belyser det juridiske, økonomiske og integrerede problemområde. Efterfølgende er der opstillet underspørgsmål henvendt til henholdsvis den juridiske analyse, den økonomiske analyse og den integrerede analyse. Der henvises derudover til afsnit 1.8 vedr. struktur for yderligere præsentation af afhandlingens enkelte analyser.

Overordnet problemstilling

Hvilke konsekvenser har fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, substansvurderingen og misbrugsbestemmelsen på selskabers optimering af koncernstruktur i forhold til udbyttebeskatning, og hvordan flyttes parternes incitamenter i et økonomisk øjemed, der skaber større værdi for samfundet?

Ovenstående problemstilling søges besvaret med juridiske, økonomiske og integrerede underspørgsmål, som kan ses nedenfor.

Juridiske underpunkter

- ◆ Hvordan fortolkes begreberne *retmæssig ejer*, *misbrug* og *substans*, ud fra intern ret, EU-ret og OECD, i forbindelse med holdingselskaber?
- ◆ Hvordan påvirkes de nationale domstole af EU-domstolens nye fortolkning?

Disse juridiske underpunkter søges besvaret ved gennemgang af nuværende lovgivning inden for intern ret, EU og OECD og dertilhørende forarbejder eller fortolkningsbidrag. Ligeledes anvendes domstolenes fortolkning af begreberne samt generaladvokatens udtalelser herom.

Økonomiske underpunkter:

- ◆ Hvilke økonomiske konsekvenser har fortolkningen af de tre ovennævnte begreber for koncern og stat?
- ◆ Hvordan påvirkes koncernens incitament til skatteoptimering ud fra statens valg af afgørelse?

Disse økonomiske underpunkter besvares ved en analyse af forholdet mellem staten og koncernen, koncernens transaktionsomkostninger og valget af investering i nyttemaksimerende koncernstrukturer for udenlandske koncerner. Statens og koncernens incitamenter bliver sammensat og analyseret over for hinanden, således at det samfundsmæssige nyttemaksimum kan identificeres.

Integrerede underpunkter

- ◆ Hvordan kan de tre ovenfor nævnte begreber klarlægges juridisk optimalt?
- ◆ Hvordan vil en optimering af begreberne påvirke samfundet?

Den integrerede del af analysen vil tage udgangspunkt i disse underpunkter, hvor resultaterne af den juridiske og økonomiske analyse vil medtages og optimeres. De økonomisk anvendte modeller vil således blive genanvendt i optimeret form og påvise de samfundsmæssige konsekvenser.

1.3 Emneafgrænsning

Specialets emne vil blive konkretiseret ved nedenstående afgrænsninger som indsnævrer problemformuleringen fra afsnit 1.2.

Eftersom analysen baserer sig på dansk lovgivning, EU-retlige direktiver samt OECD's modelbeskatningsoverenskomst, vil der ikke anvendes lovgivning fra andre lande, hverken medlemsstater inden for EU eller intern ret fra lande Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Samtidig vil der i analysen ikke tages udgangspunkt i

påvirkningen fra og på lande uden for Danmark, da der fokuseres på konsekvenserne i Danmark. Konsekvenserne for og lovgivningen i lande uden for DBO-aftaler, vil slet ikke blive belyst i indeværende speciale, eftersom dette rækker videre end den regulering der anvendes, således vil disse lande kun blive anvendt til at belyse en koncernstruktur som kan skabe et juridisk problem. I et scenarie med et dansk datterselskab, et holdingselskab inden for EU eller et DBO-land⁵ og et ultimativt moderselskab i et land uden for EU eller DBO, vil der ikke blive analyseret en udbytteudlodning fra holdingselskabet til det ultimative moderselskab, men kun udlodningen der foretages i første led, eftersom det er denne udlodning, som vedrører den danske beskatning. Som følge af et fokus på den danske kildebeskatning af udbyttet, vil analysen ikke tage stilling til den konkrete lempelse, eftersom dette ville vedrøre domicilstatens (den kontraherende stats) mindskede beskatningsret. Ligeledes vil kildebeskatningen kun vedrøre beskatningen af udbytter og således ikke diverse andre former for kildebeskatning. Fysiske personers beskatning af udbytter vil ligeledes være undtaget fra specialet, eftersom der fokuseres på juridiske personers beskatning, selvom der dog forventes at være en afsmittende effekt som følge af, at de reelle ejere i sidste ende vil være en fysisk person. Dette fokus på juridiske personer indebærer, at der ikke vil blive analyseret beskatning af andre selskabsformer end kapitalselskaber, hvormed der ikke vil blive set på personselskaber som udgør transparente enheder.

I forbindelse med brugen af OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 10, vil stk. 4 omhandlende driftsstedsforbehold og bestemmelser fra EU-retten eller intern ret ikke medtages i analysen, idet beskatning af et udbytte i relation til et fast driftssted ligger uden for specialets emne. OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 10 omhandler retmæssige ejere af udbytte, hvilket er specialets omdrejningspunkt, hvorfor retmæssige ejere af renter efter art. 11 og royalties efter art. 12 ikke vil blive belyst direkte. Rente-/royaltydirektivet vil dog blive anvendt analogt i forbindelse med vurderingen af retmæssig ejer-begrebet, men vil ikke blive anvendt i sin helhed eller analyseret i forhold til renter. På trods af, at der belyses omgåelsesmetoder for koncerner i relation til beskatning, vil begrebet *retmæssig ejer* ikke blive analyseret i forhold til CFC-beskatning, da dette ligger uden for specialets emne. Ligeledes vil der ikke tages stilling til Transfer Pricing problematikker eller tynd kapitalisering.

⁵ Med DBO-land menes, et land som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Der vil ikke blive gjort brug af konkret data i specialet, eftersom analysen vil tage udgangspunkt i juridiske problemstillinger ved anvendelse af konkret lovgivning, hvor det i stedet er optimalt at anvende praktisk og teoretisk viden fra diverse retssager, meddelelser og fortolkningsbidrag. Herunder vil der ikke blive anvendt udregninger baseret på virkelige situationer, men i stedet benyttes hypotetiske overvejelser ud fra et teoretisk grundlag. Dette foretages på en måde så det afspejler en virkelighed, men dog uden at være empirisk data.

1.4 Synsvinkel

Specialet søges udarbejdet med en samfundsmæssig synsvinkel, der udgør summen af flere koncerner med én koncern som analyseenhed og staten. Juridisk belyses problemstillingerne vedrørende fortolkningen af begreberne *retmæssig ejer*, *misbrug* og *substans*, i relation til udbytte, ved at sætte fokus på, hvordan det danske samfund, herunder staten, bliver snydt for diverse skatter som følge af koncernernes skatteoptimerende strukturer. Økonomisk vil der undersøges netop, hvor stort et problem fortolkningen af begreberne er for samfundet, herunder både for staten og koncernerne, som skal anvende disse regler. Som opsamling vil de samfundsmæssige konsekvenser forsøges optimeret i en integreret analyse, hvor der sættes fokus på, hvordan samfundet som helhed vil blive påvirket af en optimering.

1.5 Juridisk metode

1.5.1 Retsdogmatisk metode

Den juridiske analyse vil blive udarbejdet med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, da dette er den eneste juridiske metode der benyttes. Den retsdogmatiske metode resulterer i gældende ret, de lege lata, på området. Dette gøres ved at systematisere, beskrive, analysere og fortolke de relevante retskilder⁶. Fortolkning foretages ved anvendelse af både ordlyds- og formålsfortolkning.

Først og fremmest vil sagens faktum blive benyttet til at belyse de omstændigheder, der ligger til grund for problemstillingen, herunder hvordan en selskabsstruktur kan være sammensat med formålet om at mindske skattebetalingen. Retsfaktum skal identificeres, hvilket udgør de

⁶ Knudsen C. (1997); Økonomisk metodologi bind II, s. 164.

retsskabende kendsgerninger. Det er således de faktuelle handlinger, som kan føre til juridisk retsfølge. I indeværende afhandling vil dette udgøre den uigennemsigthed der foreligger, når en juridisk person ønsker at undgå beskatning uden statens viden herom. Jus benyttes herefter til at analysere og diskutere problemstillingen ud fra de forskellige retskilder, primært OECD's modelbeskatningsoverenskomst, diverse dansk skattelovgivning og EU-retten, som gennemgås nedenfor under afsnit 1.5.2 om retskildelæren. Analysen resulterer i en retsfølge, som vil være konklusionen på den nuværende retsstilling⁷.

1.5.2 Retskildelæren

Alf Ross adskiller ret og moral og efter hans teori er retskildelæren opdelt i fire bindende normer; regulering, retspraksis, retssædvane og forholdets natur⁸. Imellem disse fire normer er der ingen rangorden, hvorfor de alle har samme retskildeværdi, som følge af polycentri. Der er dog en rækkefølge, der følger den orden de ovenfor er nævnt i. Denne rækkefølge er blot en hjælp og en måde til at gennemgå de nævnte normer på kronologisk vis, men det resulterer ikke i, at regulering har en større retskildeværdi end eksempelvis retssædvane⁹.

Inden for retskilden *regulering*, findes der et hierarki, som følges af *lex superior* princippet, hvor regulering, der har en lavere rang, skal have hjemmel i en højere-rangs regulering, eksempelvis har grundloven forrang for kildeskatteloven, da en almindelig lov ikke må stride imod grundloven.

Almindelige love vil herefter have forrang for bekendtgørelser, anordninger, cirkulærer og meddelelser.

I forbindelse med analysen vil der ligeledes blive belyst et EU-retligt aspekt i forhold til de nationale regler. I Danmark benyttes normalt en dualistisk teori, som betragter national ret og EU-ret som to adskilte retsordener, hvor international ret skal implementeres i national ret. Dog skal den monistiske teori belyses i forhold til retskildeværdien af den internationale og nationale regulering. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter benævnt "TEUF"), er en del af primærretten i EU og er således på niveau med Den Danske Grundlov. EU's sekundærret

⁷ Tvarnø C. D. & Nielsen R. (2017); Retskilder og retsteorier, s. 34 ff.

⁸ Ibid, s. 56.

⁹ Ibid, s. 57.

indebærer direktiver og forordninger. Disse skal have hjemmel i traktaterne. Direktiver skal implementeres i dansk ret før de får virkning overfor Danmarks borgere, dog er de bindende med deres tilsigtede mål uanset implementering, mens forordninger gælder på forhånd og uden implementering, jf. TEUF art. 288¹⁰. Som følge af princippet om EU-konform fortolkning, som skal sikre EU-rettens effektive virkning, er der krav om, at nationale retskilder, herunder dansk skattelovgivning, skal være i overensstemmelse med de EU-retlige retskilder¹¹.

Der vil i specialet blive benyttet national dansk regulering, i form af skattelovgivning gældende for selskaber. Disse udgør almindelige love og har retskildeværdi. Et bindende svar vil også blive anvendt, som udgør en meddelelse og således lavere rang end almindelige love, men som dog stadig har retskildeværdi. Herudover vil moder-/datterselskabsdirektivet blive anvendt, hvilket udgør et direktiv og således sekundærret. Yderligere vil OECD's dobbeltbeskatningsoverenskomst blive anvendt, hvilket dog ikke har reel retskildeværdi, da OECD ikke er en jurisdiktion, men blot et samarbejde mellem medlemsstater, med det formål at foreslå retsstilling til brug i national og international ret. Derimod må dette vurderes blot at udgøre en henstilling eller en model, hvilket ikke er implementeret i dansk ret, og således ikke har reel retskildeværdi og ikke er folkeretligt bindende. Dog er henstillingen anvendt til at indgå aftaler med diverse andre medlemsstater, hvorefter der er tale om folkeretlige aftaler mellem medlemsstater som har hjemmel i aftaleretten og derefter bliver bindende for dem aftalen gælder for.

Retspraksis er afsagte domme og kendelser ved bl.a. den danske domstol og EU-domstolen. Afgørelserne kan tillægges præjudikatsværdi, ofte i højesteretsafgørelser, hvorefter disse afgørelser kan vise retsstillingen for fremtidige lignende sager.¹² Der vil blive anvendt en dansk dom og et bindende svar i den juridiske analyse. Samtidig vil der blive anvendt præjudicielle spørgsmål, som er forelagt EU-domstolen, samt generaladvokatens kommentarer hertil, hvilket dog anses for at være en udtalelse i EU-retlig forstand, som dermed ikke er bindende, jf. TEUF art. 288, stk. 4.

¹⁰ Tvarnø C. D. & Nielsen R. (2017); Retskilder & retsteorier, 98 ff.

¹¹ Ibid, s. 205 ff.

¹² Ibid, s. 141 ff.

Der vil endvidere også blive taget yderligere hensyn, ud fra forholdets natur, som behandler de mere frie overvejelser inden for juraen. Forholdets natur behandler derved de resterende juridiske hensyn og principper, som regulering og retspraksis ikke har taget hånd om. Forholdets natur anvendes i afhandlingen i form af retsgrundsætninger, blandt andet i form af billighed, som er den almindelig juridiske sunde fornuft¹³. Forholdets natur vil blive anvendt i analysen, hvor dette har en relevans og særligt i forbindelse med brugen af værnsregler.

1.6 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse vil tage udgangspunkt i behandlingen af, hvilke konsekvenser samfundet får ved at pålægge selskaberne udbyttebeskatning. Til brug for dette, vil der blive anvendt den nyinstitutionalistiske metode, som fokuserer på lovgivning, politik, nyttemaksimering og begrænset rationalitet¹⁴. Dette vurderes at være særligt relevant, da der i analysen fokuseres på et juridisk problem, samt på økonomiske teorier, som indebærer nyttemaksimering i form af at maksimere profit. Dette står i modsætning til den neoklassiske metode, som i stedet fokuserer på fuldkommen information og ubegrænset rationalitet, hvilket giver ubegrænsede kompetencer til at opnå den optimale handling. Der vil i neoklassisk teori ikke være transaktionsomkostninger, og der fokuseres på profitmaksimering med hjælpehypoteser i form af fastlæggelse af markedsstruktur og informationsforudsætninger. Herudover lægger neoklassisk teori meget vægt på branchen, hvilket ikke er relevant for den pågældende problemstilling. Der er således ikke et fokus på lovgivning i neoklassisk teori, men på den enkelte virksomhed inden for branchen¹⁵.

Nyinstitutionalisme udspringer af den gamle institutionalisme, som blandt andet omfattede fokusområderne 'legalisme', 'strukkturalisme', 'holisme' og 'historalisme'. Legalisme indebar, at der blev sat fokus på lovgivning og dens rolle i regeringsstyret, dette medførte således også et fokus på, hvilken politisk struktur, der eksisterede i det pågældende land. Disse to fokusområder er også gældende i nyinstitutionalismen. I forhold til holismen, blev denne anvendt til at foretage komparative analyser i en helhed, hvor der blev set på hele systemer i stedet for blot individuelle

¹³ Tvarnø C. D. & Nielsen R. (2017); Retskilder & retsteorier, s. 192 ff.

¹⁴ Cristofaro M. (2017); Herbert Simon's bounded rationality; *Journal of Management History* 23.2, s. 172.

¹⁵ Knudsen C. (1997); Økonomisk metodologi bind II, s. 54 ff.

institutioner. Historialisme vedrørte, at analyserne blev baseret på, hvordan det politiske system var en del af den historiske udvikling, dette er i nyinstitutionalismen blevet en særskilt teori, hvor nutidens politiske forhold analyseres ud fra, hvordan politikken oprindeligt blev defineret¹⁶.

Institutionalismen blev udviklet til at udgøre en økonomisk teori, ved at indføre en generel teoriramme, hvilket således blev til nyinstitutionalismen. Teorien er blevet inddelt i flere forskellige teoriområder, hvor en af disse udgør March og Olsens 'Rational Choice' institutionalismen, som fokuserer på nyttemaksimering for individualisterne. Teorien påviser en egoistisk adfærd, hvor nyttemaksimering er den primære faktor¹⁷, hvilket opnås gennem rationalitet, hvor valget er styret af fornuft og logik. Individualister reagerer ligeledes rationelt på institutionernes regler, der fastlægger incitamenter og begrænsninger. Det forventes, at alle individualister reagerer ensartet overfor disse regler¹⁸. En sådan individualist kan udgøre en koncern. Denne koncern kan opnå sit mål om mindre udbyttebeskatning mere effektivt ved at anvende institutioner og deres adfærd. Dette kan være i form af at gøre brug af skatteplanlægning og på den måde være placeret i et skattefavorabelt land, hvor det pågældende land således vil udgøre en politisk institution i form af et system af regler.

For så vidt angår selve institutionen, vil denne være politisk baseret (McCubbins and Sullivan 1987; Shepsle and Weingast 1995; Tsebelis and Money 1997)¹⁹ og udgør ifølge Keman (1996), Fritz Sharpf (1997) og Dunleavy (1991) et system af regler og incitamenter, som skaber betingelser for begrænset rationalitet, ved at der ikke kun handles ud fra fornuft men også i relation til den pågældende lovgivning. Dette gøres ved at udarbejde regler som sætter grænser for, hvad der er tilladt, hvilket påvirker adfærden hos individualisterne. Disse regler udarbejdes med det udgangspunkt, at det skal gavne alle deltagere og samfundet som helhed. Dette skaber således kollektiv rationalitet, fornuft, ud fra rationelle individualister, som ligeså godt kunne have skabt kollektiv irrationalitet, hvilket udgør et centralt element i 'rational choice'-teorien²⁰. Der ses

¹⁶ Peters, B. G. (1999); *Institutional Theory in political science*, s. 6 ff.

¹⁷ March J.G. & Olsen J.P. (2011); *The Oxford Handbook of Political Institutions; Elaborating the "New Institutionalism"* s. 7.

¹⁸ Peters, B. G. (1999); *Institutional Theory in political science*, s. 46.

¹⁹ Ibid, s. 43.

²⁰ Ibid, s. 45.

ligeledes på, hvilke metoder, der kan anvendes for at begrænse variabiliteten i den menneskelige adfærd, og hvordan klassiske politiske problemer skal løses²¹. Reglerne vil i indeværende afhandling udgøre regulering, som således er fastsat for at gavne virksomhederne direkte ved at mindske beskatning i nogle tilfælde, samt samfundet i form af skattesystemet og de personer skattesystemet påvirker. Koncernerne eller investorerne vil i teorien opfylde reglerne fastsat af institutionen mod at modtage fordele som følge af fællesskabet. Dette medfører således, at individualisterne via rationalitet vil ofre lidt af deres handlefrihed²².

‘Rational choice’-teorien fokuserer i det store hele på compliance, altså overholdelse af reglerne. Dette medfører således at spilteori og principal-agent-modellen kan anvendes²³, eftersom begge kan henvende sig til compliance problemer, hvor individualisterne forsøger at afvige fra reglerne, mens institutionerne ønsker at udarbejde regler, som skal og kan overholdes. I principal-agent-teorien fokuseres der på, at principalen udarbejder regler, som agenten skal følge, hvorefter dette skal kontrolleres af principalen. Denne teori vil således være aktuel i den pågældende problemstilling, idet det kan belyses, hvordan forholdet er mellem agenten og principalen ud fra de fastsatte regler. Modsat er der i spilteorien et mere bilateralt fokus, hvor begge aktører forsøger at få den anden til at overholde reglerne i aftalen, dette kan sammenkobles med problemstillingen ved at påse, hvordan koncernen og staten overholder reglerne i form af loven, som kan give en mulighed for skattenedsættelse eller eventuelt skattefrihed.

Teorien indeholder også et adfærdsmæssigt aspekt, idet der ses på individuel nyttemaksimering, som medfører dysfunktionel adfærd, hvilket i et skattemæssigt perspektiv udgør skatteplanlægning. Formålet med institutionen vil således være at sikre, at denne adfærd medfører et mere samfundsmæssigt afkast i stedet for blot et afkast for den enkelte koncern²⁴.

Analysen vil tage udgangspunkt i nyinstitutionalismen i form af ‘rational choice’ institutionalisme. Metoderne vil blive anvendt ved brugen af principal agent-teorien, Oliver Williamsons

²¹ Peters, B. G. (1999); Institutional Theory in political science, s. 46.

²² Ibid, s. 48.

²³ Shepsle K. A. (2008); The Oxford Handbook of Political Institutions; Rational Choice Institutionalism s. 6-8.

²⁴ Peters, B. G. (1999); Institutional Theory in political science s. 45.

transaktionsomkostningsteori, investeringsteoretiske aspekter og en spilteoretisk opstilling, da disse følger den nyinstitutionelle metode.

1.7 Integreret metode

Den integrerede analyse tager udgangspunkt i en retsøkonomisk og retspolitisk metode. Analysen tager afsæt i delkonklusionerne fra den juridiske analyse og den økonomiske analyse, hvorved den integrerede analyse skal vurdere, hvilke konsekvenser fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substans-vurderingen, i optimeringen af en koncernstruktur, har, og hvorledes reguleringen på området kan optimeres samfundsmæssigt.

Derved låner retsøkonomien en juridisk regel, som derved skal analyseres og optimeres økonomisk, således at de økonomiske betragtninger bliver taget med i reguleringen. Herved benyttes retsøkonomien til, at retsvidenskabens regler og resultater, skal beregne ny nytte og efficiens i et samfundsøkonomisk perspektiv. Herved fastsættes efficiente regler for markedets aktører, da en regel kan have økonomiske uforudsete følgevirkninger for samfundet²⁵.

Her vil der retspolitisk ske overvejelser om, hvordan retstillingen på området *bør* være, de lege ferenda, det er dermed et forslag til lovgiver om, hvorvidt og hvordan en regel burde ændres²⁶.

Herved bygger den integrerede analyse videre på resultaterne fra den juridiske analyse.

Der vil herefter blive vurderet, hvordan aktørernes handlinger bliver påvirket af ændringer i retsreglerne, dette tager afsæt i den økonomiske spilteoretiske analyse, hvor aktørernes incitamenter bliver flyttet, som resultat af ændringen i reguleringen. I forhold til om ændringen i loven og aktørernes handlinger herefter er en samfundsoptimal løsning, skal det vurderes, om der opnås en Pareto-optimal tilstand eller en Kaldor Hicks efficient løsning²⁷.

1.8 Struktur

For at analysere problemstillingen på bedste vis, vil der være en inddeling i tre overordnede kapitler. Disse udgør den juridiske analyse, den økonomiske analyse og den integrerede analyse.

²⁵ Tvarnø C. D. & Nielsen R. (2017); Retskilder og retsteorier, s. 430.

²⁶ Ibid s. 445 ff.

²⁷ Eide E. & Stavang E. (2016); Rettsøkonomi, s. 23.

Kapitel 1 – Introduktion

I kapitel 2 findes den juridiske analyse, hvor retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen vil blive analyseret ud fra regulering, afsagt retspraksis, kommentarer til lovene og meddelelser. Dermed opnås en forståelse for, hvornår man falder inden for disse begreber, og hvorledes de skal fortolkes. Afslutningsvist vil der blive konkluderet på, hvorledes analysen medvirker til en mere klar fortolkning af begreberne.

Kapitel 3 indeholder den økonomiske analyse, hvor der vil blive taget udgangspunkt i, hvordan det vurderes, at de danske domstole vil bedømme udbyttesager fremadrettet. Derved vil analysen tage udgangspunkt i diverse økonomiske teorier indenfor nyinstitutionalismen, og hvordan dette påvirker koncernens incitament til at oprette holdingselskaber i deres koncernstruktur, dette vil blive belyst ud fra et spilteoretisk synspunkt.

Kapitel 4 udgør den integrerede analyse, hvor der søges at optimere retstillingen ud fra konklusionerne i den juridiske og økonomiske analyse. Formålet vil være at definere begreberne retmæssig ejer, misbrug og substans mere konkret og komme med forslag til en mulig retspolitisk optimering af de juridiske forhold. Herefter vil det blive belyst, hvordan de økonomiske konsekvenser ændrer sig fra den nuværende retsstilling.

Kapitel 2 – Juridisk analyse

2.1 Indledning til beskatning af udbytter

Ved afgørelsen af, hvordan et udbytte udbetalt fra Danmark skal beskattes, gælder forskellig regulering alt afhængig af, hvor udbyttmodtager er placeret. Såfremt der er tale om en udbyttmodtager placeret i et DBO-land med, vil der være mulighed for at mindske den danske kildebeskatning. Dette er muligt såfremt udbyttmodtager vurderes som værende retmæssig ejer af udbyttet. Den retmæssige ejer er et begreb, som ikke er klart defineret i lovgivningen og således skaber en del tvivl i forhold til de forskellige retssager/problemstillinger på området. Det vil i indeværende analyse blive vurderet, hvordan retmæssig ejer-begrebet og misbrugsbestemmelsen skal forstås ud fra regulering og retspraksis på området, herunder nyligt afsagte EU-domme.

Der er mulighed for at undgå udbyttebeskatning, såfremt udbyttmodtager er placeret i et EU-land og udgør et moderselskab. De nationale domstole kan dog vurdere udbyttmodtager som værende et opstillet moderselskab uden substans, der således udøver misbrug af reglerne. Det vil således blive analyseret, hvordan EU-domstolen vurderer dette misbrugsbegreb og ligeledes hvordan de danske domstole fremadrettet vil vurdere misbrug i de konkrete sager.

Som en del af retmæssig ejer-begrebet og misbrugsbegrebet, skal domstolene også tage stilling til, hvorvidt udbyttmodtager har substans, da dette er en del af vurderingen i de to begreber.

Disse forskellige analysedele vil føre til en samlet vurdering af, hvordan EU-domstolens nylige udtalelser eventuelt medfører en ændring i den danske vurdering af udbyttebeskatning for selskaber inden for EU og DBO-land.

2.1.1 Begrebet *retmæssig ejer* og misbrugsklausuler

Den fastlagte problemstilling stiller blandt andet spørgsmålstejn ved fortolkningen af begrebet *retmæssig ejer*. Dette begreb søges nærmere defineret ud fra forskellige fortolkningsmetoder, som foretages i afsnit 2.2. I indeværende afsnit defineres det kort, hvad en retmæssig ejer er, uden nærmere fortolkning heraf.

Begrebet *retmæssig ejer* kommer af det engelske begreb *beneficial owner*. Det skal ikke forveksles med den selskabsretlige definition, hvor begrebet *beneficial owner* kan have betydningen *reel ejer* og således udgøre den person, der er ultimativ ejer af et selskab, i forhold til størrelsen på ejerandele, dette følger blandt andet af kommentarerne til art. 10 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst, kommentar 12.6²⁸. I skatteretlig forstand udgør begrebet den juridiske eller fysiske person, som er den rette ejer til et udbetalt udbytte. Begrebet skal fortolkes autonomt og ikke på baggrund af intern ret i de kontraherende stater.

I forbindelse med analysen bliver det specificeret nærmere, hvad der menes med retmæssig ejer, for at der også tages stilling til, hvordan begrebet bruges i praksis. Ofte vil der være problematikker omkring, hvem der kan defineres som den retmæssige ejer, da dette medfører store fordele, i form af mindre eller ingen kildebeskatning. Der skal her undersøges, hvor meget der skal til for at blive vurderet som retmæssig ejer, herunder om man falder ind under misbrugsbestemmelsen og om selskabet har substans. Dette tages der stilling til i afsnit 2.2 og 2.3.

2.1.2 Intern beskatningsret af udbytter

I denne afhandling tages der kun udgangspunkt i situationer, hvor selskabet er underlagt begrænset skattepligt, dvs. hvor vi har et datterselskab i Danmark, men et moderselskab eller et holdingselskab, hvor ledelsen eller hovedsædet for moder- eller holdingselskabet er beliggende i udlandet.

Selskabsloven § 6 pointerer, at en virksomhed kun kan have ét direkte moderselskab, hvis flere selskaber kan anses som moderselskab, er det alene det selskab som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over virksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab. Dette pointerer, at et moderselskab ikke nødvendigvis har bestemmende indflydelse, selvom de ejer 100 % af aktiekapitalen i et underliggende datterselskab, dvs. det er en vurdering af den bestemmende indflydelse, som medfører kvalifikation som direkte moderselskab²⁹.

²⁸ OECD (2017); Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed Version).

²⁹ SL § 7 definerer bestemmende indflydelse.

2.1.2.1 Selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra c begrænset skattepligt

Bestemmelsen i SEL § 2 oplister alt det, der er begrænset skattepligtigt, hvortil litra c blandt andet omhandler udbytte, der er defineret i LL § 16 A, stk. 1 og 2, herunder hvis udbyttedtageren er moderselskab til udbytteudloderen.

Heri omfatter SEL § 2, stk. 1, litra c, fratrækelse af skattepligt på udbytte fra datterselskabsaktier defineret i ABL § 4 A eller koncernselskabsaktier jf. ABL § 4 B³⁰, når beskattningen af det udbetalte udbytte fra datterselskabet eller fra koncernselskabet skal frafaldes eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU eller efter en DBO med den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

Dog finder SEL § 2, stk. 1, litra c, 6. pkt., som omhandler skattefrihed af datter- og koncernselskabsaktier, ikke anvendelse, hvis det er en videreudlodning af udbytte modtaget fra datterselskabet, jf. ABL §§ 4 A og 4 B, hvor det modtagende selskab ikke er hjemmehørende her i landet, og det udbetalende selskab ikke er retmæssig ejer, medmindre beskattningen skal frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, 9. og 10. pkt.

Såfremt Danmark i henhold til en dobbeltbeskatningsaftale med en kontraherende stat er forpligtet til delvist at frafalde udbytteskat, kan der opstå spørgsmål om tilbagebetaling af det i medfør af kildeskattelovens § 65 indeholdte beløb.

2.1.2.2 Kildeskatteloven § 65

Bestemmelsen i kildeskattelovens § 65, stk. 1 omfatter enhver vedtagelse eller beslutning om udbetaling eller godskrivning af udbytte af aktier nævnt i SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2, 2e, 2h, 4 og 5a, som i hovedtræk er selskaber hjemmehørende i Danmark eller indregistreret i Danmark. Herunder tilsigter bestemmelsen, at selskaber og andre juridiske enheder indeholder 22 %³¹ i deres udbetaling af det samlede udbytte, jf. KSL § 65 stk. 1 og SEL § 2 stk. 3.

³⁰ Dermed medregnes det ikke den skattepligtige indkomst, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2.

³¹ Kildeskatteloven § 65 indeholder stadig 27 %, men på skatteministeriet hjemmeside www.skm.dk, som løbende bliver opdateret, fremgår det at det er 22 %.

Dette gælder dog ikke, hvis udbyttet er skattefritaget som følge af, at det er datter- eller koncernselskabsaktier med undtagelse af manglende retmæssige ejer kvalifikation, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. KSL § 65, stk. 4.

KSL § 65, stk. 4 pointerer, at der ikke skal indeholdes udbytteskat, som et udenlandsk hjemmehørende selskab modtager fra et dansk hjemmehørende selskab, når udbyttet ikke er omfattet af skattepligten, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, herunder menes der et selskab beliggende i et andet EU-land eller i et DBO-land.

Ligeledes gælder beskattningen på 22 % ikke efter KSL § 65, stk. 5, som fritager indeholdelse af udbytte, der er skattefrit for modtageren, jf. LL § 16 A, stk. 4, nr. 2 eller LL § 16 B, stk. 5³².

Med udbytte menes alt, hvad et selskab udlodder til aktionærer eller andelshavere dog med enkelte undtagelser, jf. KSL § 65, stk. 1, 3 pkt.

Bestemmelsen danner grundlag for nogle af de problematikker, der opstår når koncernselskaber opretter gennemstrømningsselskaber, hvorved analysen vil tage fat på begrebet *retmæssig ejer* og substansvurderingen, hvilket vil blive gennemgået nedenfor i henholdsvis afsnit 2.2 og 2.3.

2.1.2.3 Ligningslovens § 3 – en værnsregel i intern ret

Ligningslovens § 3, stk. 1-4 indeholder en GAAR-regel, som kommer fra ATAD³³ EU's skatteundgåelsesdirektivet, hvorved LL § 3, stk. 1-4 indeholder en dansk anti-misbrugsregel. Denne omhandler også udenlandske selskaber, som er begrænset skattepligtige af udbytter-, renter- eller royaltybetalinger her i landet.

³² Herunder også stk. 6 af udbytte af aktier eller andele som modtages af selskaber og foreninger m.v. og fonde m.v., der er skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1 eller efter fondsbeskatningsloven, kan der indeholdes 22 pct. udbytteskat. Uanset 1. pkt. kan der af udbytte af skattefri porteføljeaktier, jf. selskabsskattelovens § 13, stk. 2, indeholdes 15,4 pct. udbytteskat. Skatteministeren fastsætter regler om nødvendig dokumentation for, at indeholdelse med de nedsatte satser kan finde sted, herunder om offentliggørelse af en selskabsmandtalsdatabase.

³³ ATAD udgør et EU-retligt direktiv vedrørende hindring af skatteunddragelse. Dette er udarbejdet for at fastsætte regler, der kan bekæmpe ulighed af skattebetalingerne i mellem de forskellige medlemsstater. Direktivet er et udtryk for minimumsregulering, da det ikke har til formål at hindre nationale regler, som har til hensigt at sikre en højere grad af sikkerhed overfor nationale skatteregler. ATAD består af specifikke værnsregler (specific anti-avoidance rules) om rentefradragsbegrænsning, exit-beskatning, CFC-beskatning og hybride mismatch, samt en generel regel, der benyttes til bekæmpelse af misbrug (generel anti-abuse-rule (GAAR)). Herudover sigter reglerne mod at mindske dobbeltbeskatning.

Anti-misbrugsreglen kommer desuden også fra moder-/datterselskabsdirektivets 2015/121/EU art. 1, stk. 2, hvorved den er implementeret i LL § 3.

Bestemmelsen indeholder i stk. 1 en pligt til, at skattepligtige selskaber og foreninger, ved deres indkomstopgørelse og skatteberegning, skal se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der har til formål at opnå en skattefordel, der er imod skatterettens formål og hensigt. Stk. 2 beskriver her, at arrangementer eller serier heraf betragtes som værende ikke-reelle, hvis de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Dette vedrører vurderingen af økonomisk aktivitet i arrangementer, herunder substans, som vil blive analyseret i afsnit 2.3.

Stk. 3 pointerer herunder, at indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal foretages på baggrund af de reelle arrangementer eller serier heraf, herunder ikke arrangementer der er omfattet af stk. 1.

Ligningslovens § 3, stk. 5 indeholder en PPT, som er en direkte implementering af OECD's BEPS project³⁴ action 6³⁵, der pointerer, at skattepligtige ikke har fordel af en DBO, hvis opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i arrangementet, medmindre fordelene vil være i overensstemmelse med DBO'en.

2.1.3 Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU

Formålet med direktivet er at skabe lige vilkår i medlemsstaterne for koncerner af moderselskaber og datterselskaber, der er beliggende i forskellige medlemsstater³⁶. Lige vilkår mellem medlemsstaterne kan skabes ved at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud for kildebeskatning, som et datterselskab betaler til moderselskabet, hvorved dobbeltbeskatning også afskaffes. Det fremgår af direktivet, at koncerner, der går på tværs af landegrænser, med datterselskab i en medlemsstat og moderselskab i en anden medlemsstat, er med til at optimere det indre marked, og at disse ikke bør hæmmes af særlige restriktioner, forskelsbehandlinger eller

³⁴ BEPS udgør OECD's handlingspunkter til at modvirke skattesnyd.

³⁵ OECD; Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, s. 55.

³⁶ Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU; note 3.

fordrejninger som følge af de nationale beskatningsregler. Herved vil der via direktivet blive fastsat konkurrenceneutrale beskatningsregler, så koncerner kan tilpasse sig reglerne inden for det indre marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrenceposition internationalt³⁷.

Art. 4 i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU pointerer i forbindelse med udlodning af udbyttet, fra et datterselskab, at moderselskabets medlemsstat enten skal undlade at beskatte udbyttet, jf. Art 4, stk. 1, litra a eller beskatte udbyttet, men lade moderselskabet opnå lempelse for den skattebetaling et datterselskab har foretaget vedrørende det udloddede udbytte, jf. Art. 4, stk. 1, litra b. Et selskab defineres som et moderselskab, når det ejer mindst 10 % af kapitalen i et andet selskab, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, art. 3, stk. 1, litra a. Såfremt der undlades beskatning eller foretages lempelse heraf, mister kildestaten sin ret til at indeholde kildeskat, jf. art. 5.

Udover de 2 ovenfor nævnte bestemmelser, er det også relevant at se på direktivets misbrugsbestemmelse, som senest er ændret ved direktiv 2015/121/EU om ændring af direktiv 2011/96/EU, om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

Misbrugsbestemmelsen har følgende ordlyd;

”Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv, til 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 dette direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.”

Med den nye bestemmelse i ændringsdirektivet, forsøger EU at sikre, at moder-/datterselskabsdirektivets 2011/96/EU bestemmelser ikke bliver misbrugt ved opsætningen af

³⁷ Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, note 4.

forskellige koncernstrukturer. Herunder tilstræber EU en mere ensartet behandling af nationale misbrugs-bestemmelser³⁸.

Når medlemsstaterne selv regulerer området, kommer diversiteten mellem medlemsstaterne til at variere i stor grad, da medlemsstaterne prøver at afspejle konkrete forhold i de enkelte landes skattesystem. I det nye ændringsdirektiv er der således et krav til medlemsstaterne om at indføre denne bestemmelse som en fælles minimumsregel, hvorved der vil være en større sammenhæng ved anvendelsen af interne regler, hvor formålet er at hindre misbrug³⁹.

2.1.5 OECD's modelbeskatningsoverenskomst

Følgende afsnit har til formål at redegøre for OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 10, vedrørende udbyttebeskatning, som indeholder begrebet *retmæssig ejer*.

OECD har dannet retningslinjer på skatteområdet gennem modelbeskatningsoverenskomsten. Denne relaterer sig til problematikker vedrørende international skatteret, således at grænseoverskridende transaktioner kan sikres korrekt beskatning, og staterne kan undgå blandt andet dobbeltbeskatning af de enkelte skattesubjekter. Modelbeskatningsoverenskomsten skal anvendes til at fjerne skatterelaterede barrierer således, at grænseoverskridende handel og investeringer kan ske uden skattemæssig ulempe for både stat og skatteyder.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst kan ikke påligne en personbeskatning og kan ikke tildele en stat beskatningsret, eftersom det er op til national ret at vurdere, om der er grundlag for beskatning i de enkelte tilfælde. Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne kan i stedet begrænse statens beskatningsret, således at risikoen for juridisk dobbeltbeskatning⁴⁰ mindskes⁴¹.

Modelbeskatningsoverenskomsten revideres løbende, hvortil den senest opdaterede version er fra 21. november 2017. Denne modelbeskatningsoverenskomst vil blive anvendt i specialet til at belyse bestemmelsen omkring udbytte i art. 10. Se nærmere nedenfor i afsnit 2.1.5.1.

³⁸ Bech-Bruun (2014); Ændringer til moder- og datterselskabsdirektivet.

³⁹ Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU; note 5.

⁴⁰ Juridisk dobbeltbeskatning udgør den situation, at en skatteyder beskattes af den samme indkomst i to eller flere stater. Modsat økonomisk dobbeltbeskatning, som vedrører, at den samme indkomst beskattes hos to forskellige skattesubjekter.

⁴¹ Schmidt P.K., Tell M. & Weber K.D. (2015); International skatteret i et dansk perspektiv, s. 17.

Ovennævnte modelbeskatningsoverenskomst anvendes som en model til opbygningen af tværgående internationale dobbeltbeskatningsoverenskomster på skatteområdet. Mange danske DBO'er er ligeledes udarbejdet ud fra denne modeloverenskomst. Således kan modelbeskatningsoverenskomsten anvendes som grundlag for, hvordan beskatningskompetencen fordeles i en situation med en grænseoverskridende og skattemæssig relevant transaktion.

Som udgangspunkt er der aftalefrihed for de dobbeltbeskatningsoverenskomster, de forskellige lande indgår med hinanden.

2.1.5.1 Udbytte, art. 10

I forbindelse med beskatningen på udbytteområdet skal der fokuseres på OECD's modelbeskatningsoverenskomst, art. 10. Denne bestemmelse er ligeledes implementeret i de danske DBO'er, hvorfor der kan tages udgangspunkt i modelbeskatningsoverenskomsten.

Bestemmelsen definerer ikke konkret, hvad der udgør udbytte, men oplister nogle eksempler på udbytte i stk. 3. For at kunne anvende art. 10, skal der være tale om et udbytte, som har et grænseoverskridende element, jf. stk. 1 og 2.

Der er delt beskatningsret vedrørende udbytte, eftersom domicilstaten kan beskatte udbyttet, jf. stk. 1, samtidig med at kildestaten kan beskatte udbyttet, jf. stk. 2. Dog må kildestaten maksimalt beskatte 5 % eller 15 % af bruttoudbyttet, såfremt modtageren er retmæssig ejer heraf. Såfremt udbyttmodtager ejer mindst 25 % af det udbyttebetalende selskab, og udbyttmodtager samtidig kan anses for at være retmæssig ejer, må der maksimalt beskattes 5 % af udbyttet, jf. Stk. 2, litra a. I alle andre tilfælde, såfremt udbyttmodtager er retmæssig ejer, må der maksimalt beskattes 15 %, jf. Stk. 2, litra b.

2.2 Fortolkning af retmæssig ejer-begrebet og misbrug

I dette afsnit bliver der analyseret, hvorvidt begrebet *retmæssig ejer* bliver fortolket, og hvordan misbrugsbestemmelsen forsøges anvendt.

Den retmæssige ejer er det selskab, der retmæssigt har ret til udbyttet, men tvivl om fortolkningen af dette, optræder ofte i retspraksis⁴².

Begrebet vil blive vurderet i sammenhæng med intern ret og retspraksis afsnit 2.2.1, kommentarerne til OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 10, jf. afsnit 2.2.2, og den EU-regulering der kan anvendes på området, herunder definitionen i rente-/royalty-direktivet og ny afsagt retspraksis, jf. afsnit 2.2.3 og 2.2.4. De forskellige afsnit benyttes, da begrebet *retmæssig ejer* ikke er direkte defineret, hvorved det er nødvendigt at sammenholde de forskellige institutioners definition af begrebet.

2.2.1 Intern retspraksis

Der har i de seneste år været en stor udvikling på sager omhandlende udbytteudlodninger fra danske datterselskaber til moderselskaber, ofte holdingselskaber, hjemmehørende i et andet EU-land eller i lande som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

De danske domstole har i udvalgte sager set på om et holdingselskab, som var beliggende i EU-lande eller DBO-lande, kunne fortolkes som retmæssige ejere af udbyttet.

I intern ret bliver et moderselskab defineret i SL § 6. Hvis flere selskaber kan anses som moderselskab, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over virksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab, da en virksomhed kun kan have ét direkte moderselskab.

Herefter er vurderingen af retmæssig ejer særlig aktuel, da selskabet godt kan være angivet som moderselskab, ved fx at eje en stor del af aktiebeholdningen, og syne som om det er et moderselskab, men uden at være det og uden at være retmæssig ejer. Dette kan skyldes, at moderselskabet ikke har bestemmende indflydelse over sine økonomiske og driftsmæssige beslutninger, men at det derimod er et overliggende moderselskab, der ender med at have en bestemmende indflydelse, der ligger ud over en normal planlægning og styring på koncernplan.

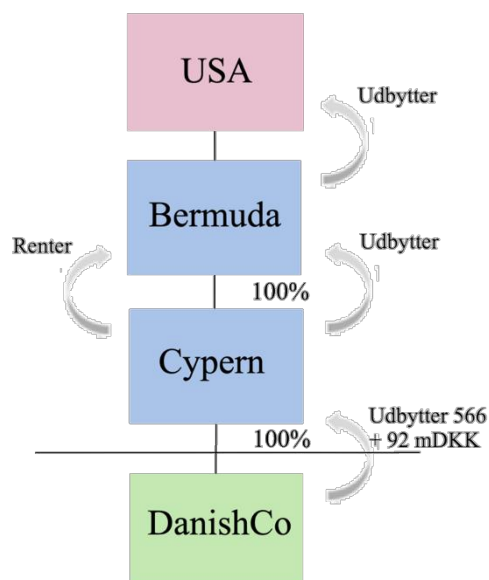
⁴² Den juridisk vejledning (2019); C.F.8.2.2.10.1.3 Modtager af udbytte.

Herunder vil der nedenfor blive analyseret, hvorledes de danske domstole har vurderet de to sager som Østre landsret den 19. februar 2016 forelagde for EU-domstolen. Disse er blevet stillet som præjudicielle sager, i form af bindende svar fra skatterådet i sag C-116/16 og dom SKM.2012.26.LSR i C-117/16, som senere er blevet forenet, se afsnit 2.2.4.

2.2.1.1 SKM.2012.26.LSR

Sagen omhandler en multinational koncern, bestående af et ultimativt moderselskab i USA og et selskab på Bermuda, der indtil 2005 ejede et dansk datterselskab. I 2005 indskød koncernen et selskab på Cypern mellem Bermuda-selskabet og det danske datterselskab, hvor et lån med en købesum på 670 mio. kr. blev optaget mellem selskabet på Cypern og selskabet på Bermuda. Over to gange udbetalte det danske datterselskab udbytte til selskabet på Cypern, først 566 mio. kr. og derefter 92 mio. kr. Begge beløb blev videreudloddet til selskabet på Bermuda, som tilbagebetalingen på det optagede lån i form af købesummen.

Selskabet på Cypern var indsat i selskabskonstruktionen, kort inden udbyttet blev udbetalt fra det danske selskab, og deres mest væsentlige formål var at eje aktier i det danske selskab, hvortil de hverken havde lokaler eller personale til rådighed.



Figur 1, illustration af sagen, Kilde: egen tilvirkning

I SKAT's afgørelse fremgår det, at udbyttebeskatningen skal nedsættes til det anførte i modelbeskatningsoverenskomsten, jf. DBO'en mellem Danmark og Cypern, hvis det cypriotiske

selskab kan anses for at være retmæssig ejer. Herefter forsøgte SKAT at fortolke retmæssig ejerbegrebet efter modelbeskatningsoverenskomsten art. 10 og kommentarerne hertil, hvorunder det er afgørende, at et selskab ikke fungerer som gennemstrømningsenhed. Hertil pointeres det, at hvis selskabet ikke har beføjelser til at disponere over udbyttet, eller disse beføjelser er meget snævre, har man ikke ret til at påberåbe sig nedsættelse efter DBO'en, hvilket også gjorde sig gældende i sagerne SKM.2010.268.LSR⁴³ og SKM.2015.397.Ø⁴⁴.

Derefter blev det påpeget, at det cypriotiske selskab blev indskudt for at skulle tilegne koncernen skattemæssige fordele, hvortil misbrugsbegrebet i moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU og det generelle EU-retlige misbrugsbegreb blev vurderet. Selskabet har ikke sandsynliggjort eller dokumenteret, at der var et kommercielt formål med omstruktureringen, og der har ikke været beføjelser til at træffe selvstændige ledelsesbeslutninger om disponeringen af udbyttet, hvortil retmæssige ejerbegrebet ikke kunne opretholdes. Ved vurderingen af hovedformålet med etableringen af selskabet på Cypern har EU-domstolen lagt vægt på, om der er substans, eller om der er tale om et rent kunstigt arrangement, som ikke indebærer formel etablering, men også faktisk udøvelse af økonomisk virksomhed, hvor selskabet her hverken har personale eller lokaler. SKAT anså ikke selskabet på Cypern for at være retmæssig ejer af udbyttet, hvorfor de var begrænset skattepligtig af udbyttet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, og der skulle have været indeholdt kildeskat, jf. KSL § 65, i forbindelse med udlodningen.

Koncernens repræsentant argumenterede imod dette og belyste at udbytteudlodningerne skulle fritages for udbytteskat, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, hvor art. 4, jf. art. 3, stk. 1, litra a, bygger på objektive kriterier om ejerskab af kapitalandele. Hertil mente koncernens repræsentant, at selskabet på Cypern kunne anses for at være kapitalselskab, og ikke blot

⁴³ SKM.2010.268. LSR blev det afgjort, at det overliggende holdingselskab, beliggende i Luxembourg, godt kunne danne grundlag for at være retmæssig ejer, da udbyttet ikke var videre udloddet til et overliggende selskab, men ført tilbage til datterselskabet, ydet ved to lån. Se også bilag 1.

⁴⁴ SKM 2015.397 Ø omhandler et dansk datterselskab, som udbetalte udbytte til sit moderselskab i Luxembourg, som yderligere var ejet af et moderselskab i Cayman Island. Landsretten fandt det godtgjort, at det danske datterselskab rent faktisk havde udloddet udbytte til det overliggende moderselskab i Cayman Island. Herudover havde skatteministeriet gjort gældende, at selv hvis moderselskabet i Luxembourg havde modtaget udbyttet, kunne de ikke anses for at være udbyttets retmæssige ejer, men blot et gennemstrømningselskab, hvorfor en nedsættelse af kildeskatten efter en DBO med Luxembourg ikke er gældende. Se også bilag 2.

gennemstrømningselskab, selvom der ikke var erhvervsmæssig drift. Dette skyldes, at det i selskabsretlig henseende kan være nok at eje aktier eller anparter i et selskab⁴⁵, hvor dette, jf. art. 4, giver anledning til skattefritagelse på udbytteudlodningen. Hertil blev det pointeret, at moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU ikke indeholder noget krav om retmæssig ejer. Herudover blev det anført, at der ikke i nationale danske skatteregler på daværende tidspunkt var implementeret en værnsregel mod svig og misbrug i forbindelse med udbytteudlodninger, som derved kunne hindre, at selskaber kunne udnytte fordelsreglerne i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Derfor må misbrug bedømmes efter principperne, som kan udledes af læren om 'rette indkomstmodtager' og en konkret realitetsvurdering. Hertil pointerede repræsentanten at;

“For så vidt angår rette indkomstmodtager følger det af en langvarig praksis, at indkomst fra kapital skal henføres til og beskattes hos ejeren af det aktiv, som kapitalindkomsten stammer fra”.

Hertil må rette indkomstmodtager være det cypriotiske selskab, da de også opfyldte de objektive kriterier for anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU.

Desuden blev det pointeret, at såfremt selskabet på Cypern ikke kunne anses for at være retmæssig ejer, og det amerikanske selskab skulle anses for at være retmæssig ejer af udbyttet, som følge af at det var det ultimative moderselskab, burde nedsættelsen af udbytteskatten blot tilfalde det amerikanske selskab, jf. DBO-aftalen mellem USA og Danmark, hvorved indførslen af selskabet på Cypern ikke ville have medført nogen skattefordel. Repræsentanten mente sammenfattende, at selskabet på Cypern var retmæssig ejer, hvorfor udbyttebeskatningen ikke måtte overstige 10 % af udbyttebeløbet, jf. DBO-aftalen mellem Cypern og Danmark.

Landsskatteretten fandt i lighed med SKAT ikke grundlag for, at selskabet på Cypern var retmæssig ejer på udbytteudlodningen fra det danske datterselskab, hvorved DBO-aftalen, med udgangspunkt i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10, ikke kunne finde anvendelse. Dog var selskabet på Cypern beskyttet af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, hvorved der ikke skulle indeholdes kildeskat på udbyttet, fordi Danmark ikke havde implementeret en

⁴⁵ Det er i selskabsretten anerkendt, at kravet for at være et kapitalselskab er opfyldt også for selskaber som alene har det formål at besidde aktier eller anparter i et eller flere datterselskaber, jf. *Tidsskrift for Skatter og afgifter* 2004.542.

misbrugsbestemmelse og derved heller ikke kunne tilsidesætte et lovligt stiftet selskab alene på baggrund af realitetsgrundsætningen⁴⁶.

Tvivl om fortolkningen af retmæssig ejer fra dommen

Det, at der i DBO-aftalen henvises til modelbeskatningsoverenskomsten art. 10 ved beskatning af udbytteudlodninger og begrebet *retmæssig ejer*, gør, at tvivlen ved fortolkning heraf har afgørende betydning for udfaldet for landsskatterettens afgørelse. I sagen beskrives det, at der hverken i national eller international retspraksis kan udledes nogen klar betydning og fortolkning af retmæssig ejer-begrebet, hvor det også synes vanskeligt at benytte begrebet som værnregel mod gennemstrømningsselskaber og treaty shopping. I DBO-aftalen er der ikke angivet nogle retningslinjer eller krav, der gør begrebet mere brugbart og let at fortolke, dette medfører, at begrebet bliver fortolket i overensstemmelse med den betydning, national dansk ret tillægger det, jf. dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 3, stk. 2. I dansk ret er fortolkningen af begrebet *retmæssig ejer* således ofte blevet vurderet efter samme principper, som når et selskab bliver anset som rette indkomstmodtager, jf. SKM.2016.281.HR⁴⁷.

2.2.1.2 Bindende svar

I sagen om bindende svar⁴⁸ havde T-Danmark følgende spørgsmål;

»Er udbytte udloddet fra T Danmark til N Luxembourg 2 skattefrit i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk.

1, litra c, 3. pkt. og dermed fritaget for kildeskat?»

Hertil besvarede skatterådet spørgsmålet med 'Nej'.

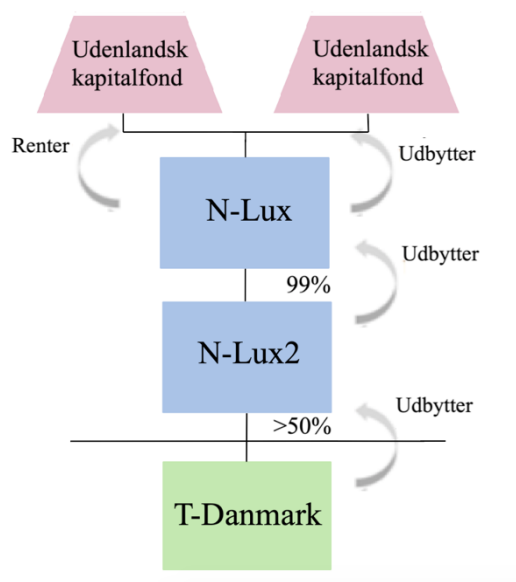
⁴⁶ Realitetsgrundsætningen udgør en ulovhjemlet generalklausul med et krav om at beskatningen ved skatteudnyttelser knyttes til realøkonomien og realindholdet i modsætning til dispositionernes formelle ikklædning. Dermed beskattes hvad der faktisk *er* sket, og ikke hvad der *formelt* er sket.

⁴⁷ SKM.2016.281HR omhandler, hvorvidt et dansk anpartsselskab, der har et moderselskab i Luxembourg, hvorved de overliggende moderselskaber er hjemmehørende i hhv. Cayman Island og en trust på Guernsey, burde have indeholdt udbytteskat i forbindelse med udlodning til moderselskabet i Luxembourg, jf. KSL § 65 eller om udbyttet skulle være skattefrit, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU eller den danske DBO med Luxembourg. I denne vurdering bliver der i sagen lagt vægt på, hvem der er rette indkomstmodtager

I sagen mente selskabets advokat, at selskabet i Luxembourg, skulle anses som rette indkomstmodtager, da de er eneste anpartshaver i det danske anpartsselskab, og de havde den retlige adkomst til udbyttet på retserhvervelsestidspunktet, hvorved det burde være uden betydning, hvilke andre selskaber i koncernen, der havde fået videreført udbyttet. Højesteret anførte dog, at selskabet i Luxembourg ikke havde ejendomsretten til anparterne i skatteretlig henseende, hvorved de ikke kunne være rette indkomstmodtager jf. Statsskatteloven § 4. Se også bilag 3.

⁴⁸ Et bindende svar fra SKAT er selskabers dokumentation for, hvad en handling vil betyde for selskabets betaling af skat, moms eller afgifter.

Koncernen bestod af udenlandske kapitalfonde, der ejede det danske selskab (T-Danmark) gennem en kæde af luxembourgske selskaber. Herunder også af N-Luxembourg, der i 2009 stiftede N-Luxembourg 2 og ejede ca. 99 % af kapitalen heri. N-Luxembourg 2 ejede mere end 50 % i det danske selskab. Kapitalfondene kunne ikke, ifølge skatterådet, blive anset for at falde ind under moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, og de var heller ikke hjemmehørende i et DBO-land. I tilknytning til det bindende svar oplyste T-Danmark, at den største del af udbytteudlodningen ville ske via gennemstrømning i de luxembourgske selskaber, til selskaber kontrolleret af kapitalfondene, og en mindre del ville blive anvendt af N-Luxembourg og N-Luxembourg 2 til omkostningsbetalinger.



Figur 2, Illustration af sagen, Kilde: egen tilvirkning

Herved vurderede skatterådet, at der skulle indeholdes kildeskat på udbytteudlodningen, idet selskaberne i Luxembourg ikke kunne anses som retmæssige ejere, da det allerede var bestemt, at der skulle ske viderekanalisering til de bagvedliggende kapitalfonde. Dette blev dog senere ændret af Landsskatteretten, som henviste til moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, hvor udbyttet ikke skulle indeholde kildeskat, da det danske selskab var direkte ejet af selskabet i Luxembourg⁴⁹.

Disse to sager vil i efterfølgende afsnit blive vurderet i relation til, hvordan Danmark forholder sig til begrebet *retmæssig ejer* og foretager vurdering heraf, hvorefter der i afsnit 2.2.4 vil blive

⁴⁹ Banner-Voigt E. (2019); EU-Domstolens afgørelser i sagerne om retmæssig ejer, *Revision & Regnskabsvæsen-Tidsskrift for erhvervsøkonomi og skatteforhold* s. 2.

vurderet, hvordan EU-domstolen og generaladvokaten behandler de præjudicielle spørgsmål med udgangspunkt i disse to gennemgåede sager.

2.2.1.3 Bedømmelse af interne sager

Generelt kan der i de to sager analyseres, at det er moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, der hindrer den danske stat i at indeholde kildeskat på udbytteudlodningen, dette med argumentation i at direktivet fritager kildeskat på udbytter, når det overliggende selskab kan anses, som moderselskab, jf. direktivet, selvom det ikke er retmæssig ejer af udbyttet, jf. SKM.2012.26.LSR. Hertil må det pointeres, at definitionen af moderselskab i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU ikke har samme ordlyd som definitionen i dansk intern ret, jf. SL § 6. Dette kan have en betydning i afgørelse af sagerne, hvor skatterådet⁵⁰ generelt kommer frem til, at de mellemliggende selskaber ikke kan defineres som retmæssige ejere, og kildebeskatning skal indeholdes på udbytterne.

Generelt kan det vurderes, at de danske domstole ved vurderingen af begrebet *retmæssig ejer* og misbrug har tvivlet på, hvordan dette skulle afgøres, hvilket også belyses ved, at der stilles præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen.

2.2.2 OECD modelbeskatningsoverenskomst

Ovenfor i afsnit 2.1.5 er OECD's modelbeskatningsoverenskomst, og dennes bestemmelse om udbytte i art. 10, gennemgået. Bestemmelsen indeholder begrebet *retmæssig ejer*, hvorfor kommentarerne til denne bestemmelse og yderligere fortolkning udgør en væsentlig del af den samlede fortolkning af begrebet. Fortolkningen af begrebet er vigtig for at kunne vurdere, om der reelt er tale om en retmæssig ejer, hvorefter udbyttebeskatningen kan sænkes ifølge modelbeskatningsoverenskomsten.

OECD's modelbeskatningsoverenskomst er som nævnt blot modellen til, hvordan en dobbeltbeskatningsoverenskomst kan udarbejdes mellem medlemsstaterne. Derfor skal man i en konkret sag tage udgangspunkt i udformningen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem de

⁵⁰ Skatterådet består af 19 medlemmer, som sammen behandler og træffer afgørelse i de sager, som rådet får. Folketinget vælger seks af medlemmerne, og skatteministeren udnævner 13 medlemmer.

konkrete lande. Fortolkningen skal dog foretages ud fra modelbeskatningsoverenskomsten, hvorfor begrebet *retmæssig ejer* også skal fortolkes i overensstemmelse hermed.

OECD's modelbeskatningsoverenskomst kan kun anvendes i tilfælde, hvor der er indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem de to pågældende lande. I dansk kontekst kan den række videre end EU-retten, idet Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med lande uden for EU, men også med lande inden for EU. I forhold til lande inden for EU, hvor der er indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster, skal det dog påpeges, at modelbeskatningsoverenskomstens fortolkning ikke kan have forrang for EU-retten, eftersom det blot er individuelle aftaler, der laves mellem landene og ikke en union som EU.

Et eksempel, hvor modelbeskatningsoverenskomsten kan anvendes, vil være en situation, hvor begge selskaber er placeret i et land som har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med hinanden. Spørgsmålet i forbindelse med brugen af OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 10 angår som oftest, hvorvidt moderselskabet kan anses for at være retmæssig ejer af det udbetalte udbytte og dermed have ret til nedsættelse af udbytteskatten efter art. 10. Såfremt selskabet ikke kan anses for at være retmæssig ejer, ville datterselskabets domicilland kunne indeholde kildeskat af det udbetalte udbytte.

I en selskabskonstruktion, hvor et dansk datterselskab ejes af et holdingselskab uden for EU men i et DBO-land⁵¹, og hvor dette holdingselskab ejes af et ultimativt moderselskab uden for EU og uden for et DBO-land, skal retmæssig ejer-begrebet vurderes. Der ses på, hvorvidt holdingselskabet faktisk er retmæssig ejer af udbyttet betalt fra det danske selskab i overensstemmelse med OECD's modelbeskatningsoverenskomst, art. 10, og ikke blot et gennemstrømningsselskab, for at skattenedsættelse kan foretages, og Danmark ikke vil kunne kræve fuld kildeskat af det udbetalte udbytte.

⁵¹ Skatteministeriet hjemmeside; Oversigt over hvilke lande Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med. Dette udgør på nuværende tidspunkt 95 lande.

Vurderingen af, hvorvidt selskabet er retmæssig ejer skal vurderes ud fra kommentarerne til OECD's modelbeskatningsoverenskomst og yderligere fortolkningsbidrag udstedt af OECD samt kommentarer til disse. Dette gennemgås nedenfor i afsnit 2.2.2.1 og 2.2.2.2.

2.2.2.1 Kommentarer til OECD Modelbeskatningsoverenskomst

I OECD's modelbeskatningsoverenskomst er der indskrevet kommentarer til de forskellige artikler, herunder artikel 10 og begrebet *retmæssig ejer*, hvilket skal anvendes i en subjektiv fortolkning af bestemmelsen.

OECD oplyser, at begrebet *retmæssig ejer* er indsat for at afklare ordene "paid ... to a resident", som er angivet i art. 10, stk. 1. Begrebet skal anvendes som det står i dets kontekst og ikke i en snæver teknisk betydning, som det kunne have fra national ret, jf. kommentar 12.1.

Endvidere er det specificeret, at det vil være inkonsistent med formålet for overenskomsten, at en kildestat mindsker beskatningen af udbytte, hvis modtageren af udbytte kun er en 'conduit' for en anden virksomhed, som vil være den faktiske modtager af fordelene ved den pågældende indkomst. Conduit kan oversættes til en forbindelse, hvorfor det kan ordlydsfortolkes, at der med dette begreb menes, at selskabet ikke må agere som en forbindelse, altså være et gennemstrømningsselskab, for at være retmæssig ejer af udbyttet. Hermed er det vurderet af OECD, at et gennemstrømningsselskab normalt ikke kan anses for at være retmæssig ejer, hvis den handler på baggrund af en interesseforbunden part, dette gælder hvis holdingselskabet rent praktisk har meget snævre beføjelser vedrørende udbyttet, jf. kommentar 12.3. Såfremt gennemstrømningsselskabet ikke har retten til at benytte og have glæde af udbyttet, og som følge af kontraktuelle eller lovmæssige forpligtelser skal overføre udbyttet til et andet selskab, vil det ikke kunne være retmæssig ejer. Modsat, hvis modtageren af udbyttet har ret til at anvende udbyttet og uafhængigt af en kontraktuel eller lovmæssig forpligtelse overfører udbyttet til en anden person, kan modtageren godt være retmæssig ejer, jf. kommentar 12.4.

I vurderingen af begrebet *retmæssig ejer*, fokuserer OECD på, hvorvidt der er tale om et gennemstrømningsselskab, om modtageren af udbyttet har retten til at benytte udbyttet, og

hvorvidt modtageren er bundet af en forpligtelse til at skulle overføre udbyttet til et andet selskab.

Herudover pointerer OECD, at en begrænsning af skatten, som følge af, at modtageren vurderes som retmæssig ejer, afhænger af, hvorvidt der er sket misbrug fra selskabets side, jf. kommentar 12.5. Der henvises særligt til BEPS' action 6 om 'treaty abuse', hvor der fokuseres på, at der ikke må ske misbrug. I denne action 6 henvises der til kommentarerne til art. 1 i modelbeskatningsoverenskomsten, omhandlende 'Improper use of the convention', som ligeledes henviser til nationale regler om misbrug, hvilket i Danmark blandt andet udgør LL § 3. OECD har, udover kommentarerne til modelbeskatningsoverenskomsten, udarbejdet et fortolkningsbidrag vedrørende fortolkningen af begrebet *retmæssig ejer*. Dette gennemgås i nedenstående afsnit.

2.2.2.2 OECD's yderligere litteratur om begrebet

OECD Committee on Fiscal Affairs har som nævnt udarbejdet en rapport vedrørende kommentarerne til OECD's modeloverenskomst vedrørende især begrebet *retmæssig ejer* i blandt andet art. 10. Denne rapport kaldet *Clarification of the meaning of 'beneficial owner' in the OECD Model Tax Convention* fra 29. april 2011, har OECD modtaget kommentarer til fra diverse organisationer og selskaber med interesse i international skatteret⁵². Herefter er der udarbejdet en revideret udgave af dokumentet, kaldet *OECD model tax convention: Revised proposals concerning the meaning of 'beneficial owner' in articles 10, 11 and 12*⁵³ fra 19. oktober 2012, som der ligeledes er forespurgt kommentarer til⁵⁴.

IBFD, som er verdens førende myndighed vedrørende grænseoverskridende beskatning, har kommenteret på det førstnævnte dokument fra OECD. I forhold til begrebsspecificeringen mener de, at begrebet efterhånden har været defineret mange gange og meget forskelligartet. Derfor vil

⁵² OECD (2013); Public comments received on the discussion draft on the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention.

⁵³ OECD (2012); OECD Model Tax Convention: revised discussion draft on the meaning of "beneficial owner".

⁵⁴ OECD (2013); Public comments received on the revised proposals concerning the meaning of "beneficial owner" in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention.

det være mest gavnligt, at begrebet angives mere udtrykkeligt. I sammenhæng med dette, bør spørgsmål, der er taget op i retspraksis omkring begrebet, medtages, således at begrebsdefinitionen kan tage højde for de allerede kendte problematikker. Generelt mener IBFD, at begrebet bliver for bredt defineret. De angiver herunder en problematik, hvor den retmæssige ejer kan anses for at være to personer, hvorved ingen af disse vil have den fulde ret til udbyttet som krævet i kommentarerne til art. 10 i modelbeskatningsoverenskomsten⁵⁵.

2.2.2.3 Vurderingen af retmæssig ejer efter OECD

Af OECD kan begrebet *retmæssig ejer* således fortolkes til at udgøre virksomheder, som modtager udbytte og har ret til at benytte og have glæde af dette udbytte. Samtidig må virksomheden ikke være et gennemstrømningselskab, som har en forpligtelse til at overføre udbyttet til en anden virksomhed. Der skal ligeledes tages højde for evt. misbrug i relation til begrebet. Misbrug skal ifølge modelbeskatningsoverenskomsten og BEPS action 6 vurderes ud fra national ret. Såfremt det vurderes ud fra dette, at virksomheden udgør en retmæssig ejer, kan virksomheden modtage udbytte, som kun kan beskattes 5 % eller 15 % i kildestaten, som i denne situation er Danmark, jf. art. 10, stk. 2. Modsat hvis det vurderes, at virksomheden ikke er retmæssig ejer, kan Danmark indeholde kildeskat på det udbetalte udbytte, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c.

2.2.3 EU-ret

I følgende afsnit vil der blive belyst, hvordan begrebet *retmæssig ejer* anvendes og skal fortolkes i EU-retlige sammenhænge. I EU-retten er der udarbejdet et moder-/datterselskabsdirektiv 2011/96/EU, som nærmere beskrevet i afsnit 2.1.3 ovenfor. Såfremt man opfylder betingelserne, for at kunne anvende direktivet, herunder at være moderselskab og at ydelsen udgør udbytte, kan man opnå skattefrihed. Dette er den primære regulering på området inden for EU-retten vedrørende udbytte.

⁵⁵ IBFD (2011); Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention Response from IBFD Research Staff.

Der er således tale om en situation, hvor et mellemliggende selskab⁵⁶ og et datterselskab er placeret i et EU-land. Spørgsmålet i denne anledning angår som oftest, hvorvidt det mellemliggende selskab kan anses for at være et reelt moderselskab og dermed have ret til skattefrit udbytte. Såfremt det ikke kan anses for at være moderselskab, vil datterselskabets domicilland kunne indeholde kildeskat af det udbetalte udbytte.

I et scenarie, hvor et dansk datterselskab er ejet af et mellemliggende selskab i et EU-land, som er ejet af et ultimativt moderselskab uden for EU og DBO-aftaler, skal det vurderes, hvorvidt dette mellemliggende selskab faktisk er moderselskab til det danske selskab i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU og ikke blot et gennemstrømningsselskab, for at skattefriheden kan anvendes, og Danmark ikke vil kunne kræve kildeskat af det udbetalte udbytte.

2.2.3.1 Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU

I forhold til moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU er der ikke direkte anvendt udtrykket retmæssig ejer. Således behandler dette direktiv ikke begrebet *retmæssig ejer*, i forhold til hvem der er modtager af det udbetalte udbytte. Der ses i stedet på, hvorvidt der er tale om et moder/datter-forhold. Det kan dog ud fra EU-domstolens forenede sager af 26. februar 2019 vedrørende præjudicielle spørgsmål stillet af Danmark vedrørende sagerne C-116/16 og C-117/16, om udbytte, vurderes at begrebet *retmæssig ejer* ligeledes anvendes i forbindelse med vurderingen af dette moder/datter-forhold. Det er anvendt i forbindelse med en af, de af domstolen oplyste, retningslinjer for, hvornår der foreligger misbrug, jf. de forenede udbyttesager præmis 100, 103 og 104,⁵⁷ hvor EU-domstolen har anvendt begrebet. Således kan fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet ud fra rente/royalty-direktivet og OECD's modelbeskatningsoverenskomst anvendes til vurderingen af, om der kan opnås skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU.

⁵⁶ Der sondres i afhandlingen ikke mellem et mellemliggende selskab og et holdingselskab, eftersom holdingselskabet bruges til at belyse et mellemliggende selskab i en skatteoptimerende koncernstruktur.

⁵⁷ Se gennemgang af disse præmisser i afsnit 2.2.4.2 og 2.3.3 og bilag 8.

I forhold til moder/datter-forholdet, vil det ifølge direktivet være defineret som et moderselskab når det ejer mindst 10 % af kapitalen i et andet selskab, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, art. 3, stk. 1, litra a. Derfor bør vurderingen af, om der foreligger et reelt moderselskab være ukompliceret. Men de danske domstole har som nævnt ovenfor stillet præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen om, hvorvidt misbrugsbestemmelser i EU-retten kan anvendes af Danmark i konkrete sager.

Der skal således også tages højde for misbrugsbestemmelserne i EU-retten i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt der er tale om et reelt moderselskab i stedet for bare et indført selskab til at opnå fordele. Den nye misbrugsbestemmelse i moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU, art. 1, stk. 2, er nævnt ovenfor i afsnit 2.1.3. Denne bestemmelse kan anvendes i forbindelse med, at selskaber er tilrettelagt således, at de kan opnå en skattefordel ved at anvende direktivet mod direktivets formål. Retsfølgen af brugen af misbrugsbestemmelsen vil være, at medlemsstaten kan nægte skattefrihed for skatteyderne.

EU-domstolen har ligeledes fastslået, at der eksisterer et generelt anti-misbrugsprincip i EU-retten, som medlemsstater kan anvende uden implementering i national ret, jf. de forende udbyttesagers præmis 95, som fremgår af bilag 8. Misbrugsprincippet vedrører, at borgere ikke kan påberåbe sig EU-retlige bestemmelser for at kunne muliggøre svig eller misbrug. Med dette misbrugsprincip mener EU-domstolen i skatteretlige forhold, jf. præmis 95, at de nationale myndigheder skal nægte en skattepligtig person fritagelse for kildeskat af udbytte, således at moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, art. 4 og 5 ikke kan anvendes, såfremt der er tale om svig eller misbrug i forbindelse med udlodning af udbytte fra et datterselskab til et moderselskab.

Ud fra det generelle anti-misbrugsprincip og misbrugsbestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU, skal sagerne afgøres ved at analysere, om koncernstrukturen med et indskudt holdingselskab udgør et misbrug. Se nærmere i afsnit 2.2.4 om EU-domstolens holdning til, hvorvidt der er tale om et misbrug.

2.2.3.2 Rente/royalty direktivet 2003/49/EF

Som ovenfor beskrevet kan det af de forenede udbyttesager vurderes, at rente-/royaltydirektivets 2003/49/EF, beskrivelse af begrebet *retmæssig ejer*, kan anvendes analogt⁵⁸ i vurderingen af om der foreligger misbrug i moder/datter-forholdet, og herefter om skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU kan opnås.

Ifølge Rente-/royaltydirektivet defineres retmæssig ejer ud fra art. 1, stk. 4:

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

Dermed viser bestemmelsens ordlyd, at der fokuseres på, at betalingen er modtaget til eget brug, samt at det ikke er modtaget af en formidler, altså en mellemmand, som blot vil videreføre betalingen og dermed ikke selv har som formål at anvende denne betaling.

I direktivet menes der med betaling, renter og royalties, mens det dog anvendes analogt på moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU og således vedrører udbytte i dette konkrete tilfælde.

Yderligere findes der i direktivet en bestemmelse vedrørende svig og misbrug. Direktivet udelukker dermed ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug, jf. rente-/royaltydirektivet, art. 5, stk. 1. Såfremt transaktioner er foretaget med formålet om skatteunddragelse⁵⁹, skatteundgåelse eller misbrug, kan medlemsstaten tilbagekalde fordele efter direktivet, jf. rente-/royaltydirektivet, art. 5, stk. 2. Således indeholder direktivet en misbrugsbestemmelse i lighed med moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU, hvilket medfører at retmæssig ejer-begrebet kun kan fastslås, såfremt der ikke er tale om misbrug.

⁵⁸ En udvidende fortolkning ved analogislutning giver mulighed for at søge svar i nærliggende retsområder, såfremt gældende ret på området ikke besvarer problemstillingen. En sådan analogislutning forudsætter et *retstomt rum* og en lighed mellem hensyn og principper bag det anvendte retsområde, kilde: Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2017); Retskilder og retsteorier, s. 193 ff.

⁵⁹ Ulovlig skatteplanlægning, hvor koncernen har struktureret sig via kunstige arrangementer for at undgå eller mindske beskatning.

2.2.3.4 Misbrug og retmæssig ejer vurderet ud fra EU-retlige direktiver

I forbindelse med vurderingen af retmæssig ejer-begrebet i relation til udbytte i EU-retten, vil dette begreb først blive brugt i en vurdering af, om en selskabskonstruktion udgør misbrug i forhold til moder/datter-forholdet, der kræves af moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU for at opnå skattefrihed.

I forbindelse med vurderingen af om der foreligger misbrug, kan begrebet *retmæssig ejer* anvendes, hvortil rente-/royaltydirektivets definition heraf kan anvendes analogt. EU-retten definerer således en retmæssig ejer som et selskab, der modtager udbytte til eget brug og som ikke bare er en formidler af dette udbytte.

Såfremt selskabet opfylder retmæssig ejer-begrebet, vil det være en del af vurderingen af, at selskabet ikke har udført misbrug, og, såfremt alt andet er opfyldt, udgør et moder/datter-forhold, som medfører skattefrihed, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU art. 4. Dermed må Danmark som kildeland ikke indeholde kildeskat af det udbetalte udbytte, jf. Art. 5.

Modsat, hvis der ikke kan påvises et moder/datter-forhold og/eller misbrugsbetingelserne er gældende, kan Danmark indeholde kildeskat af det udbetalte udbytte, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, jf. Moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU art. 5. Således vil der ikke opnås skattefrihed.

2.2.4 Ny retspraksis fra EU-domstolen

Den 26. februar 2019 afsagde EU-domstolen seks præjudicielle afgørelser, der omhandlede de danske retmæssige ejer-sager. Sagerne omhandler, om der skulle betales kildeskat af udbytte og renter udbetalt fra danske datterselskaber til deres moderselskaber i andre EU-lande eller i DBO-lande.

De danske domstole har forespurgt EU-domstolen, hvorvidt de kan benytte misbrugsbestemmelsen i art 1, stk. 2 fra direktivet 2015/121/EU, selvom der nationalt ikke var implementeret en misbrugsbestemmelse på daværende tidspunkt, samt om begrebet *retmæssig ejer* fra dobbeltbeskatningsoverenskomster kan udgøre en anti-misbrugsbestemmelse. Således tager EU-domstolen stilling til begrebet *retmæssig ejer*.

Sag C-116/16 udspringer af forholdene i afsnit 2.2.1.2 om bindende svar⁶⁰.

Se bilag 4 for yderligere uddybelse af sagen.

Sag C-117/16 udspringer af Landsskatterettens afgørelse SKM.2012.26 LSR⁶¹, se afsnit 2.2.1.1.

Se bilag 5 for yderligere uddybelse af sagen.

Østre landsret besluttede ud fra spørgsmålet om bindende svar og landsskatterettens afgørelse i SKM.2012.26 LSR at forelægge EU-domstolen præjudicielle spørgsmål, som er en sammenlægning af begge sager. Disse præjudicielle spørgsmål fremgår af bilag 6.

2.2.4.1 Generaladvokatens udtalelser, særligt C-117/16

Generaladvokaten har udarbejdet et forslag til afgørelse af de præjudicielle spørgsmål stillet fra Danmark til EU-domstolen, vedrørende, bl.a. begrebet *retmæssig ejer*.

Generaladvokaten oplyser, at når multinationale koncerner bruger strukturer, der strækker sig over flere landegrænser, vil det påvirke den skadevirkning, det kan have, hvis der ikke bliver lavet en skattefritagelse på forskellige niveauer, såfremt der også hver gang ville blive pålagt kildeskat, hvori der vil være en påvirkning af det indre marked.

Generaladvokaten har i præmis 44, for generaladvokatens nævnte præmisser se bilag 7, bemærket, at der i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU ikke er anført begrebet *retmæssig ejer*, hvilket skyldes, at der ikke er behov for at opstille materielle kriterier til modtagelse af udbytte i eget navn, for egen regning eller lignende, eftersom der ikke er tale om

⁶⁰ Sag om bindende svar; en række kapitalfonde, beliggende uden for EU og i lande Danmark ikke har indgået en DBO-aftale med, har stiftet selskaber i Luxembourg, som ejer mere end 50 % i det danske datterselskab, hvorved Skatterådet mente, at udbytteudlodningen fra det danske selskab til det luxembourgske selskab skulle indeholde kildeskat, dette blev senere ændret af Landsskatteretten.

⁶¹ SKM.2012.26 LSR; Et ultimativt moderselskab beliggende i USA har et underliggende moderselskab på Bermuda, der sammen ejer et dansk datterselskab, men ved en omstrukturering indfører selskabet på Bermuda et selskab på Cypern, der køber det danske datterselskab. Udbytteudlodningen sker derved fra det danske selskab til deres moderselskab på Cypern, hvor ved Landsskatteretten afgjorde, at selskabet på Cypern ikke var retmæssig ejer af udbyttet, men de var beskyttet af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, hvorved kildebeskatningen skulle frafalde.

driftsudgifter, i modsætning til eksempelvis renter, omfattet af rente-/royalty-direktivet, som indeholder begrebet.

Sammenfattende konstaterer Generaladvokaten, at det ikke er relevant om, udbyttedtageren er den retmæssige ejer, da dette ikke er en del af moder-/datterselskabsdirektivet, 2011/96/EU jf. præmis 44 og 86, og således ikke har en indflydelse på den positive vurdering af skattefrihed ved udbytter i EU-retlig forstand. Dermed skal skattefriheden af udbyttet ud fra direktivet vurderes ud fra ejerandelen mellem moder og datterselskabet. Dog skal der tages højde for misbrugsbestemmelserne i direktivet og generelt i EU-retten, hvilket vurderes ud fra arrangementer, som ikke er reelle, ikke er opstået af velbegrundede kommercielle årsager og ikke har økonomisk virkelighed, jf. præmis 49. Generaladvokaten slår dog fast, at koncerner der opbygger strukturer, hvor de kan opnå en skattefordel ved at placere sig i et skattefordelsland, ikke nødvendigvis udgør misbrug, jf. præmis 61.

Ligeledes mener generaladvokaten ikke, at kommentarerne til OECD's modelbeskatningsoverenskomst kan have indflydelse på fortolkningen af et EU-direktiv og oplyser, at det heller ikke vil kunne indskrænke EU-retten, jf. præmis 78-85.

Generaladvokatens udtalelser vil blive sammenholdt med EU-domstolens udtalelser og dansk ret samt OECD's definition i afsnit 2.2.5.

2.2.4.2 EU-domstolens vurdering

En af de præjudicielle spørgsmål i udbyttedommen vedrørte, hvorvidt man er omfattet af misbrugsbestemmelsen i art. 1, stk. 2 i moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU, hvis der ikke er implementeret en national misbrugsbestemmelse, således at skattefrihed efter direktivet kan nægtes. EU-Domstolen slog fast, at Skattestyrelsens praksis i sagerne om danske retmæssige ejer-sager overordnet skal ses i overensstemmelse med EU-retten, og at medlemsstaterne er berettiget til at indeholde kildeskat, uanset om de har implementeret en misbrugsbestemmelse i national ret eller ej. EU-Domstolen fastslog desuden, at sagerne skal afgøres ud fra et generelt anti-misbrugsprincip i EU-retten, jf. de forenede udbyttesagers præmis 82 og 83, for dommens anvendte præmisser se bilag 8.

Spørgsmålet omkring misbrug er relevant, eftersom det er forespurgt EU-domstolen⁶², om art. 10, som indeholder retmæssig ejer-begrebet fra OECD's modelbeskatningsoverenskomst kan benyttes til fortolkningen af begrebet i forbindelse med brugen af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, således at man udelukker misbrug, hvis det findes, at de er den retmæssige ejer efter art. 10, jf. præmis 93. EU-domstolen har ikke besvaret dette andet spørgsmål, hvortil der af præmis 94 ligeledes ikke er svaret på det tredje og det fjerde spørgsmål, omhandlende fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, da disse kun skulle besvares, såfremt det andet spørgsmål blev besvaret bekræftende.

Dermed har EU-domstolen ikke direkte taget stilling til begrebet *retmæssig ejer*. Dog er der i gennemgangen af forhold, der indikerer misbrug, som forespurgt i første spørgsmål, taget stilling til begrebet, hvorfor det kan påpeges, at begrebet anvendes i vurderingen af, om der foreligger misbrug, hvilket kan ses af nedenstående gennemgang.

Misbrugsbegrebet indebærer grundlæggende, at vurderingen skal indeholde et sammenfaldende objektivt og et subjektivt element, jf. præmis 97 og 98.

For at kunne anvende misbrugsbestemmelsen, og dermed nægte skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, skal der på den objektive side være en koncern, hvor virksomhederne er struktureret uden at forfølge formålet i EU-lovgivningen, selvom betingelserne i loven formelt set er overholdt, jf. præmis 97. Med dette menes, at en koncernstruktur er oprettet med et mellemholdingselskab, som ejer mindst 10 % af datterselskabet, hvorved det formelle er overholdt i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Samtidig skal dette mellemholdingselskab være oprettet udenom formålet i EU-lovgivningen. Der skal altså være tale om misbrug, hvilket kan vurderes ud fra EU-domstolens fastsatte retningslinjer, som gennemgås nedenfor.

Dette objektive element kan anses for at vedrøre, at en koncern opretter et selskab, som opfylder kravene for skattefrihed om 10 %'s ejerskab, men dog stadig ikke forfølger formålet med EU-

⁶² Se de præjudicielle spørgsmål i bilag 6.

retten. Man kunne forestille sig en koncern, der ikke er placeret i EU i forvejen, som således ikke kender til lovgivningen og blot kender til 10 %'s grænsen som de dermed opfylder, hvorfor de ikke subjektivt har taget stilling til yderligere.

Den subjektive del består i, at hensigten med at drage fordel af EU-lovgivningen er opnået ved at skabe kunstige betingelser for at opnå dette, jf. præmis 97. Der menes således, at en koncernstruktur er sammensat med et holdingselskab, som blot er et kunstigt selskab uden indhold. Med den subjektive del kan det vurderes, at der er tale om mere spekulativt snyd, hvor koncernen subjektivt har valgt at lave et kunstigt selskab for at omgå reglerne. Dette kunne eksempelvis være en koncern, som har mere indgående kendskab til de allerede eksisterende regler indenfor vurderingen af retmæssig ejer og misbrug i EU-retten. Herunder skal det vurderes, hvornår et selskab er oprettet kunstigt, og med den hensigt at opnå en fordel inden for EU-lovgivningen. Dette må anses for at være en konkret vurdering, som vil bygge på hensigten med oprettelsen, hvor længe selskabet har eksisteret, substansvurderingen, herunder lokaler og personale, hvilke aktiviteter selskabet har og tilknytningen til de øvrige selskaber i strukturen. Selve substansvurderingen vil blive analyseret nedenfor i afsnit 2.3.

Disse objektive og subjektive elementer indebærer blandt andet, at der findes et holdingselskab uden reelt indhold alene for at udføre misbrug. Dette kan betragtes som en faktor i bedømmelse af et gennemstrømningsselskab, dog skal nedenstående retningslinjer fra de forenede udbyttesagers præmis 98-114 ligeledes være gældende, for at vi kan kvalificere selskabet som et gennemstrømningsselskab.

Præmis 98 oplyser, at der skal være tale om formelle og kunstige transaktioner uden økonomisk og forretningsmæssig begrundelse med det formål at opnå en uretmæssig fordel efter den gældende lovgivning. Dette støtter op om det objektive element ovenfor.

Vedrørende begreberne formelle og kunstige transaktioner uden økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, kan det analyseres, at de formelle og kunstige transaktioner, omhandler transaktioner uden relevans for holdingselskabet, og som derved er kunstigt i form af, at det ikke har noget formål. Det at transaktionerne skal være uden økonomisk og forretningsmæssig

begrundelse kan have den betydning, at transaktionerne bliver overført automatisk og uden begrundelse for lån eller anden forretningsmæssig begrundelse.

Ligeledes pointerer EU-domstolen i præmis 100, at der kan være tegn på misbrug, hvis selskabet ikke har økonomisk realitet, hvor der kun er tale om en formel struktur med formål om at opnå en skattefordel, som strider imod formålet med skattelovgivningen. Dette gælder især, hvis der i koncernstrukturen er anvendt et gennemstrømningsselskab mellem det udloddende selskab og det selskab, som er udbyttets retmæssige ejer. Der er således i denne præmis indeholdt begrebet *retmæssig ejer* som en del af vurderingen, hvortil det modsætningsvist kan fastslås, at gennemstrømningsselskabet ikke vil være at anse for retmæssig ejer.

Endnu et tegn på misbrug indebærer efter præmis 101, at en videreudlodning af et udbytte foretages til et selskab, der ikke opfylder moder-/datterselskabsdirektivets 2011/96/EU anvendelsesområde og samtidig, at videreudlodningen er foretaget i sin helhed eller stort set i sin helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf.

Efter præmis 103 udgør endnu et tegn på misbrug, at det modtagende selskab udgør et gennemstrømningsselskab, som blot skal videreudlodde det modtagne udbytte til et selskab, der ikke er underlagt moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Samt at dette medfører, at gennemstrømningsselskabet kun oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst. Således fokuseres der igen på selskabets status af gennemstrømningsselskab, hvilket ikke udgør en retmæssig ejer.

Ifølge præmis 105 vurderes misbrug også ud fra, om der findes kontrakter mellem de selskaber i koncernen, der er en del af transaktionerne, som medfører pengestrømme inden for koncernen. Herudover også om disse kontrakter medfører, at gennemstrømningsselskabet har manglende beføjelse til at råde over det modtagne udbytte. Dette kan medføre, at gennemstrømningsselskabet ikke vil blive anset for at være retmæssig ejer sammenholdt med præmis 100+103. Såfremt selskabet kontraktuelt, juridisk eller substantielt ikke har rettighederne til at bruge udbyttet, kan det medføre, at de ligeledes ikke kan anses for at være retmæssige ejere.

Med substantielt menes således, at mellemholdingselskabet faktisk overfører udbyttet til et moderselskab, selvom der ikke foreligger en kontraktuel eller juridisk forpligtelse hertil.

Der vil endvidere blive set på, om komplekse finansielle transaktioner inden for koncernen har et tidsmæssigt nært sammenfald med ikrafttrædelse af ny vigtig lovgivning, jf. præmis 106.

Det kan hermed ses af ovenstående præmisser, at begrebet *retmæssig ejer*, og modsat gennemstrømningsselskab, anvendes i vurderingen af, om der foreligger misbrug. Det kan således konkluderes, at såfremt selskabet opfylder moder-/datterselskabsdirektivets 2011/96/EU krav om en korrekt ejerandel, jf. direktivets art. 4, men dog samtidig opfylder betingelserne for misbrug, kan der ikke opnås skattefrihed for udbytteudlodningen i overensstemmelse med direktivets art. 5. I vurderingen af misbrug skal det blandt andet vurderes, om der er tale om en retmæssig ejer, eller blot et gennemstrømningsselskab. Som nævnt har EU-domstolen ikke direkte taget stilling til dette begreb i de forenede udbyttesager, hvorfor EU-domstolens holdning til begrebet også må søges besvaret analogt ved rentesagerne.

2.2.4.3 Rentesagerne

I rentesagerne er EU-domstolen blevet forespurgt betydningen og fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, som det anvendes i rente-/royaltydirektivet. Såfremt rente-/royalty-direktivet anvendes analogt til vurderingen af retmæssig ejer-begrebet, kan EU-domstolens gennemgang af sagerne C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 om renter ligeledes anvendes.

EU-domstolen har taget stilling hertil og fortolker begrebet *retmæssig ejer* som en enhed, der reelt modtager de renter, som betales til den, jf. de forenede rentesagers præmis 88⁶³, de anvendte præmisser fremgår af bilag 9. Herudover skal betalingen være modtaget til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar, jf. rente-/royaltydirektivet art. 1, stk. 4. Ifølge præmis 89 skal modtageren ikke forstås som den formelle modtager, men i

⁶³ Overført til udbytteproblematikken, skal begrebet renter blot skiftes ud med udbytte.

stedet som den enhed, der økonomisk modtager betalingen og har mulighed for frit at råde herover. Herudover skal det bemærkes, at der kun kan findes én retmæssig ejer.

Generelt er det vigtigt, at EU-domstolen har påpeget, at man ikke kan være retmæssig ejer, såfremt man er et gennemstrømningsselskab, jf. præmis 92. Dette stemmer overens med EU-domstolens vurdering i præmis 100 i de forenede udbyttesager, som er gennemgået ovenfor.

Ifølge EU-domstolen udgør en retmæssig ejer således et selskab, som ikke kan anses for at være et gennemstrømningsselskab og som reelt modtager den betaling, der er modtaget ved at have mulighed for frit at råde over betalingen. Ligeledes påpeger EU-domstolen, at eftersom OECD's modelbeskatningsoverenskomst afspejler EU's demokratiske proces, kan denne overenskomst ifølge EU-domstolen anvendes i fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, jf. præmis 91. Dette medfører ligeledes, at OECD's modelbeskatningsoverenskomst syn på retmæssig ejer-begrebet, i forbindelse med udbyttebestemmelsen, også kan anvendes i den EU-retlige vurdering af udbytte.

2.2.4.4 Fornyet vurdering af retmæssig ejer-begrebet og misbrugsbestemmelsen

Generaladvokaten og EU-domstolen har via præjudicielle spørgsmål fra Danmark taget stilling til udbyttebeskatning og begrebet *retmæssig ejer*, som ofte er forbundet hermed. Generaladvokaten mener ikke, at retmæssig ejer-vurderingen er relevant i relation til, om der kan opnås skattefrihed for udbytter under moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Ud fra den ny retspraksis fra EU-domstolen er retmæssig ejer-begrebet i udbyttesagerne ligeledes ikke blevet behandlet direkte som begreb i forhold til, om der kan opnås skattefrihed. I stedet er det blevet anvendt i vurderingen af, om der foreligger misbrug i anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU, hvilket generaladvokaten ikke har taget stilling til. Dog er der i rentesagerne kommenteret på begrebet fra EU-domstolens side, hvorfor denne vurdering af begrebet må vurderes at kunne anvendes analogt på EU-rettens anvendelse af begrebet. EU-domstolen har i de forenede udbyttesager ikke taget stilling til anvendelsen af OECD's modelbeskatningsoverenskomst i forbindelse med retmæssig ejer-begrebet, men i rentesagerne er det angivet, at overenskomsten kan anvendes, da denne afspejler EU's demokratiske proces, jf. de forenede rentesagers præmis 91. Generaladvokaten mener dog ikke, at overenskomsten kan

anvendes i fortolkningen, hvilket viser en vis usikkerhed på området. EU-domstolens holdning hertil følges, hvormed vurderingen af retmæssig ejer og misbrug skal foretages ud fra kommentarerne til OECD's modelbeskatningsoverenskomst og kommentarerne i rentesagen.

2.2.5 Samlet fortolkning

I forbindelse med gennemgangen af OECD's modelbeskatningsoverenskomst, EU-retten og EU-domstolens forenede udbyttesager og forenede rentesager, er der behov for et sammendrag og en fortolkning af to forskellige begreber. Disse udgør retmæssig ejer og misbrug. Begreberne skal også fortolkes i sammenhæng, eftersom retmæssig ejer er en del af misbrugsbegrebet.

2.2.5.1 Retmæssig ejer

Af analysen ovenfor er der fundet frem til, hvordan begrebet *retmæssig ejer* fortolkes. Der er generelt kommenteret meget på begrebet, hvilket tyder på, at der er tale om et meget nuanceret begreb, som kan anvendes med lidt forskellighed alt efter sagens faktum. Fælles for alle instanser og kilder er, at der bliver set på gennemstrømning af udbytte samt råderet over udbyttet.

I alle dele af analysen er der lagt vægt på, at modtageren af det pågældende udbytte ikke blot skal modtage udbyttet, men ligeledes have ret til at råde over dette og dermed selv træffe beslutninger om, hvad udbyttet skal bruges til. Dette vil medføre, at de anses for at være retmæssige ejere.

Således er det tydeliggjort, at en af præmisserne for at være retmæssig ejer er, at der er denne råderet over det modtagne udbytte.

Dog ser man i OECD's fortolkning, EU-retlige retskilders fortolkning samt i EU-retlig domspraksis, at der stadig sættes fokus på, om der er tale om et gennemstrømningsselskab. Såfremt det mellemliggende holdingselskab udgør et gennemstrømningsselskab, vil de ikke kunne være retmæssige ejere af udbyttet. OECD mener i sammenhæng hermed, at selskabet ikke må have en forpligtelse til at skulle videreudlodde udbyttet.

De vigtigste punkter i relation til begrebet *retmæssig ejer* udgør således:

- Selskabet skal have ret til at råde over det modtagne udbytte
- Selskabet må ikke være et gennemstrømningsselskab, som er forpligtet til at videreudlodde det modtagne udbytte.

Ifølge de interne sager som er gennemgået i afsnit 2.2.1 om fortolkning af begrebet, har man tidligere anvendt begrebet rette indkomstmodtager som vejledning til vurderingen af retmæssig ejer, på trods af at der i SKM.2016.281 HR fandtes, at der ikke kunne sættes lighedstegn mellem disse begreber. Fremadrettet vil de danske domstole skulle vurdere retmæssig ejer i overensstemmelse med den mulige præcisering fra EU-domstolen.

2.2.5.2 Misbrug

EU-domstolen har i de nye udbyttesager ligeledes vurderet, hvad der skal til, for at der foreligger misbrug, således at det mellemliggende selskab ikke kan anses for at opfylde moder-/datterselskabsdirektivet 2015/121/EU. Disse misbrugsbetingelser kan derfor også anvendes i sammenhæng med retmæssig ejer-begrebet i relation til om selskabet er et gennemstrømningsselskab, da disse går tæt i hånd med begrebet gennemstrømningsselskab, samt at der kan anvendes et generelt anti-misbrugsprincip fra EU-retten i udbytteproblematikker.

EU-domstolen har således pointeret, at et selskab udøver misbrug såfremt følgende forhold er tilstede for det mellemliggende holdingselskab:

- Der foretages formelle/kunstige transaktioner uden økonomisk og forretningsmæssig begrundelse
- Koncernen er en formel struktur uden økonomisk realitet
- Koncernen har et formål om at opnå en skattefordel, der strider imod formålet med skattelovgivningen
- Selskabet kan betegnes som et gennemstrømningsselskab, som skal videreudlodde udbytte til et selskab, der ikke er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU
- Selskabet er ikke retmæssig ejer af udbyttet
- Der er sket videreudlodning af et udbytte ganske kort efter modtagelsen af dette udbytte

- Selskabet oppebærer kun en ubetydelig skattepligtig indkomst
- Der er manglende substans i form af manglende økonomisk aktivitet
- Selskabet mangler beføjelse til at råde over udbyttet, kontraktuelt og substantielt
- Der er indgået kontrakter i koncernen som medfører pengestrømme imellem selskaberne
- En kompleks finansiel transaktion er foretaget tidsmæssigt i nærheden af ikrafttrædelse af ny vigtig lovgivning

Punkterne, der vedrører både misbrug og retmæssig ejer, pointerer, hvad der tidligere er diskuteret. Et af misbrugspunkterne indeholder substans, hvilket vil blive analyseret nærmere nedenfor i afsnit 2.3.

2.3 Substansvurdering

2.3.1 Dansk perspektiv på substans

Begrebet substans bliver ofte benyttet i sammenhæng med vurderingen af retmæssig ejerbegrebet og misbrugsbegrebet. Dog er substans ikke direkte defineret i intern ret, hvilket gør det svært for skattemyndighederne og det danske retssystem, når de skal behandle sager om fritagelse eller nedsættelse af kildeskat på udbytter ved retmæssig ejer og misbrugsvurderingen. Skattemyndighederne søger nemlig at indarbejde et krav om, at der skal være betydelig substans for at anerkende et holdingselskab som retmæssig ejer og ikke udførende misbrug.

Det kan ses i dommen SKM.2010.268.LSR⁶⁴, senere stadfæstet af Østre Landsret SKM.2012.121.Ø, at der i vurderingen af substans af et selskab i Luxembourg, blev fokuseret på, at der ikke var nogen ansatte, og at formålet med selskabet blot var at eje og finansiere et datterselskab, hvilket man anså for at være et "tyndt" formål. Samtidig havde selskabet heller ikke beføjelser til at råde over udbyttet. Ud fra disse punkter kunne selskabet ikke anses for at have reel substans. I sagerne SKM.2012.26.LSR⁶⁵ og SKM.2015.397.Ø⁶⁶ blev det igen påpeget, at gennemstrømningsselskabet,

⁶⁴ Se fodnote 43, og for uddybelse af dommen bilag 1.

⁶⁵ [Se afsnit 2.2.1.1](#)

⁶⁶ Se fodnote 44, og for uddybelse bilag 2.

hvor udbyttet blot strømmede igennem, hverken havde lokaler eller personale, hvilket udgjorde manglende substans.

Selvom der er flere punkter, der taler imod, at selskaberne ikke har reel substans eller skulle være retmæssige ejere i flere af de ovenstående domme, giver disse domme også et billede af, at det kan være enkelte faktorer, der resulterer i, at de enten bliver defineret som retmæssige ejere eller rette indkomstmodtagere, som medfører undgåelse af indeholdt kildeskat.

I dansk retspraksis bliver der typisk set på følgende punkter i substansvurderingen:

- Gennemstrømningsselskab
- Lokaler og medarbejdere
- Råderet over udbyttet

Begrebets angivelse i loven

Substansbegrebet findes ikke i skattelovgivningen, men kan findes i enkelte danske love, herunder årsregnskabsloven, ATP-loven, investeringsforeningsloven og lov om finansiell virksomhed, hvor begrebet anvendes i samme betydning. I lovene bliver begrebet anvendt i relation til aflæggelsen af et selskabs årsrapport. Begrebet defineres ikke direkte, men belyser dog, at begrebet skal forstås som forhold, der ikke har et reelt indhold:

“[Ved aflæggelse af en årsrapport] [...] skal [der] tages hensyn til de reelle forhold frem for formaliteter uden reelt indhold (substans)”, jf. ÅRL § 13 stk. 1 nr. 2

Bestemmelsens beskrivelse af substans kan ud fra en udvidende fortolkning i form af en analogitolkning medtages i analysen af betydningen af substans i relation til retmæssig ejerbegrebet og misbrugsbegrebet indenfor skatteretten.

Begrebets angivelse i den danske ordbog

Begrebet substans bliver defineret i den danske ordbog som *“det der bevirker, at noget er, hvad det er (en genstands essens), og en tilgrundliggende væren eller eksistens, som er bærer af*

*egenskaber, men som ikke selv er en egenskab*⁶⁷. Begrebet indebærer her, at det er noget fysisk, som har essens, væren eller eksistens og som bærer nogle egenskaber. Herefter kan det analyseres, at et selskab har substans, såfremt der kan identificeres essens, væren eller eksistens, dvs. selskabet skal eksistere fysisk og have indhold uden blot at have kunstige egenskaber.

Selvom det førhen, ved vurderingen af rette indkomstmodtager, ikke kunne anses at være relevant at se på begrebet substans, har Hans Severin Hansen i sin artikel 'Det store hykleri – om "beneficial owner" sagerne' påpeget, i sag SKM.2010.268.LSR⁶⁸, at begrebet substans, i forhold til holdingselskaber, skal vurderes som en mindre del af en samlet vurdering og derved kun skal tillægges et begrænset omfang ved vurderingen af retmæssig ejer.

2.3.2 Generaladvokatens udtalelse

Generaladvokaten har også udtalt sig om de førnævnte præjudicielle spørgsmål, hvorfor hans vurdering medtages i fortolkningen af substansbegrebet.

Generaladvokaten giver sin enighed i, at der i sagerne C-116/16 og C-117/16 kan være tale om et kunstigt arrangement, da oplysningerne om selskabet underbygger det, herunder ingen ansatte, ingen egne lokaler, hvortil det ikke tyder på, at der udover formueforvaltning bliver foretaget nogen indtægtsskabende virksomhed, hvorfor selskabet forekommer kunstigt.

EU-domstolen har dog slået fast, at selvom et holdingselskabs aktivitet kun består i at forvalte et datterselskabs aktiver, kan det ikke medføre, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, som ikke bygger på nogen økonomisk realitet⁶⁹.

Ligeledes ses der på rene formueforvaltende selskaber, som ofte ikke har mange aktiviteter. Disse medfører ikke nødvendigvis et kunstigt arrangement, men hvis selskabet, som ellers er gyldigt stiftet, ikke selv råder over de nødvendige fysiske og personalemæssige ressourcer, med henblik

⁶⁷ Gyldendals Den store danske ordbog.

⁶⁸ Se fodnote 43, og for uddybelse af dommen bilag 1.

⁶⁹ Jf. sag C-504/16 og C-613/16, præmis 73. Sagerne omhandler præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af TEUF art. 49 vedr. etableringsfrihed, der er stillet til EU-domstolen i forbindelse med udbytteudlodninger fra et tysk datterselskab til selskaberne Deister Holding og Juhler Holding, hvor udbytteudlodning fik afslag på fritagelse af indhold af kildeskat.

på at kunne opfylde selskabets formål, kan der være tale om et fiktivt arrangement, der ikke bygger på en økonomisk realitet, jf. Generaladvokatens forslag til afgørelse om de forenede udbyttesager, præmis 56, de anvendte præmisser fremgår af bilag 7. Når en juridisk person agerer passivt, således at enhver handling og beslutning foregår gennem tredjemand, hvorved selskabet ikke driver egen virksomhed og heller ikke har egne indtægter eller omkostninger, kan denne efter generaladvokatens opfattelse betragtes som kunstigt, vurderingen skal dog foretages af de faktiske omstændigheder.

Afslutningsvist fastslår generaladvokaten, at substansvurderingen afhænger af en samlet bedømmelse af de faktiske omstændigheder i de konkrete tilfælde, som de nationale domstole skal foretage. Herunder, at der klart foreligger et misbrug, hvis koncernen har oprettet et kunstigt arrangement, der ikke har nogen økonomisk realitet, eller hvor hovedformålet er at undgå en skat, der ellers skulle være betalt, jf. præmis 51. Konkret angives det, at hvis ikke der findes ansatte eller lokaler, og der er tegn på en ikke omfangsrig virksomhed uden indtægtsskabende aktiviteter, giver dette indikationer på manglende økonomisk realitet, jf. præmis 54.

Generaladvokaten har ikke direkte taget stilling til begrebet gennemstrømningsselskaber og herunder videreførelse af udbytter, eftersom han mener, at dette kun vedrører OECD's modelbeskatningsoverenskomst, som ikke kan have indflydelse på fortolkningen af et EU-direktiv, jf. præmis 83. I stedet har generaladvokaten fokuseret på medarbejdere, lokaler, adresse, passivitet, handlinger udført i eget navn og for egen regning, manglende indtægtsskabende virksomhed samt det at selskabet kun finder sted på papiret.

2.3.3 EU-domstolens vurdering af substans

EU-domstolen har i forbindelse med de dansk stillede præjudicielle spørgsmål taget stilling til substans og vurderingen heraf, dette kommer særligt til udtryk i de forenede sager C-116/16 & C-117/16, præmis 100, 103, 104, de behandlede præmisser fremgår af bilag 8, som vil blive gennemgået nedenfor.

Det må vurderes, at fortolkningen af begrebet generelt bliver pålagt national ret, da der i EU-domstolens vurdering af substans ikke direkte bliver taget stilling til begrebet. Det analyseres

derfor, om de punkter national ret anvender som begrundelse i substansvurderingen også er de samme, som EU-domstolen benytter.

I præmis 100 anfører EU-domstolen, at en koncern skal være etableret med økonomisk realitet uden formål om at opnå en skattefordel, der virker mod formålet med skattelovgivningen, for at koncernen ikke anses for at være et kunstigt arrangement. Et kunstigt arrangement kan vurderes at være lig en formalitet uden reelt indhold og udgør således manglende substans. Et kunstigt arrangement skal dog også ses i lyset af præmis 103.

Det kan ud fra præmis 100 vurderes, at et kunstigt arrangement opstår, når en koncern har en struktur, der kun er formel, som ikke afspejler den økonomiske realitet og har til formål at opnå en skattefordel, som modvirker den skattelovgivning, der finder anvendelse. Dette gælder, når man i koncernstrukturen undgår udbytteskat ved indskydelse af gennemstrømningsselskab mellem udbytteudlodderen og den retmæssige ejer, og videreudlodder udbyttet herigennem.

Et kunstigt arrangement udgøres ifølge præmis 100 af følgende 3 punkter:

- *Koncernens struktur er rent formelt sammensat*
- *Koncernen opnår en skattefordel, ved at "snyde" skattelovgivningen i det pågældende land*
- *Der er indskudt et gennemstrømningsselskab i koncernstrukturen*

I præmis 103 uddyber EU-domstolen betydningen af et gennemstrømningsselskab. Her anføres det, at et kunstigt arrangement opstår, når en koncern er tilrettelagt med et selskab, som modtager udbytte og skal videreudlodde det til et moderselskab, som ikke er underlagt moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Herudover vil det tale for et kunstigt arrangement, at selskabet, der opererer som gennemstrømningsselskab, kun oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst. Hvis et selskab blot fungerer som gennemstrømningsselskab, kan det dermed karakteriseres som et kunstigt arrangement, hvorved de ikke kan være retmæssige ejere af udbyttet og således misbruger skattereglerne ved dette arrangement. Desuden ligger der bag sætningen; "*skal videreudlodde dette udbytte til et tredje selskab*", en fortolkning om, at gennemstrømningsselskabet ikke kan råde over udbytteudlodningen, eftersom ledelsen i moderselskabet har beslutningskompetencen.

Et kunstigt arrangement er således præget af følgende 3 punkter i præmis 103:

- *Der er indskudt et gennemstrømningsselskab i koncernstrukturen*
- *Udbytte bliver videreført til et moderselskab uden for moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU*
- *Gennemstrømningsselskabet oppebærer kun en ubetydelig skattepligtig indkomst*

I punkt 104 uddybes selve gennemstrømningsselskabets substans, dvs. den reelle tilstedeværelse. Her bliver det klart defineret, at hvis et selskabs eneste aktivitet er at modtage og videreudlodde udbyttet til den retmæssige ejer, så er det et gennemstrømningsselskab.

For at kunne vurdere, at videreudlodning er selskabets eneste aktivitet, og at selskabet er kunstigt oprettet, skal det analyseres, hvorvidt selskabet har en manglende faktisk økonomiske aktivitet. De kendetegn, der belyser en økonomisk aktivitet i et selskab, udgør relevante elementer såsom; selve driften af selskabet, herunder en selvstændig ledelse som træffer egne beslutninger; om udbytteudlodningen fremgår af selskabets regnskab; om der er oprettet en struktur, der holder så lave omkostninger som muligt, således at udgifterne er minimeret; om der er personale til at drive selskabet og udføre dets aktivitet; om selskabet selv har lokaler og udstyr, der gør det muligt for dem at varetage de aktiviteter de måtte have, herunder at selskabet ikke blot har en adresse til post, men at selskabet har en adresse at udføre deres aktivitet fra.

Substans er således præget af følgende 5 punkter:

- *Driften af selskabet, herunder en selvstændig ledelse*
- *At udlodning fremgår af selskabets regnskab*
- *At selskabets omkostninger ikke er holdt til et urealistisk minimum*
- *Personale i selskabet*
- *Lokaler og udstyr som selskabet råder over*

I denne vurdering belyses det, at hvis et selskabs eneste aktivitet er at videreudlodde udbytte, så er det et gennemstrømningsselskab, hvortil det skal vurderes om selskabet har en manglende økonomisk aktivitet og substans. Hvis videreudlodning er selskabets eneste aktivitet og de 5

punkter ovenfor taler for, at selskabet har manglende faktisk økonomisk aktivitet, herunder substans, kan gennemstrømningsselskabet ikke karakteriseres som retmæssig ejer af udbyttet.

2.3.4 Samlet fortolkning af substans

Substans er ovenfor analyseret ud fra et dansk perspektiv, generaladvokatens vurdering og EU-domstolens vurdering af begrebet.

Generaladvokaten og EU-domstolen er på mange punkter enige om, hvad der udgør substans. Dog har generaladvokaten ikke taget højde for begrebet gennemstrømningsselskab, og det at udbyttet videreføres, hvilket EU-domstolen har lagt vægt på flere gange. Ligeledes har generaladvokaten ikke fokuseret på, at der skal være en selvstændig ledelse. Der kan således vurderes, at begrebet ikke er klart defineret, hvorfor det er aktuelt at foretage en konkret definition heraf. Eftersom EU-domstolen udgør en højere instans, vil deres vurdering lægges til grund for den endelige fortolkning af substans fremfor generaladvokatens.

EU-domstolen har således fokuseret på, at der mangler substans, såfremt der er tale om et kunstigt arrangement, hvilket opstår ved, at der indskydes et gennemstrømningsselskab. Et kunstigt arrangement udgør den danske ordbogs definition på substansbegrebet og er af EU-domstolen defineret ud fra punkterne:

- *Koncernens struktur er rent formelt sammensat*
- *Koncernen opnår en skattefordel, ved at "snyde" skattelovgivningen i det pågældende land*
- *Der er indskudt et gennemstrømningsselskab i koncernstrukturen*
- *Udbytte bliver videreført til et moderselskab uden for moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU*
- *Gennemstrømningsselskabet oppebærer kun en ubetydelig skattepligtig indkomst*

EU-domstolen har ligeledes set på, om der mangler økonomisk aktivitet, hvilket er tilfældet, hvis den eneste aktivitet udgør videreudlodning. Denne manglende økonomiske aktivitet vurderes ud fra punkterne:

- *Driften af selskabet, herunder en selvstændig ledelse*
- *At udlodning fremgår af selskabets regnskab*
- *At selskabets omkostninger ikke er holdt til et urealistisk minimum*
- *Personale i selskabet*
- *Lokaler og udstyr som selskabet råder over*

Efter et dansk perspektiv har begrebet substans visse ligheder med EU-domstolens fortolkning. Ifølge de ovenfor nævnte domme fokuseres der på, om der er ansatte, lokaler og om formålet med selskabet blot er at eje og finansiere et datterselskab. Ligeledes nævner diverse dansk lovgivning, at begrebet skal forstås som forhold, der ikke har reelt indhold og således udgør en ren formel struktur som ved EU-domstolens vurdering.

2.6 Juridisk delkonklusion

Der er foretaget en analyse af, hvorvidt begreberne retmæssig ejer, misbrug og substans er fortolket i EU-retten, OECD's modelbeskatningsoverenskomst. Herudover er det analyseret, hvordan Generaladvokaten og EU-domstolen, efter den nye afsigelse af udbyttedagerne fra d. 26. februar 2019, har vurderet begreberne, hvilket således bør udgøre den fremtidige fortolkning, der skal anvendes af de nationale domstole.

Det kan konkluderes, at definitionen af retmæssig ejer, ud fra de forskellige retskilder, udgør, at det mellemliggende selskab skal have ret til at råde over det modtagne udbytte, og at det ikke må være et gennemstrømningsselskab med pligt til at videreudlodde udbyttet, for at der kan opnås kvalifikation som retmæssig ejer.

I forbindelse med misbrugsbegrebet konkluderes det, at det mellemliggende selskab ikke må udgøre en formel struktur med formelle transaktioner uden økonomisk realitet, som kun oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, hvorfor selskabet skal have substans. Ligeledes

må selskabet ikke have et formål om at opnå en lovstridig skattefordel. Selskabet skal kunne betegnes som at være retmæssig ejer og i relation hertil kunne råde over det modtagne udbytte. Det kan ligeledes konkluderes, at substansvurderingen skal foretages ud fra, om det mellemliggende selskab udgør et kunstigt arrangement og således udøver misbrug, samt om der mangler økonomisk aktivitet, hvilket vurderes ud fra personale i selskabet, lokaler og udstyr der rådes over, driften af selskabet og strukturen af omkostningerne, herunder at udlodningen fremgår af regnskabet.

Det kan ud fra den juridiske analyse samlet konkluderes, at fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen vil påvirke de nationale domstoles fortolkning fremadrettet, eftersom der tidligere har været en tendens til at vurdere retmæssig ejer-begrebet ud fra begrebet rette indkomstmodtager hos de danske domstole, hvilket nu skal følge ovenstående fortolkning i stedet. Der har tidligere været en stor uklarhed om, hvordan disse begreber skulle vurderes, hvilket nu er forsøgt præciseret af EU-domstolen. Således er der opnået en mere klar fortolkning af begreberne, men dog uden en konkret definition af disse.

Kapitel 3 - Økonomisk analyse

3.1 Indledning

Nationalt har problematikken omkring kildeskat vakt stor interesse både indenfor finans- og skatte kredse, hvor skattemyndighederne siden 2007 har brugt flere ressourcer på kontrolindsatsen, når udenlandske selskaber i koncernforhold investerer i danske datterselskaber og opererer i en gråzone, hvor der er risiko for, at systemet bliver udnyttet til skatteunddragelse⁷⁰.

Omdrejningspunktet i afhandlingen vil være at belyse problematikken om skatteplanlægning i et nationalt og internationalt perspektiv, hvorunder fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen juridisk er blevet analyseret ovenfor.

Herunder vil det i den økonomiske analyse vurderes, hvorvidt en mere striks vurdering af begrebet *retmæssig ejer* og selskabers misbrug af skatteplanlægning påvirker koncernens incitament og placering af både holdingselskab og datterselskab. Der benyttes underliggende teorier til at vurdere forholdet mellem staten og koncernen, og der belyses hvilke omkostninger en optimering af koncernstrukturen vil medføre, herunder hvilke risici og afkast, der kan forventes under de forskellige scenarier, og hvilke incitament der findes for hhv. staten og koncernen belyst i en spilteoretisk opstilling.

Staten, Danmark, vil i indeværende analyse blive anset for at have en tendens til at dømme skattesager strikt. Dette begrundes i den øgede indsats om kontrol og den inddragede statistik nedenfor⁷¹. Statistikken belyser antallet af skattesager i Danmark, hvor afgørelsen oftest ender med tiltale i form af bøde og således kun meget sjældent ender med at tiltalen opgives eller undlades. Dette viser, at Danmark oftere dømmer skattesager strikt.

⁷⁰ Bundgaard J. (2010); første slag om beneficial ownership er udkæmpet - det endelige venter forude, *Skat Udland; Specialtidsskrift om international skat*, s. 1.

⁷¹ Danmarks statistik d. 18.7.19, statistik på domsafsigelser.

Strafferetlige afgørelser efter overtrædelsens art, køn, afgørelsestype og tid

	2015	2016	2017	2018
Skatte- og afgiftslove mv.				
Virksomheder				
2 Bødeafgørelse	162	238	182	417
211 Bøddom og udeblivelsesdom	18	41	24	30
213 Bødevedtagelse	0	2	1	0
214 Bødeforlæg	144	195	157	353
225 Dom uden retsmøde	0	0	0	34
3 Tiltalefrafald	0	0	0	0
4 Tiltale undladt	1	0	0	0

Figur 3, oversigt over strafferetlige afgørelse, Kilde: Danmarks statistik

En striks vurdering af skattesager vil betyde, at begrebet *retmæssig ejer* ikke er blevet tildelt holdingselskabet, som er indskudt for at koncernoptimere, eller at koncernen vil blive anset for at udøve misbrug.

I et internationalt perspektiv, har der været tvivl om vurderingen af begrebet *retmæssig ejer* og misbrug, hvilket har medført at de danske domstole har stillet præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen om fortolkningen heraf. Derfor vil der spilteoretisk blive opstillet et scenarie, hvor analysen vurderer koncerners incitament til at flytte sit datterselskab til et land, der vurderer retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen mere lempeligt og hvor der er en mindre risiko for at blive pålagt kildeskat på udbytteudlodningen.

Analyseenheden i afhandlingen vil være transaktionen, som udgør investeringen, hvortil udenlandske koncerninvestorer valg af investering i et land afhænger af, hvor det er mest fordelagtigt at drive koncernen. Der vil blive belyst én investors valg⁷² af investering, som danner grundlag for summen af flere investorers valg på et højere niveau. Denne transaktion vil blive vurderet ud fra en samfundsanalytisk vinkel, herunder hvordan beslutningstagernes valg af investering påvirker samfundet i form af staten og koncernen.

⁷² Én investors valg udgør holdingselskabet, hvorved beslutningskompetencen ligger i det ultimative moderselskab, hvorfor denne investor tilsammen udgør holdingselskabet og det ultimative moderselskab. Den enkelte koncern danner samtidig grundlag for flere koncerner på et samfundsmæssigt niveau, men hvor problematikken fremstilles ud fra en koncerns beslutning.

Den økonomiske påvirkning af staten og koncernen vil blive vurderet ud fra ligevægtsmodeller og maksimeringsrationalitet i form af anvendelsen af principal agent-teorien og ligeledes senere i form af eksternaliteter i samfundet som følge af agentens handlinger.

Ligeledes vil der i analysen anvendes en funktionalistisk tilgang til at analysere den begrænsede rationalitet, hvilket foretages gennem Williamsons transaktionsomkostningsteori.

3.2 Forholdet mellem staten og koncernen

Principal/agent-teorien baserer sig på et kontraktretligt-forhold mellem to parter. I indeværende analyse vil staten blive anset som principalen og koncernen som agenten. Der vil i teorien forekomme en risiko ved, at der er asymmetrisk information mellem parterne⁷³.

P/A-teorien analyserer virksomheden ud fra et bytteperspektiv, hvilket betyder, at teorien ønsker at benytte den enkelte transaktion som en basal analyseenhed for sin teori⁷⁴, herunder baserer teorien sig på antagelsen om begrænset rationalitet⁷⁵ og usikkerhed mellem parterne. Den begrænsede rationalitet kommer til udtryk ved, at en agent vælger den adfærd, der forekommer ham rationel⁷⁶, ud fra de omstændigheder og muligheder agenten har i den indeværende situation⁷⁷. Dette kan også kaldes subjektiv rationalitet, som betyder, at agenten vælger den adfærd, der forekommer optimal i hans øjne, men ikke nødvendigvis er det.

P/A-teorien bygger i indeværende analyse på forholdet mellem staten og koncernen. Dette forhold har kontraktretlig karakter, hvor kontrakten således udgør statens lovgivning. Som nævnt udgør principalen staten og agenten udgør koncernen, med særligt fokus på holdingselskab og datterselskab. Dette forhold bygger på risiko ved asymmetrisk information, det betyder, at staten ikke har information om koncernens handlinger, og hvad koncernens formål er med, at moderselskabet opretter et holdingselskab i andre lande, som et mellemliggende selskab mellem

⁷³ Knudsen C. (1997); Økonomisk metodologi bind II, s. 164.

⁷⁴ Ibid s. 164.

⁷⁵ Tidligere hævdede neoklassisk forstand, at mennesket generelt er rationelt, men at den økonomiske adfærd for erhvervslivet kan forekomme at tendere mod rationalitet i betydning af egeninteresser; Gaden E. & Jespersen J. (2013); introduktion til mikroøkonomi, s. 21.

⁷⁶ Rationel betyder han vælger den løsning, han mener er bedst, ud fra de løsninger han kender, som sjældent er dem alle, kilde Lippert-Rasmussen M. & Mols N. P. (1994); Transaktionsomkostningsteori en introduktion til Williamson; *Institut for virksomhedsledelse*, s. 6.

⁷⁷ Cristofaro M. (2017); Herbert Simon's bounded rationality; *Journal of Management History* 23.2, s. 172 ff.

datterselskab og moderselskab, hvor de kan følge deres egne interesser som koncern og optimere deres overskud på udbytteudlodningen⁷⁸.

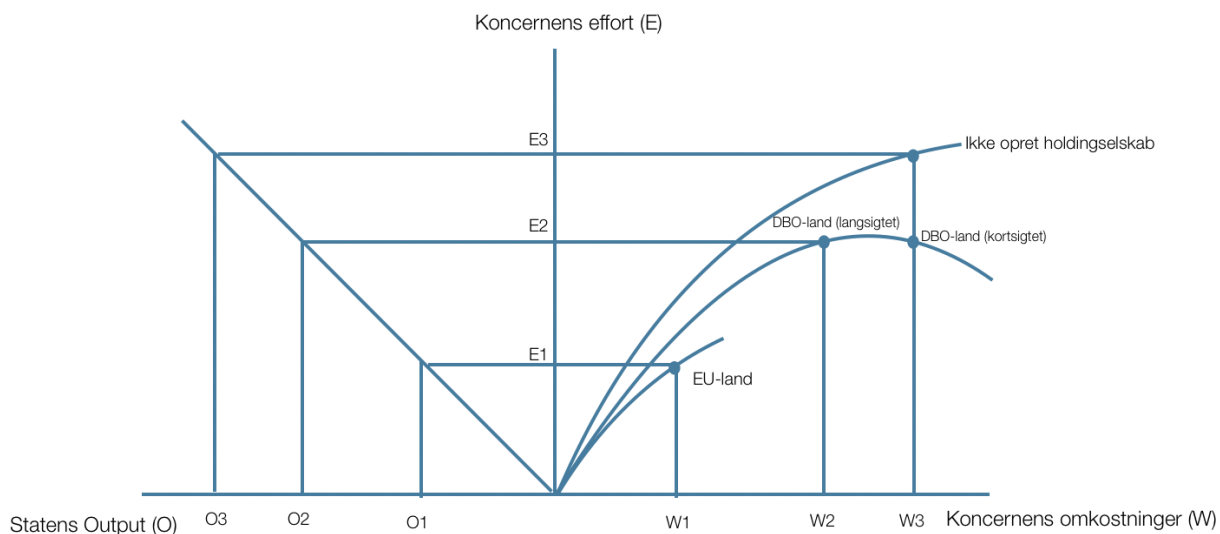
Den ene type informations-asymmetri findes i *adverse selection*, som udgør skjult information. Dette opstår prækontraktuelt, altså inden kontraktindgåelse, og dermed inden koncernen har oprettet et holdingselskab i et EU-land eller et land, som der er indgået en DBO-aftale med for at opnå en skattefordel i forbindelse med udbytteudlodningen fra det danske datterselskab. Koncernen skjuler således over for principalen, at de har til hensigt at oprette et holdingselskab, der skal benyttes til at optimere koncernens overskud i form af et større udbytte. Staten mangler denne information, da det vil kræve, at koncernens hensigt bliver observerbar.

Den anden type informations-asymmetri findes i skjulte handlinger, også kaldet *moral hazard*, det betyder, at handlingen er post-kontraktuel, det vil sige den skjulte handling sker efter "kontrakten" er indgået. Når koncernen har taget beslutningen om at have et datterselskab i Danmark og et holdingselskab i et fordels-skatteland, kan de skjule deres handling for staten. Den skjulte handling vil her ligge i, at koncernen fører transaktioner, herunder udbytte, gennem deres holdingselskab for at kunne skatteplanlægge og derved handle ud fra egne interesser om at nyttemaksimere. Ud fra dette er det svært for staten at observere og verificere, hvorvidt handlingen er bevidst for koncernen eller har været et led i en normal forretningsmæssig drift⁷⁹.

⁷⁸ Knudsen C. (1997); Økonomisk metodologi bind II, s. 164.

⁷⁹ Ibid s. 164.

3.2.1 Statens omkostninger ved oprettelse og ikke-oprettelse af holdingselskab



Figur 4; P/A-forholdet for at oprette holdingselskab (ikke overholde) og ikke oprette holdingselskab (overholde), Kilde: Egen tilvirkning

Ved aftaleindgåelse, det vil sige, når koncernen har investeret i et dansk datterselskab, vil der som udgangspunkt ydes en høj effort fra koncernens side til at overholde skatteloven, svarende til E3, eftersom de skal følge danske regler. Heraf følger omkostningen W3 til den maksimale kildeskat (22 %) af udbytteudlodningen til moderselskabet. Staten får således output lig O3, som følge af at koncernen betaler den højeste kildeskat til Danmark, som giver størst mulig skatteindtægt til staten.

Der er risiko for, at koncernen vil oprette et holdingselskab inden for enten EU eller et DBO-land, hvilket vil føre til skattefritagelse eller skattenedsættelse af udbytteudlodningen, dette kræver dog, at holdingselskabet bliver anset som retmæssig ejer af udbyttet eller som faktisk moderselskab. Effort-niveauet for at overholde loven bliver derved lavere i begge scenarier, som ses ved hhv. E2 og E1.

I det første scenarie, hvor der bliver oprettet et holdingselskab i et DBO-land, ydes en mindre effort, E2, som følge af at der forsøges at mindske beskatningen. Omkostningerne forbliver på kort sigt på et højt niveau, W3, som følge af at den skattemæssige indtjening, i form af skattenedsættelse til 5 % eller 15 %, bliver udlignet af omkostningerne ved oprettelse af et holdingselskab. På lang sigt vil omkostningerne falde, W2, som følge af at koncernen betaler

mindre i skat og etableringsomkostningerne vil være en sunk cost. I dette scenarie opnås der stadig en skatteindtægt for staten, der dog er nedsat fra de 22 % til 15 % eller 5 %, dette ses ved at statens output er faldet fra O3 til O2.

I det andet scenarie, hvor der bliver oprettet et holdingselskab i et EU-land, kan der opnås skattefrihed på udbytter, hvilket giver mindre effort, E1, fra koncernen. Herved vil omkostningerne, der bruges på at oprette holdingselskabet, være mindre, set i forhold til den indtjening koncernen opnår ved at blive skattefritaget, W1. Der vil i dette scenarie kun opnås output O1 for staten, da de ikke opnår indtægt på udbytteskatten, men kun på de almindelige skatteindtægter datterselskabet betaler⁸⁰.

Dette beviser, at staten ikke kan stole på koncernen, hvorved det vil være nødvendigt for staten at observere koncernen, hvilket bliver bevismæssigt svært i indeværende kontraktforhold, da agenten bruger skjult information og handling og vil yde meget for at skjule dette og opnå nyttemaksimering.

Der kan være en samfundsmæssig interesse fra statens side i at afsløre flere koncerner i misbrug af skattelovgivningen ved udbetalingen af udbytte. Flere holdingselskaber bliver derfor set som selskaber, der kun er oprettet med det formål, at koncernen kan opnå en skattefordel, hvis det pågældende selskab mangler substans. Staten har denne interesse, da de, ved at afsløre misbrug, kan indeholde kildeskat på flere udbytteudlodninger og dermed få den retmæssige del af udbytteskatten i statskassen.

3.2.2. Incitamentsforenelig kontrakt mellem staten og koncernen

For at opnå en ligevægt mellem principalens og agentens mål, vil det være nødvendigt at indgå en incitamentsforenelig kontrakt, som vil medføre, at agentens egoistiske adfærd nogenlunde stemmer overens med den adfærd, principalen ønsker af agenten. Incitamentskontrakten skal

⁸⁰ Lane J-E, (2005); public administration and public management s. 41.

have en grad af risiko for begge parter, således at der skabes et incitament til at handle hensigtsmæssigt for begge parter.

Som udgangspunkt anses agenter for at være risikoaverse⁸¹. En koncern, der har til formål at profitmaksimere og som agerer risikoavers vil vurdere, hvilken risiko han pådrager sig ved den ekstra indtjening, der kan opnås. Hvis der er en høj risiko, vil den risikoaverse spiller ikke pådrage sig denne store risiko, selvom der kan opnås en bedre profitmaksimering. Det vil blive analyseret, at hvis koncernen har en høj risiko for at pådrage sig bøde, i form af skattesvig i Danmark, vil koncernen hellere lade være at svindle eller alternativt minimere risikoen ved at flytte selskabet til et mere skattevenligt land, hvor risikoen for at blive pålagt bøde vil minimeres.

Såfremt koncernen kan opnå en højere indkomst end omkostningen ved at blive anklaget for svindel, vil der være et incitament for koncernen til at foretage svindel, da det ikke udgør en risiko for koncernens samlede profit. Denne risiko kan principalen forsøge at mindske ved at motivere agenten gennem incitamentskontrakten. En sådan kontrakt bør således give agenten en risiko, eksempelvis i form af, at koncernen får en bøde ved denne type svindel, som er større end den potentielle indtjening ved udbytteudlodningen uden beskatning. At pålægge store bøder kræver dog også, at staten kan sikre sig, at de kun dømmer de faktiske svindlere og ikke koncerner, som har samme konstruktion, men et reelt forretningsmæssigt formål, hvor der reelt er økonomisk aktivitet. Kan dette ikke lade sig gøre, vil det give andre koncerner et incitament til at undgå etablering i Danmark, hvilket vil mindske de almindelige skatteindtægter og andre fordele for staten.

Alternativt skal staten foretage øget monitorering og på den måde observere de forskellige koncerner som foretager denne type skatteplanlægning. Dette vil øge transaktionsomkostningerne for principalen, hvortil agentens incitament vil ændres i negativ retning, da der skabes et incitament til at bevæge sig ud af landet, da risikoen for at blive dømt for skatteunddragelse vil øges. Samtidig vil der for staten være en risiko for, at de ikke kan opnå den grad af kontrol, som er nødvendigt for at komme denne skatteplanlægning til livs.

⁸¹ Knudsen C. (1997); Økonomisk metodologi bind II, s. 170.

Agenten og principalen er ikke i ligevægt mht. den information, de har om hinanden, eller handlingerne der foretages, hvilket mindsker principalens sandsynlighed for helt at undgå svindel med skat, og uden at dette sker på bekostning af deres egen indtjening.

Både principalen og agenten ønsker at profitmaksimere, hvilket giver en uligevægt. Agenten vil således have et generelt incitament til at foretage svindel og vil forsætte med dette så længe det profitmæssigt kan betale sig. Koncerner vil dermed oprette holdingselskaber i udlandet med formålet om at skatteoptimere sig ud af udbyttebeskatning, uden at tage hensyn til statens mindskede profit.

3.3 Transaktionsomkostninger i forbindelse med optimering af koncernstrukturen

Den nyinstitutionalistiske metode går i retning af nye og alternative metoder, hvor de tager mere formelle metoder i brug i deres problemløsning af et teoretisk problem. Derved tager dette afsnit udgangspunkt i transaktionsomkostninger i forbindelse med den enkelte transaktion, herunder koncernens beslutning om at flytte datterselskabet til et andet land, som derved gøres til den basale analyseenhed for en institutionel analyse⁸².

Williamsons transaktionsomkostningsteori forudsætter begrænset rationalitet og opportunistiske⁸³ aktører, herunder at disse forfølger selviske mål med egennyttig sigte, som kan muliggøre adfærd såsom snyderi, løgne osv., hvor der kan drages fordel af deres asymmetriske information. Derfor vil der i indeværende opgave blive arbejdet videre fra de sammen forudsætninger som også findes i P/A-teorien til Williamsons transaktionsomkostningsteori⁸⁴.

Williamsons transaktionsomkostningsteori kan økonomisk belyse flere empiriske fænomener, herunder multinationale virksomheder. Man har med transaktionsomkostningsteorien gradvist forsøgt at konvertere anomalier til normalier⁸⁵.

⁸² Knudsen C. (1997); Økonomisk metodologi bind II, s. 208.

⁸³ Dette betegner en handlemåde, hvor man indretter sig efter en given situation uden at tage hensyn til principper, jf. Gyldendals Den Store Danske.

⁸⁴ Knudsen C. (1997); Økonomisk metodologi bind II, s. 213.

⁸⁵ Ibid, s. 206.

Samtidig belyser Oliver Williamson, at man bør se transaktionsomkostningsteorien fra;

“An unfolding perspective, where any problem that arises as or can be reformulated as a contracting problem can usefully be examined in transaction cost economizing terms.”

Således anser Williamson teorien som værende under udvikling og en teori, som kan følge med tiden, hvortil et kontraktretligt forhold kan analyseres ud fra en transaktionsomkostningsteori. I teorien omlægges visse transaktioner fra at være markedstransaktioner, som indebærer hele markedet, til at være organiseret internt i koncernen, hvortil virksomheden bliver belyst af Williamson. Herunder udgør transaktionsomkostningerne naturligt de omkostninger, der er forbundet med transaktionen, det vil sige de omkostninger, der er ved at undersøge, planlægge og vedtage den optimale opgaveopfyldelse⁸⁶. Koncernen vil herved forsøge at løse sine beslutninger på en logisk og konsistent måde for at nå deres mål, på trods af at de oplever begrænsninger fra statens side.

I indeværende afhandling vil det blive analyseret, om en koncern, der har til formål at profitmaksimere ved optimering af sin koncernstruktur, vil blive påvirket af statens begrænsninger og dermed får øget omkostninger. Dette kan enten opstå ved at koncernen må bruge flere omkostninger på at ansætte jurister, der kan være med til at optimere deres koncernstruktur og sikre at koncernen opererer på den rigtige side af loven eller ved omkostningerne i form af at optimere sin koncernstruktur således ved, at man flytter datterselskabet til et andet land, hvor staten ikke har samme begrænsninger for koncern-optimering.

3.3.1 Omkostningspåvirkninger i beslutningsprocessen om optimering af koncernstrukturen

Transaktionsomkostningerne vurderes i indeværende analyse til at være de omkostninger, der er i forbindelse med at forblive beliggende med datterselskabet i Danmark eller flytte datterselskabet til land X. Der er ifølge Williamson særligt tre faktorer⁸⁷, der kan variere i teorien, herunder frekvensen, som er hyppigheden af transaktionen, usikkerheden ved udførsel af transaktionen og graden af aktivspecifitet i transaktionen.

⁸⁶ Lippert-Rasmussen M. & Mols N. P. (1994); Transaktionsomkostningsteori en introduktion til Williamson; *Institut for virksomhedsledelse*, s. 3 og Eide E. & Stavang E. (2008); *Rettsøkonomi*, s. 129.

⁸⁷ Knudsen C. (1997); *Økonomisk metodologi* bind II, s. 215.

Disse faktorer kan for koncernen være med til at definere, om omkostningerne, der er i forbindelse med at blive i Danmark eller flytte til Land X, vil udgøre en optimering og kan skabe et incitament for koncernen. De tre faktorer skal dog vurderes samlet og vil i indeværende analyse udgøre en mere teoretisk anvendelse. Frekvensen af transaktionen udgør en meget lav frekvens, herunder at koncernen kun en gang eller meget sjældent vil flytte sit datterselskab, hvis man dog ser på transaktionen i forbindelse med at være selve udbytte-udbetalingen, vil frekvensen ændre sig, da det kan antages at vil ske oftere. Begge scenarier skal dog ses i lyset af, at det vil kunne betale sig både for staten og koncernen at bruge flere omkostninger på området, uanset niveauet af frekvens, da de begge med tiden vil kunne optimere deres pay-off. Dette vil for staten ske, hvis de bruger omkostninger på fx overvågning af skatteunddragelse, herunder spekulation, da vil staten kunne dømme flere koncerner på området og derved opnå en højere skatteindtægt på kildeskat. For koncernen vil det, selvom frekvensen er lav, kunne opvejes ved at udgifterne til jurister, der kan optimere koncernens struktur ved flytning til land X, kunne medføre, at de undgår en sådan kildeskat. Der kan for koncernen også være en betydelig forskel i at være beliggende i skattefordelslande såsom Irland, Ungarn og Cypern⁸⁸. Dette skyldes, at der er en mindre selskabsbeskatning i de nævnte lande, hvortil det skal tilføjes, at disse lande er beliggende inden for EU, hvor der kan opnås fuldstændig skattefritagelse af udbytteudbetalingen efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU.

Herunder kan der være usikkerhed i form af, at koncernen ikke med sikkerhed ved om handlingen, omkring at flytte sit datterselskab til land X eller optimere sit selskab i Danmark med flere specialiserede jurister, vil medføre nedsættelse eller frafald af udbetaling af udbytte til et bestemt placeret holdingselskab. Denne usikkerhed kan ligeledes begrundes med, at der altid vil være en risiko for, at de nationale domstole, både i Danmark og land X, vil dømme koncernen for skatteunddragelse.

I forbindelse med en transaktion, bliver der ofte investeret i forskellige typer aktiver⁸⁹. Disse investeringer kan karakteriseres ved både graden og typen af aktivspecifitet, hvor der refereres

⁸⁸ Trading Economics; selskabsskatteprocent, liste over lande i Europa; [Link Trading Economics](#).

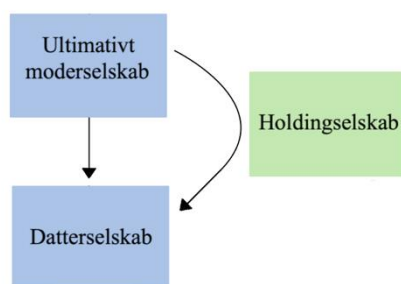
⁸⁹ Aktiver udgør i indeværende analyse, jurister der er specialiseret på området.

til, at aktivet kan have en lavere værdi i andre henseende. Dette afhænger af graden af aktivspecifiteten. Det vil sige, at når koncernen investerer specifikt i at etablere et selskab i ét specifikt land, så er der en høj aktivspecifitet,⁹⁰ da de aktiver der benyttes lige præcis til det land, herunder jurister i koncernen, der skal sætte sig ind i lovgivningen i det pågældende land og opførelsen af selskabet, er en investering, der er specifik for den pågældende transaktion. Det vil derfor have en lavere værdi for koncernen, hvis den skulle omstilles til brug i et andet land, da der ville være store omkostninger herved⁹¹. Koncernen har derved også en risiko ved at specificere sit aktiv, juristerne, i kun et enkelt lands lovgivning. Det skal hertil pointeres, at der i indeværende afhandling opereres inden for EU og inden for lande med DBO-aftaler, hvorfor graden af aktivspecifitet kan mindskes, da de indgåede DBO-aftaler minder meget om hinanden. Det betyder, at omkostningerne koncernen har haft ved at jurister specialiserer sig i den pågældende DBO-aftale ofte medfører, at der skal bruges færre omkostninger næste gang juristerne skal arbejde med en DBO-aftale, da de minder om hinanden.

3.4 Valg af koncernstrukturer med investering som formål

3.4.1 Indledende definitioner

I indeværende analyse, skal det klart defineres, hvordan koncernstrukturen er sammensat, samt hvordan investeringerne foretages.

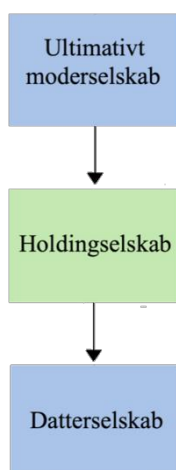


Figur 5, illustration af en simpel struktur inden indskydelse, kilde: egen tilvirkning

⁹⁰ Lippert-Rasmussen M. & Mols N. P.; Notat 1993-1; *institut for virksomhedsledelse*, s. 17 - aktivspecifiteten er ikke kun et teknologisk begreb, da det ikke kun er det fysiske produktionsapparat, der kan være transaktionsspecifikt. Arbejdskraft, patenter osv. kan også vurderes ud fra aktivspecifitet.

⁹¹ Ibid, s. 15.

Det øverste selskab, som udgør det ultimative moderselskab, har beslutningskompetencen for, hvordan investeringerne i koncernstrukturen skal foretages. I en simpel struktur bestående af et moderselskab og et datterselskab kan optimeringen af koncernstrukturen foretages ved at indskyde et holdingselskab. Det ultimative moderselskab foretager således en investering i dette holdingselskab ved oprettelsen. Dette medfører, at holdingselskabet overtager moderselskabets oprindelige investering i datterselskabet, for at holdingselskabet kan opnå udbytte.



Figur 6, illustration af en struktur med indskudt holdingselskab, Kilde: egen tilvirkning

Det skal ligeledes defineres, at det ultimative moderselskab udgør en udenlandsk investor, i form af en juridisk person, som er beliggende uden for EU og uden for et DBO-land. Dette er nødvendigt for at kunne analysere den situation, hvor det ultimative moderselskab har behov for et holdingselskab i koncernstrukturen for at kunne skatteoptimere.

I forbindelse med vurderingen af, om et datterselskab skal flyttes til et andet land, vil begrebet koncerninvestor blive anvendt, hvilket udgør moderselskabets og holdingselskabets samlede investering i forbedring af koncernstrukturen.

I indeværende afsnit vil det blive vurderet, hvorledes udenlandske investorer bliver påvirket af den danske udbytteskat. Der undersøges to forhold.

Det første forhold angår om statens pålægning af kildeskat medfører, at koncerninvestor vil flytte sit datterselskab til et andet land, hvorved dette land vil udgøre en substitut. Det vurderes i afsnit

3.4.2 og 3.5 om koncernen er villig til at flytte deres danske datterselskab, hvori dette anses som en investering som frafalder Danmark, til fordel for et land med lavere kildebeskatning⁹².

Som udgangspunkt forventes det, at hvis udbyttet beskattes mere lempeligt i andre lande, vil koncernen hellere placere deres kapital, i form af et datterselskab, i det skattefavorable land, dette analyseres i afsnit 3.4.4.

Det andet forhold angår, om der skal ske en optimering af selskabsstrukturen i koncernen ved oprettelse af et holdingselskab, der herunder skal investere i datterselskabet, og om dette holdingselskab skal placeres i et EU-land eller et DBO-land. Dette vurderes ud fra især risikoen ved de forskellige muligheder, hvilket analyseres i afsnit 3.4.3.

I begge scenarier ses der på den enkelte koncern, som synsvinkelmæssigt danner grundlag for en samling af flere koncerner, hvorved der kan foretages en vurdering på et samfundsmæssigt niveau. Det skal dermed analyseres, hvilke fordele og ulemper der vil opstå, hvis Danmark så mere lempeligt på begrebet *retmæssig ejer*, hvorved der for koncernen kan opnås et frafald eller nedsættelse af udbyttebeskatning.

3.4.2 Nedsættelse eller frafald af udbyttebeskatning

Udbyttebeskatningen har for udenlandske koncerner, der ønsker at investere i Danmark, herunder via et datterselskab i landet, været et centralt omdiskuteret emne, da en optimering af koncernstrukturen, herunder via oprettelse af holdingselskaber i strukturen, kan være med til at fremme selskabers omgåelse af kildeskat på udbytteudlodninger fra danske datterselskaber.

Hvis Danmark vælger at se mere lempeligt på begrebet *retmæssig ejer*, herunder substansvurderingen og misbrugsbestemmelsen, således at flere koncerner vil kunne udbetale udbytte fra deres datterselskab til deres holdingselskab med enten frafald eller nedsættelse af kildeskatten, vil der skabes et incitament til at koncernen vil flytte til Danmark og derved

⁹² SAU Alm. del, Skatteudvalget 2015-16, Bilag 44; Analyse af beskatningen af investeringsinstitutter og deres investorer, s. 38.

investerer heri, og der vil opstå en risiko for, at Danmark vil blive set som et land, som Luxembourg, der kan benyttes til skatteplanlægning/optimering/unddragelse⁹³.

3.4.2.1 Konsekvenser ved nedsættelse eller frafald af udbyttebeskatning

Frafaldet eller nedsættelsen af kildeskat på udbytteudbetalinger vil således medføre, at det danske skatteprovenu reduceres som følge af den mere lempelige vurdering af retmæssig ejer-begrebet, substansvurderingen og misbrugs-bestemmelsen.

Såfremt Danmark vurderer de juridiske begreber, retmæssig ejer, misbrug og substans mere lempeligt, vil en udenlandsk koncern-investor fra et land, der har en DBO-aftale med Danmark, kun bemærke en reel reducere af den danske kildebeskatning fra 22 % til en nedsættelse til 5 % eller 15 % jf. Modelbeskatningsoverenskomsten art. 10 stk. 2. Koncerninvestoren kan ligeledes opnå en reel reducere af beskatningen, hvis han er placeret i et land, hvor han er fritaget for udbyttebeskatning efter særlige nationale regler eller efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU⁹⁴.

En lempelse af udbytteskatten ved udbytteudlodningen fra det danske selskab vil alt andet lige gøre det mere attraktivt for udenlandske investorer at investere i danske selskaber via koncernstruktuuroptimering, da de kan føre kapital rundt inden for koncernen, uden det bliver markant mindre værd⁹⁵. Det vil sige, hvis der opnås et overskud i datterselskabet, vil koncernen både kunne benytte dette overskud til optimering af andre selskaber inden for koncernen eller udlodde udbyttet til de bagvedliggende investorer⁹⁶. Herved vil man med en mere lempelig vurdering af retmæssig ejer-begrebet mindske risikoen for, at koncern-investoren synes det er attraktivt at flytte sit datterselskab til skattefordels-lande for at optimere deres profit.

At udenlandske koncern-investorer kan opnå skattefritagelse eller nedsættelse på udbytte udloddet fra et dansk datterselskab, vil på kort sigt potentielt kunne medføre en negativ provenue-mæssig konsekvens for staten. Dette sker ved, at udenlandske investorer, som nævnt,

⁹³ SAU Alm. del, Skatteudvalget 2015-16 Bilag 44; Analyse af beskatningen af investeringsinstitutter og deres investorer, s. 116.

⁹⁴ Ibid s. 116.

⁹⁵ Ibid s. 118.

⁹⁶ De bagvedliggende investorer udgør her både selskaber eller fysiske personer, der har investeret i et koncernselskab, hvorved de opnår et større afkast af investeringen, som følge af overskuddet.

højest kan blive beskattet med 15 %. Dette sker, hvis det modtagende selskab, herunder holdingselskab, er beliggende i et DBO-land. Her sker en de facto nedsættelse fra 22 %, da ejerstrukturen i koncernen ofte vil være optimeret således, at holdingselskabet ejer mere end 25 % i datterselskabet, hvorved der kan opnås en nedsættelse på udbyttebeskatningen til 5 % eller en skattefritagelse, hvis man har et holdingselskab i et EU-land, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, art. 4.

På lang sigt kan en skattefritagelse dog have positive konsekvenser, da det vil give et attraktivt grundlag for, at koncerner vil oprette og investere i datterselskaber i Danmark, hvorpå andre skattebetalinger såsom, den almindelige selskabsskat, vil kunne opretholde den kortsigtede negative konsekvens, hvorunder andre fordele også vil opstå, såsom flere arbejdspladser og generelt flere penge til velfærd.

3.4.2.2 Den negative påvirkning på staten

Opnåelsen af skatteoptimering fra koncernens side vil potentielt have en negativ indflydelse på statens skatteindtægt, dette kan belyses som en eksternalitet. Når en agents aktivitet kan påvirke andre ved en sideeffekt⁹⁷, i enten negativ eller positiv retning, ved ønskelige og ikke-ønskelige handlinger, kaldes dette en eksternalitet, herunder positiv og negativ eksternalitet⁹⁸.

Den negative påvirkning staten risikerer, ved at koncernen opnår skattefritagelse eller nedsættelse, er derved en negativ eksternalitet for staten. Staten påføres ikke nødvendigvis en direkte ekstra omkostning af koncernens valg, men kan ved større kontrolindsats få højere omkostninger. De mister et skatteprovenu på hhv. enten 22 %, 17 % eller 7 %⁹⁹, alt efter om holdingselskabet er beliggende i et EU-land eller et DBO-land, som de ellers ville have opnået, hvis ikke koncernen havde skatteoptimeret. Der påvises således en uligevægt mellem staten og koncernen, som følge af koncernens ønske om at nyttemaksimere inden for lovgivningen i de forskellige stater. Dette illustreres nedenfor i figur 7, hvor ligevægten for koncernen og staten i første omgang udgør punkt A, hvor P1 er lig Q1, og hvor kurven for de marginale private

⁹⁷ Sideeffekt udgør, at der påføres enten fordele/indtjening eller ulemper/omkostninger på staten eller andre agenter.

⁹⁸ Sloman J., Hinde K. & Garratt D. (2013), Economics for business, s. 311.

⁹⁹ 22 % udgør den mistede andel såfremt der ydes skattefrihed kontra fuld beskatning, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. 17 % udgør den mistede andel såfremt der beskattes med 5 %, jf. DBO, $22 - 5 = 17$ %. 7 % udgør den mistede andel, såfremt der beskattes med 15 %, jf. DBO, $22 - 15 = 7$ %.

omkostninger (MPC)¹⁰⁰ skærer kurven for de marginale sociale fordele (MSB),¹⁰¹ men fordi staten betaler omkostningerne, ved at koncernen optimerer sine skattefordele, stiger "prisen" fra P1 til P2, også illustreret som fra punkt A til B ved at de sociale marginale omkostninger (MSC)¹⁰² overstiger koncernens marginale private omkostninger ¹⁰³.

Påvirkningen på staten vil medføre en negative eksternalitet, som på lang sigt kan justeres ved, at staten nedsætter eller frafalder beskatning som nævnt i afsnit 3.4.2, hvortil flere koncerner vil blive tiltrukket af muligheden for optimering, som også vil optimere de almindelige selskabsskatteindtægter i Danmark. Denne reaktion fra staten kan illustreres ved punkt C, som udgør et nyt ligevægtspunkt mellem MSB- og MSC-kurven. Dette medfører, at de omkostninger staten ellers har, ved ikke at indkræve den højeste kildeskat på 22 %, men frafalde eller nedsætte den, vil blive mere udlignet over tid. Omkostningerne bliver mindre for staten, hvilket illustreres ved et ryk fra P2 til P3, herunder fra punkt B til C, som også medfører, at mængden, som udgør den kvantitative størrelse på statens mistede skat, rykker fra Q1 til Q2. Dermed opstår en trekant som indikerer et dødvægtstab¹⁰⁴. Denne nye ligevægt i punkt C indikerer ikke, at der vil komme en mindre mængde koncerner til Danmark, men at den mængde skat, der betales, reduceres, ved at koncerner stadig vil bidrage i positiv retning til Danmarks skatteprovenu, ved almindelige selskabsskat og arbejdspladser, som medfører at flere er i arbejde og betaler skat i landet.

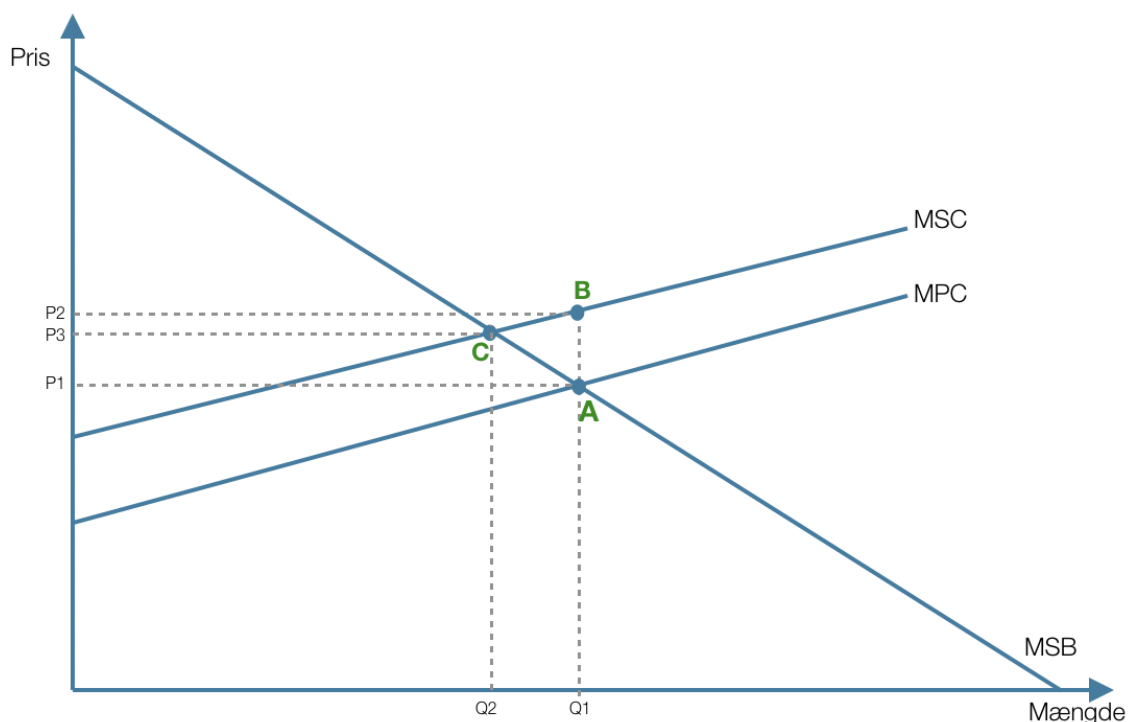
¹⁰⁰ De marginale private omkostninger udgør omkostningerne for koncernen og fremstår som en udbudskurve.

¹⁰¹ MSB-kurven udgør samfundets fordele og fremstår som en efterspørgselskurve.

¹⁰² De sociale marginale omkostninger udgør de totale omkostninger samfundet betaler for at foretage en yderligere handling i økonomien, med dette menes der omkostningen ved de private omkostninger samt omkostningerne der påvirker staten.

¹⁰³ Sloman J., Hinde K. & Garratt D. (2013), Economics for business, s. 317.

¹⁰⁴ Eide E. & Stavang E., (2016); Rettsøkonomi, s. 148.



Figur 7; illustration af negativ eksternalitet for staten, Kilde: Egen tilvirkning

Staten får dermed på lang sigt noget af den skatteindtægt ind, som de ellers ville have mistet på kildeskatten af udbytter, hvilket medfører at koncernerne bliver påført nogle af de fælles omkostninger, i form af at have et datterselskab i Danmark som de skal betale selskabsskat af. Koncernen vil dog vurdere, at den omkostning det medfører at have et selskab i Danmark kan opvejes af den indtjening, de vil få på reducere eller fritagelse af kildeskatten på udbyttet.

3.4.3 Risiko ved koncerninvesteringer

Risikoen for koncerninvestoren udgør ikke en selskabsbaseret risiko, som ville udgøre en risiko baseret på et bestemt selskab, men derimod en markedsbaseret risiko, da der er tale om beskatning, hvilket udgør en risiko for alle koncerner med underliggende datterselskaber i Danmark som helhed¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Denne risiko kan ikke, som den selskabsbaserede risiko, elimineres ved diversifikation. Med dette menes at man som investor ikke kan fordele sine investeringer på flere selskaber og på den måde mindske sin risiko, eftersom risikoen, som nævnt, påhviler alle danske selskaber. Derfor kaldes denne markedsbaserede risiko også den systematiske risiko, da risikoen er det samme på hele markedet. Kilde: Damodaran A. (2001); Corporate finance; theory and practice, s. 155.

I indeværende situation, vil risikoen ikke vedrøre, hvordan datterselskabets aktiekurs vil ændre sig og dermed hvor stort et afkast, der kan opnås ved salg af aktien eller anparten. I stedet vil der være to typer risiko, der skal vurderes, når en koncern, der ønsker at optimere sin koncernstruktur, med et indskudt holdingselskab, opnår udbytte. Disse udgør;

- risikoen for at betale udbytteskat på 22 % i stedet for enten 15 %, 5 % eller 0 %
- risikoen for, at det faktiske afkast afviger fra det forventede afkast.

I forhold til den første type risiko skal det ultimative moderselskab, i et skattemæssigt perspektiv, tage stilling til, hvilken beskatning der skal pålægges de fremtidigt modtagne udbytter. Det ultimative moderselskab skal således, som beslutningstager, vurdere, om oprettelse af et holdingselskab, for at optimere koncernstrukturen, udgør en risiko for ikke at opfylde retmæssig ejer-begrebet, hvorved der skal betales fuld udbytteskat på 22 % i Danmark.

Koncerninvestoren vil som udgangspunkt forsøge at opnå så lav beskatning som mulig, som følge af et ønske om profitmaksimering. Der kan opnås frafald eller nedsættelse jf.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten og moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU.

Den anden type risiko, som udgør risikoen for ikke at opnå det afkast der var forventet, vil blive gennemgået i det følgende. Sandsynligheden for at blive dømt for ikke at opfylde retmæssig ejer-begrebet skal hertil vurderes. Den juridiske analyse resulterede i et restriktivt misbrugsbegreb, samt en manglende klar definition af begrebet *retmæssig ejer*. Dette medfører, at risikoen for at blive dømt for misbrug vil være stor, mens muligheden for at blive anset for retmæssig ejer vil være mere snæver. Dermed er risikoen for, at der skal betales udbytteskat større end muligheden for at opnå skattefrihed eller nedsættelse.

Risikoen kan identificeres ved at se på variansen eller standardafvigelsen, også benævnt spredningen, som viser hvor meget investeringens afkast afviger fra middelværdien af mulige afkast på investeringen¹⁰⁶. Standardafvigelsen udgør kvadratroden af variansen; $\sqrt{\sigma_x}$ og er således en variabel, der er mere virkelighedsnær. Det er standardafvigelsen som viser risikoen og hvor

¹⁰⁶ Damodaran, A. (2001); Corporate finance; theory and practice, s. 152.

forskellen ligger imellem at investere i et dansk selskab med større risiko for pålægning af udbytteskat, kontra et udenlandsk selskab med lavere risiko for at blive pålagt udbytteskat. Der, hvor standardafvigelsen er størst, vil der være den største risiko.

Der skal således vurderes, om der er størst risiko ved en simpel investering i et dansk datterselskab uden oprettelse af et holdingselskab, eller ved at koncernen optimerer sin koncernstruktur ved oprettelse af et udenlandsk holdingselskab inden for EU eller i et udenlandsk holdingselskab uden for EU men inden for et DBO-land. Det forudsættes, at disse forskellige selskaber har samme forventede afkast før skat, hvorfor det kun er risikoen, der har en betydning for valget af investering. Afkast vil blive analyseret nedenfor i afsnit 3.4.4.

Scenarie 1, simpel investering i et dansk datterselskab

Investeringen i et dansk datterselskab bliver påvirket af risikoen for, at der pålægges udbytteskat på det udbetalte udbytte. Som udgangspunkt vil et ultimativt moderselskab, der investerer i et dansk selskab og efterfølgende får udbetalt udbytte herfra, blive pålagt at skulle betale udbytteskat til Danmark på 22 %, jf. KSL § 65, hvilket således udgør fuld risiko for udbytteskat. I forhold til risikoen for, at der ikke opnås det forventede afkast, kan standardafvigelsen beregnes således:

$$E(Y) = 1 * (500 \text{ t.kr.} * 0,78) = 390$$

$$\sigma_x^2 = 1 * (390 - 390)^2 = 0$$

$$\sigma_x = \sqrt{0} = 0$$

$E(Y)$ udgør det forventede afkast på investering Y . Dette er baseret på en forventning om et udbytte på 500 t.kr. fratrasket udbytteskat på 22 % samt at sandsynligheden for at opnå dette afkast er 100 %. Afkastet beregnes ud fra det vægtede gennemsnit af de mulige afkast¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Hillier d., Clacher I., Ross S., Westerfield R. & Jordan B. (2017); Fundamentals of corporate finance; s. 316 ff.

σ_x^2 udgør variansen, som viser risikoen ved investeringen. Der ses således på den kvadrerede forskel mellem det forventede og det faktiske afkast, hvilket efterfølgende multipliceres med den tilhørende sandsynlighed¹⁰⁸.

Det kan ses, at standardafvigelsen for denne simple investering i et dansk selskab udgør 0, eftersom det forventede afkast er lig det faktiske afkast. Der er ikke usikkerhed i forbindelse med, hvad der forventes at opnå af afkast eftersom det ultimative moderselskab ved, at der beskattes 22 % af udbytter udbetalt fra Danmark. Moderselskabet har i denne situation ikke foretaget nogen form for skatteplanlægning, men har investeret i et dansk selskab, hvorfor der ikke er mulighed for at opnå en skattefordel ved denne investering, isoleret set.

Scenarie 2, investering i et holdingselskab i et DBO-land

Såfremt det ultimative moderselskab i stedet vælger at investere i et holdingselskab, og dette holdingselskab er placeret i et DBO-land, vil holdingselskabet dog kunne nøjes med en beskatning på 5 % eller 15 % af udbyttet, jf. Modelbeskatningsoverenskomsten, art. 10, stk. 2. Dette gælder dog kun, såfremt selskabet kan anses for at udgøre den retmæssige ejer.

Ved dette scenarie vil der være en mindre risiko for, at holdingselskabet skal betale fuld udbytteskat af det modtagne udbytte. Det ultimative moderselskab vil opnå et større udbytte efter skat, som følge af at det først betalte udbytte ikke er pålagt fuld beskatning.

De danske domstole vurderer begrebet *retmæssig ejer* snævert, se afsnit 3.1. hvorved færre holdingselskaber vil opnå betegnelsen, retmæssig ejer. Dette udgør en større risiko for koncernen. Vurderingen er herved baseret på dobbeltbeskatningsoverenskomsten art. 10, herunder kommentarerne hertil, og de i afsnit 2.2.2.2 nævnte kommentar fra IBFD, som har indikeret en usikkerhed om begrebet, hvorved spændet, for at begrebet kan vurderes snævert, fastholdes.

Det kan således vurderes, at der er større risiko for, at holdingselskabet ikke bliver anset for at være retmæssig ejer, hvorfor de 5 %/15 % udbyttebeskatning er mindre sandsynlig end de 22 % udbyttebeskatning. Dog er der meget usikkerhed forbundet med vurderingen af retmæssig ejer,

¹⁰⁸ Hillier d., Clacher I., Ross S., Westerfield R. & Jordan B. (2017); Fundamentals of corporate finance; s. 316 ff.

hvorfor sandsynligheden for det ene kontra det andet udfald ikke er langt fra hinanden. Det vurderes således at der er en estimeret sandsynlighed for 22 % beskatning på 60 % og modsat 40 % sandsynlighed for 5 %/15 % beskatning¹⁰⁹.

Der tages i dette scenarie udgangspunkt i 5 % i stedet for 15 %, hvilket følger af at holdingselskabet i dette scenarie anses for at eje over 25 % af datterselskabet, jf. OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 10, da konstruktionerne i praksis ofte er konstrueret sådan. I forhold til risikoen for, at der ikke opnås det forventede og ønskede afkast fratrullet 5 % udbyttebeskatning, kan standardafvigelsen beregnes således:

$$E(Y) = 0,4 * (500 \text{ t.kr.} * 0,95) + 0,6 * (500 \text{ t.kr.} * 0,78) = 424 \text{ t.kr.}$$

$$\sigma_x^2 = 0,4 * (475 \text{ t.kr.} - 424 \text{ t.kr.})^2 + 0,6 * (390 \text{ t.kr.} - 424 \text{ t.kr.})^2 = 1.734 \text{ t.kr.}$$

$$\sigma_x = \sqrt{1.734 \text{ t.kr.}} = 41,64 \text{ t.kr.}$$

I forbindelse med beregning af det forventede afkast, er der benyttet forventningen om 500 t.kr. i udbytteudlodning, ligesom i første situation, hvor der her er mulighed for at blive beskattet med enten 5 % eller 22 % med ovennævnte sandsynligheder. Det kan ses, at standardafvigelsen ender på 41,64, hvilket således udgør den risiko, der er for udsving imellem det faktiske afkast og det forventede afkast.

Såfremt datterselskabet ikke indeholder den retmæssige kildeskat af det udbetalte udbytte til holdingselskabet, der ikke udgøre den retmæssige ejer, er der risiko for at datterselskabet bliver pålagt en bøde. Det forudsættes, at denne bødeudgift gives videre til det ultimative moderselskab. Ved forsætlig adfærd, som det antages at være i indeværende situationer, vil denne bøde beregnes som 1x det unddragne beløb op til 60 t.kr. og 2x det unddragne beløb på den del, der overstiger 60 t.kr.¹¹⁰.

¹⁰⁹ Disse sandsynligheder er et estimat, der således ikke er baseret på konkrete data.

¹¹⁰ Den juridiske vejledning (2019); A.C.3.5.2.1 Beregning af normalbøder i skatte-, moms- og lønsumsafgiftsstraffesager.

I andet scenarie, vil bøden således udgøre:

Den betalte skat (5 %): $500 \text{ t.kr.} \cdot 0,05 = 25 \text{ t.kr.}$

Den faktiske skat (22 %): $500 \text{ t.kr.} \cdot 0,22 = 110 \text{ t.kr.}$

Det unddragne beløb: $110 \text{ t.kr.} - 25 \text{ t.kr.} = 85 \text{ t.kr.}$

$B\ddot{o}de = (60 \text{ t.kr.} \cdot 1) + (25 \text{ t.kr.} \cdot 2) = 110 \text{ t.kr.}$

Denne bøde på 110 t.kr. kan således tilføjes til variansen, som udgør risikoen ved investeringen. På den måde tages der også højde for risikoen inkl. bøde.

Varians og standardafvigelse med bøde udgør:

$$\sigma_x^2 = 0,4 \cdot (475 \text{ t.kr.} - 110 \text{ t.kr.} - 424 \text{ t.kr.})^2 + 0,6 \cdot (390 \text{ t.kr.} - 424 \text{ t.kr.})^2 = 2.086 \text{ t.kr.}$$

$$\sigma_x = \sqrt{2.086 \text{ t.kr.}} = 45,67 \text{ t.kr.}$$

Standardafvigelsen inkl. bøde udgør dermed 45,67 t.kr.

Scenarie 3, investering i holdingselskab i et EU-land

Et tredje scenarie udgør muligheden for, at det ultimative moderselskab i stedet investerer i et holdingselskab placeret i et EU-land, som vil eje mere end 10 % af det danske datterselskab. Her vil der være mulighed for skattefritagelse af udbytte for holdingselskabet, såfremt de udgør et moderselskab. Dette vil alt andet lige medføre større udbytte til koncerninvestoren, da scenariet som udgangspunkt medfører, at der ikke er risiko for udbyttebeskatning for holdingselskabet. Dette kræver dog, at den danske domstol ikke vurderer, at der er tale om misbrug eller manglende substans.

Misbrugsbegrebet er af EU-domstolen blevet defineret bredt, hvorfor det medfører, at den danske domstol oftere har mulighed for at påpege, at der er misbrug, hvorefter koncerninvestoren ikke kan opnå skattefrihed, men i stedet fuld kildebeskatning på 22 % af udbyttet. Det kan vurderes, at der er større risiko for at blive beskattet med 22 % end at opnå skattefrihed. Det forventede afkast er igen beregnet med estimerne, ligesom ovenfor. Her er der dog 70 % sandsynlighed for, at der bliver beskattet med 22 %. Denne større sandsynlighed skyldes, at EU-domstolen har defineret

misbrug mere klart. Modsat er der 30 % sandsynlighed for at undgå beskatning, hvis domstolene vurderer, at der ikke er misbrug.

I forhold til risikoen for, at der ikke opnås det forventede og ønskede afkast med 0 % beskatning, kan standardafvigelsen beregnes således:

$$E(Y) = 0,7 * (500 \text{ t.kr.} * 0,78) + 0,3 * (500 \text{ t.kr.} * 1) = 423 \text{ t.kr.}$$

$$\sigma_x^2 = 0,7 * (390 \text{ t.kr.} - 423 \text{ t.kr.})^2 + 0,3 * (500 \text{ t.kr.} - 423 \text{ t.kr.})^2 = 2.541 \text{ t.kr.}$$

$$\sigma_x = \sqrt{2.541 \text{ t.kr.}} = 50,41 \text{ t.kr.}$$

Det kan ses, at standardafvigelsen ender på 50,41, hvilket er den højeste standardafvigelse i de tre scenarier. Såfremt vi inkluderer bøde i dette tredje scenarie, vil denne kunne beregnes som følger:

Den betalte skat (0 %): $500 \text{ t.kr.} * 0,00 = 0 \text{ t.kr.}$

Den faktiske skat (22 %): $500 \text{ t.kr.} * 0,22 = 110 \text{ t.kr.}$

Det unddragne beløb: $110 \text{ t.kr.} - 0 \text{ t.kr.} = 110 \text{ t.kr.}$

$$\text{Bøde} = 60 \text{ t.kr.} * 1 + 50 \text{ t.kr.} * 2 = 160 \text{ t.kr.}$$

Variansen og standardafvigelsen med bøde udgør dermed følgende:

$$\sigma_x^2 = 0,7 * (390 \text{ t.kr.} - 160 \text{ t.kr.} - 423 \text{ t.kr.})^2 + 0,3 * (500 \text{ t.kr.} - 423 \text{ t.kr.})^2 = 27.853 \text{ t.kr.}$$

$$\sigma_x = \sqrt{27.853 \text{ t.kr.}} = 166,89 \text{ t.kr.}$$

Standardafvigelsen inkl. bøde er dermed 166,89 t.kr., hvilket er en højere standardafvigelse end i scenarie 2. Dermed vil risikoen for ikke at opnå det forventede afkast være størst i dette tredje scenarie. Dette skyldes, at spredningen, det vil sige den afvigelse det faktiske afkast kan have fra det forventede afkast, er større. I dette scenarie er der mulighed for at opnå skattefrihed, dog med størst mulig risiko for at afvige fra det forventede afkast.

3.4.3.1 Sammenholdelse af risici

Det kan endeligt vurderes, at det ultimative moderselskab har den største risiko for at opnå et afkast, der ikke stemmer overens med det forventede afkast ved at investere i et holdingselskab

placeret i et EU-land, og mindst risiko ved scenarie 1 med en standardafvigelse på 0, hvormed det faktiske afkast er lig det forventede afkast. Der vil dog også være størst risiko for, at det ultimative moderselskab bliver dømt for at omgå loven ved at investere i et holdingselskab placeret i et EU-land, hvilket kan ende i bødestraf såfremt det af domstolene vurderes som skattesvig¹¹¹. Således vil afkastet blive formindsket yderligere, mens standardafvigelsen vil blive øget og give risiko for en større omkostning. Hvis den anden type risiko medtages, det vil sige risikoen for at blive pålagt den fulde udbytteskat på 22 %, vil det bedste udfald være scenarie 3, da der er mulighed for større afkast som følge af muligheden for at opnå skattefrihed, end ved scenarie 1 som, uanset hvad, er underlagt fuld udbyttebeskatning på 22 %.

Vurderingen for det ultimative moderselskab afhænger også af, hvor risikoavers denne forventes at være over for både forventet afkast og risikoen for at betale fuld udbytteskat. Eftersom det antages, at moderselskabet er risikoavers, vil de ikke påtage sig en stor risiko for at afvige fra deres forventede afkast, hvor den største risiko vil være at investere i et holdingselskab i et EU-land. Samtidig vil der ikke påtages en risiko for at skulle betale fuld udbytteskat ved at investere i et dansk datterselskab uden et holdingselskab. Derfor skal der i stedet ses på muligheden for at investere i et holdingselskab beliggende i et DBO-land. Den mulighed resulterer i en risiko, der ligger mellem de to andre scenarier og giver således mulighed for at opnå mindre beskatning end den fulde udbytteskat, samtidig med en lavere standardafvigelse og dermed en større sikkerhed for at opnå det forventede afkast.

Det ultimative moderselskab kan dog oprette et holdingselskab i EU, som gav mulighed for størst afkast og samtidig mindske risikoen for ikke at opnå det forventede afkast, ved at flytte datterselskabet til et land med mindre striks bedømmelse af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen, hvilket vil blive belyst nedenfor i afsnit 3.5.

¹¹¹ Skattesvig udgør skatteudnyttelse som ikke er i overensstemmelse med gældende ret og som udløser tilsidesættelse af den opnåede skattefordel samt et strafansvar i form af bøde eller fængselsstraf, jf. skattekontrolloven § 82.

3.4.4 Afkast ved koncerninvesteringer

I afsnittet ovenfor som omhandlede risiko blev det forudsat, at udbyttet var fast og ikke ændrede sig i de forskellige scenarier for investering, eftersom vi undersøgte risikoen ved investeringen, der udløste dansk kildebeskatning.

Første scenarie ovenfor, hvor der blev investeret i et dansk selskab direkte, udløste fuld kildebeskatning på 22 %. Det vil i dette afsnit kort blive belyst, hvorvidt en investor ville vælge at investere i et selskab fra et andet land med lavere beskatning.

Afkastet for en udbyttebetaling fra Danmark til investoren på 500 t.kr. med en udbyttebeskatning på 22 %, vil som tidligere vist give et afkast på 390 t.kr. Afkastet for samme størrelse udbytte i et land med lavere udbyttebeskatning på eksempelvis 18 % vil udgøre $(500 * (1 - 0,18)) = 410$ t.kr. Således vil afkastet naturligt blive større ved en lavere beskatning end ved en højere beskatning. Dette resulterer i, at en investor hellere investerer i et selskab fra et land med lavere beskatning, såfremt risikoen vurderes at være ens, under antagelse af ceteris paribus. Det bør samtidig vurderes, hvordan afkastet vil være efter udbytte i flere år. Dog vil det ikke ændre på resultatet, eftersom afkastet stadig vil være større i et land med lavere beskatning, da udbyttebeskatningen udgør en procentdel af udbyttet, og der ikke vurderes at være forskellig risiko.

Der skal ligeledes ses på det aspekt, at et afkast fra en dansk virksomhed vurderes til at være mindre værd, såfremt de danske domstole vurderer retmæssig ejer, misbrug og substans mere restriktivt og således dømmer flere for skatteunddragelse. Dermed ville en investor ligeledes kunne medtage de forskellige landes bedømmelser heraf som en faktor i vurderingen af, hvor der skal investeres. Såfremt der er en risiko for at blive dømt for skatteunddragelse og at man bliver pålagt større udbytteskat end hvad man forventede og evt. også bliver pålagt en bøde, vil dette medføre at afkastet vurderes som værende mindre værd.

I afsnittet nedenfor vil den mere restriktive vurdering af retmæssig ejer, misbrug og substans blive belyst ved at analysere incitamentet spilteoretisk, herunder hvis en koncern opretter et datterselskab i Sverige kontra i Danmark.

3.5 Spilteori

Ovenfor i afsnit 1.6 blev det beskrevet, at man kan benytte rational choice institutionalisme til at belyse spilteoretiske problemstillinger¹¹² og strategiske valg for parterne til at træffe nyttemaksimerende beslutninger. Spilteori er nyttig til at analysere transaktionsomkostninger, særligt i forbindelse med strategisk adfærd og informationsproblemer. Netop disse punkter er afgørende for koncernens valg af placering af både datterselskab og holdingselskab og statens adfærd ved skatteunddragelsesproblemet.

Antagelserne om begrænset rationalitet og asymmetrisk information vil ligeledes bestå i denne del af analysen, som i de foregående. Den begrænsede rationalitet forekommer ved, at koncernen træffer sine beslutninger ud fra de omstændigheder og muligheder den har, og hvor alternativerne for en bestemt beslutning er begrænsede¹¹³.

Informationsproblemet, som blev nævnt ovenfor i afsnit 3.2 omkring asymmetrisk information, bliver videreført i dette afsnit om spilteori, hvorved agenten har mere information om sine egne handlinger end principalen har. Hertil forekommer fuldkommen og imperfekt information, hvor man kender hinandens strategier, men er uvidende om de andre faktorer, fx pay-off. Koncernen ved, at staten har mulighed for at dømme for misbrug af skattereglerne, men de ved ikke hvilket pay-off staten opnår herved eller om de vælger at dømme¹¹⁴.

I afhandlingen anses koncernen for at være risikoavers, det vil sige at koncernen foretrækker et bestemt valg frem for et andet, hvor risikoen således er mindsket, hvilket også er belyst i afsnit 3.4.3. Dermed vil koncernen tage det valg som minimerer deres risiko for at blive dømt, hvormed koncernen helst vil opnå en bred risikospredning, da dette giver mulighed for mindst beskatning samt optimering af deres pay-off¹¹⁵.

For at videreføre de ovenfor analyserede økonomiske teorier vil der nedenfor blive sammenholdt, hvordan koncernen vil agere ud fra forskellige strategier, og hvordan staten, i form af Danmark og land X, agerer ud fra en restriktiv og lempelig strategi. Dette tager udgangspunkt i P/A-teorien,

¹¹² Shepsle K. A. (2008); The Oxford Handbook of Political Institutions; Rational Choice Institutionalism, s. 6-8.

¹¹³ Cristofaro M. (2017); Herbert Simon's bounded rationality; *Journal of Management History* 23.2, s. 2.

¹¹⁴ Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 10.

¹¹⁵ Eide E. og Stavang E. (2016); Rettsøkonomi, s. 120.

hvor det blev fastslået, at der mellem parterne er asymmetrisk information, hvorfor det spilteoretisk vil belyses, hvorledes et kontraktretligt forhold bliver påvirket.

En spilteoretisk model er en beskrivelse af strategiske situationer for en mængde spillere, der hver har en mængde strategier, som beskriver, hvordan den enkelte spiller handler i en given situation. I hver strategi er der en nyttefunktion, der angiver, hvordan spilleren vurderer udfaldet af den pågældende strategikombination¹¹⁶.

Nedenfor bliver der spilteoretisk set på to spiltyper, hvor der henholdsvis er et datterselskab i Danmark og i land X. Koncernen agerer ud fra strategierne; at oprette et holdingselskab i et EU-land eller i et DBO-land. Statens ene strategi udgør i hvert spil; at dømme selskabet for misbrug af skatteretten, hvilket i OECD-henseende indebærer, at holdingselskabet ikke bliver anset som retmæssig ejer, og i EU-henseende indebærer, at holdingselskabet ikke bliver anset for at have et reelt moderselskab, men blot at udøve misbrug og mangle substans. Statens anden strategi er at undlade at dømme selskabet. Statens incitament til ikke at dømme koncernen kan begrundes med, at der ikke udføres misbrug, at holdingselskabet opfylder retmæssig ejer-kriterierne, eller at staten gerne vil bibeholde et godt samarbejde med koncernen, og de vurderer, at koncernen bidrager med andre fordele til staten og samfundet. Herved kan staten opnå at blive et skattelempeligt land og tiltrække selskaber generelt.

Det bemærkes, at Danmark anses for at være et skatte-strikt land med en høj kildeskat, jf. Afsnit 3.1 og land X for at være et skatte-lempeligt land med lavere kildeskat end i Danmark, og hvor selskabsskatten mindst er på niveau med kildeskatten.

Forudsætningerne om asymmetrisk information mellem parterne gør det svært for staten at tilpasse regler, der giver selskaber incitamenter til at agere på den måde, der giver begge parter bedst pay-off i fremtiden. Parterne træffer nemlig beslutninger baseret på, hvor de kan opnå den bedste pay-off ud fra de strategier de har.

Det vil betyde, at der i et simultant spil er imperfekt information, hvor de træffer deres valg uden at vide, hvad den anden gør, eftersom de træffer deres valg samtidig. Simultane beslutningstagere betyder, at de to spillere kan påvirke hinanden med hinandens beslutninger, men de træffer hver

¹¹⁶ Sloth B. (2000), Spilteori, s. 3-4.

især beslutningerne på baggrund af ikke at vide, hvad den anden gør¹¹⁷, herunder er retssystemet en afgørende faktor for, hvilket valg spilleren træffer. Når spillerne træffer beslutninger samtidig, er de uvidende om, hvordan den anden spiller handler, dette kommer til udtryk ved, at såfremt staten vælger at dømme selskaber for misbrug af skatteretten, kan det medføre, at koncernen træffer beslutning om at rykke deres datterselskab til Land X.

Ligevægten i spillene udgør den strategi, der for begge parter giver den bedste pay-off. Herunder kan både Pareto, Kaldor Hicks og Nash ligevægt¹¹⁸ findes. Det er således det punkt, hvor staten får det bedste pay-off ud fra, at de enten dømmer eller ikke dømmer selskabet, og hvor koncernen ikke har store omkostninger, i form af at blive pålagt udbytteskat, således at de stadig kan nyttemaksimere.

3.5.1 Spilteoretisk opstilling af koncernstruktur

I indeværende spil udgør koncernen (K) spiller 1 og staten (S) spiller 2. Spiller 1 har strategierne 'oprettelse af holdingselskab indenfor EU' og 'oprettelse af holdingselskab i et DBO-land'. Spiller 2 har strategierne at 'dømme for skattemisbrug/ikke retmæssig ejer' eller 'ikke dømme for skattemisbrug/godkendt som retmæssig ejer', disse strategier gælder for begge spil.

I spil 1 opretter koncernen et holdingselskab, hvor det underliggende datterselskab ligger i Danmark.

I spil 2 opretter koncernen ligeledes et holdingselskab, men med underliggende datterselskab i land X.

Oprettelse af holdingselskab, med datterselskab i Danmark K/S	Dømme for skattemisbrug/ikke retmæssig ejer	Ikke dømme for skattemisbrug/ godkendt som retmæssig ejer
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4,8	8,2
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,8	6,4

¹¹⁷ Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 6.

¹¹⁸ Disse bliver uddybet nærmere nedenfor.

Med datterselskab i Danmark, vil det for koncernen være bedst at oprette et holdingselskab inden for EU, da de her kan opnå fuldstændig skattefrihed af udbytte-udbetalinger, jf.

moder/datterselskabsdirektivet og et pay-off på (8) såfremt staten ikke dømmer. Modsat vil det give et pay-off på (6) ved oprettelse af et holdingselskab i et DBO-land, da dette medfører en udbyttebeskatning på enten 5 % eller 15 % afhængig af ejerandelen.

Såfremt koncernen bliver dømt for misbrug, vil der i Danmark blive pålagt fuld udbytteskat på 22 %, hvorved pay-off (4) og (2) opnås. Der skal her tages højde for, at det stadig giver et bedre pay-off at være placeret i et EU-land end i et DBO-land, hvilket skyldes at et DBO-land kan være placeret kulturelt og geografisk langt fra Danmark, hvilket giver større transaktionsomkostninger.

Med datterselskab i Danmark er det ovenfor analyseret, at der er en risiko for at koncernen bliver dømt strikt fra statens side. Staten vil som udgangspunkt gå efter at opnå bedst pay-off, hvilket kan opnås ved at dømme koncernen, både hvor holdingselskabet er oprettet inden for EU og i et DBO-land, her opnås fuld kildebeskatning på 22 %. Der tages i eksemplet ikke højde for, at selskabet også kan ifaldes bøde, hvilket vil skabe et endnu højere pay-off for staten. Derved opnås et pay-off på (8), hvilket symboliserer den højest mulige kildebeskatning og som modsat var den pay-off som koncernen opnåede skattefritagelse på. Herved får Danmark flere penge i statskassen på kort sigt.

Hvis staten ikke dømmer koncernen, giver dette staten et pay-off på (4) ved holdingselskab oprettet i et DBO-land, da der her stadig opnås en udbyttebeskatning, dog nedsat til enten 5 % eller 15 % afhængig af ejerkapitalen jf. OECD's modelbeskatningsoverenskomst. Ved oprettelse af et holdingselskab i et EU-land, opnår staten ingen kildebeskatning, hvorved laveste pay-off (2) opnås. Det laveste pay-off bliver opretholdt af, at selskabet stadig vil bidrage med arbejdspladser og konkurrence i staten.

I spil 2, hvor der oprettes et datterselskab i land X, ser staten mere lempeligt på misbrugsvurderingen i koncernstrukturer, der oprettes med et holdingselskab som mellemlid mellem datterselskab og ultimativt moderselskab.

Oprettelse af holdingselskab, men datterselskab i land X K/S	Dømme for skattemisbrug/ikke retmæssig ejer	Ikke dømme for skattemisbrug/ godkendt som retmæssig ejer
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4,4	8,4
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,4	6,6

Da kildeskatten er lavere i land X end i Danmark og derved ikke lige så bærende i deres skattesystem, er der fra statens side et mindre incitament til at dømme strikt, da de opnår et mindre pay-off herved.

Såfremt land X ikke dømmer koncernen opnås pay-off (6) for staten ved oprettelse af et holdingselskab i et DBO-land, da dette pay-off indikerer både en kildeskat på enten 5 % eller 15 % og øget værdi i samfundet såsom arbejdspladser. Ved oprettelse af et holdingselskab i et EU-land opnås ingen udbytteskat, men den øgede værdi i samfundet opretholder en pay-off på (4). Dette belyser ligeledes at land X ikke er lige så afhængig af skatteindtægterne på udbytteskatten, som vil opnås ved at dømme ved pay-off (4), da samme eller bedre pay-off vil opnås ved ikke at dømme koncernen, således at koncernen skaber værdi i staten i form af øget konkurrence og flere arbejdspladser. En sådan tilgang fra staten kan, som nævnt tidligere, skabe værdi, da koncerner anser landet som et skatte-limpeligt land og derved tiltrækker disse koncerner.

Herved har staten et incitament til ikke at dømme koncernen, da dette vil skabe en risiko for, at staten mister koncernen i landet.

Koncernen vil, også i dette spil, opnå det højeste pay-off på (8) ved at oprette et holdingselskab i EU. Scenariet for koncernen vil således være præcis det samme som i spil 1.

Oprettelse af et holdingselskab i EU vil i begge spil være koncernens dominerende strategi¹¹⁹, da de altid vil vælge at oprette et holdingselskab inden for EU, da det giver det bedste pay-off og derved best response, lige meget hvilken strategi staten spiller.

¹¹⁹ Dominerende strategi; en spiller har en DS, hvis denne strategi er den best responses (en strategi, som giver det bedste udfald i en given situation) på enhver strategi, som de øvrige spillere måtte vælge.

Danmark opnår bedst pay-off (8) ved at vælge strategien 'dømme', dette er en dominerende strategi, da Danmark vil dømme ligegyldigt hvad koncernen vælger, her opnår de højeste indkomst på udbyttebeskatningen på 22 %. Dette analyseres som en kortsigtet strategi for Danmark, da staten risikerer at miste koncernen i landet, hvorved de på lang sigt vil opnå 0 % skatteindtægt fra koncernen. Herudover vil staten på lang sigt også miste de øvrige samfundsmæssige forhold, koncernen bidrager med, såsom øget konkurrence og arbejdspladser. Hvis selskabet flytter helt ud af landet vil en selskabsskat også mistes.

Oprettelse af holdingselskab, men datterselskab i Danmark K/S	Dømme for skattemisbrug/ikke retmæssig ejer	Ikke dømme for skattemisbrug/ godkendt som retmæssig ejer
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4,8	8,2
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,8	6,4

Land X har et mindre spænd mellem sine pay-off's, hvorfor de er mere indifferente, dog opnås enten lige så høj (4) eller højere (6) pay-off ved ikke at dømme. Dette begrundes ved, at deres kildeskat er lavere og mindre bærende for deres system¹²⁰. I land X er langsigtede faktorer vigtigere, såsom at selskabet forbliver i landet, hvorved en øget konkurrence og flere arbejdspladser vil opretholde deres system og bidrage til et højere pay-off for staten.

Oprettelse af holdingselskab, men datterselskab i land X K/S	Dømme for skattemisbrug/ikke retmæssig ejer	Ikke dømme for skattemisbrug/ godkendt som retmæssig ejer
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4,4	8,4
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,4	6,6

¹²⁰ Her refereres til skattesystemet i landet, som ofte vil afspejles i velfærdssystemet.

I spil 1 vil ligevægten indikeres ved dobbelt *, dette symboliserer en Nash-ligevægt, som baserer sig på, at den kombination af strategier som spillerne helst vil vælge, er strategier, hvor ingen af dem vil kunne gøre det bedre ved at vælge en anden strategi, givet den anden spillers valg¹²¹.

Koncernen har som nævnt en dominerende strategi i at oprette et holdingselskab i et EU-land, mens staten har en dominerende strategi i at dømme koncernen, derved opnås Nash-ligevægten i (4,8). Dette punkt vil ligeledes være Pareto-optimalt, da ingen af spillerne kan stilles bedre uden den anden bliver stillet værre¹²². Punktet (4,8) er samtidig et Kaldor Hicks optimalt punkt, da der her opnås pay-off på 12 samlet for begge parter, som er det bedst mulige pay-off¹²³.

Oprettelse af holdingselskab, men datterselskab i Danmark K/S	Dømme for skattemisbrug/ikke retmæssig ejer	Ikke dømme for skattemisbrug/ godkendt som retmæssig ejer
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4*,8*	*8,2
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,8*	6,4

Nash-ligevægten i spil 2 opnås hvor koncernens dominerende strategi er at oprette et holdingselskab i et EU-land, mens staten X opnår et ligeså godt eller bedre pay-off ved ikke at dømme koncernen. Derved er der i spil 2 en Nash-ligevægt i punkt (8,4) og en Nash-ligevægt i punkt (4,4), dette belyser, at koncernen altid vil opnå bedste pay-off i strategien 'at oprette holdingselskab i et EU-land', hvor staten er indifferent mellem at dømme og ikke dømme koncernen, da lige stort pay-off opnås.

Punkt (4,4) vil dog ikke være en Pareto-optimal løsning, da der kan ske en Pareto-forbedring til både punkt (6,6) og punkt (8,4), hvor koncernen stilles bedre, men uden at stille staten værre, disse punkter vil derfor være Pareto-optimale løsninger, da der ikke findes flere Pareto forbedringer. Punkterne er samtidig også Kaldor Hicks optimale, da der opnås et pay-off på 12 i begge punkter.

¹²¹ Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 310.

¹²² Ibid s. 311.

¹²³ Erling E. og Stavang E. (2016); Rettsøkonomi, s. 36.

Oprettelse af holdingselskab, men datterselskab i land X K/S	Dømme for skattemisbrug/ikke retmæssig ejer	Ikke dømme for skattemisbrug/ godkendt som retmæssig ejer
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4*,4*	8*,4*
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,4	6,6*

3.5.1.1 En gentagelse af spillet med datterselskab i Danmark

Den spilteoretiske anvendelse vil med fordel kunne videreanalyseres med anvendelsen af gentagne spil, som tager udgangspunkt i et langsigtet spilteoretisk synspunkt, hvor spillet ikke kun spilles en gang, men gentages periode efter periode. Der vil tages udgangspunkt i *infinite*¹²⁴ gentagne spil, hvor man ikke kender slutperioden. Her skal vi se på de pay-off spillerne får. Vi antager, at en spillers værdi af en udbetaling i en fremtidig periode er mindre end en udbetaling i den nuværende periode, hvorved diskonteringsrenten δ benyttes¹²⁵.

En strategi angiver ikke kun det pay-off koncernen eller staten får i periode 1, men også hvad de får i de efterfølgende perioder, hvorved strategien afhænger af, hvor meget staten eller koncernen har opnået i de tidligere perioder. Dette påvirker beslutningerne allerede i første periode.

Staten kan ved ikke at dømme koncernen opnå pay-off (4) eller (2), hvorved dette pay-off (4) allerede efter to perioder kan være fordoblet og udgøre samme pay-off, som staten opnår ved at dømme koncernen under koncernens strategi 'oprette holdingselskab i et DBO-land'. Det samme gælder ved pay-off (2) efter fire perioder under koncernens strategi 'oprette holdingselskab indenfor EU'. Dette er en mere langsigtet løsning for staten, da deres pay-off vil stige periode efter periode. Dog vil staten kortsigtet, hvis koncernen opretter et holdingselskab i EU, som er deres dominerende strategi, spille sin dominerende strategi, som er at dømme, hvor pay-off (8) opnås. Dette vil dog ikke være en pay-off, som forhøjes periode efter periode, da koncernen kun dømmes

¹²⁴ Modsat finite spil, hvor man ved, hvornår spillet ender, her tager spillerne beslutninger på baggrund af sidste periode, men de behøver ikke bekymre sig om, hvordan valget påvirker fremtiden, fordi spillet vil ende efter denne periode. I den sidste periode spiller begge spillere et one-shot spil, hvor begge vil spille deres dominerende strategi. Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 167.

¹²⁵ Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 168.

en gang til at betale 22 % i udbytteskat, hvorefter koncernen vil indrette sig mere strategisk eller vil flytte ud af Danmark¹²⁶.

Der vil altid være en usikkerhed i spillet, såsom hvis en spiller udgår. Eksempelvis hvis koncernen flytter til et andet land pga. andre faktorer end kildeskatten på udbyttet, eller der kommer ny national regulering på området. Herved antages en sandsynlighed for, at et spil vil ende i en periode $1-d$, således at sandsynligheden for at spillet vil fortsætte er d .

Når en beslutning tages i periode 1, får spilleren "rabat" på den næste periodes pay-off ved δ gange sandsynligheden for, at spillet vil fortsætte en periode mere, som er d . Denne "rabat" vil 2 perioder i fremtiden, opnås ved δ^2 gange sandsynligheden for at spillet vil fortsætte d^2 .

For at løse et sådan spil, er det nødvendigt at se på spillernes forskellige strategier, og se om en af dem ender i en Subgame Perfect Nash ligevægt.

Her kan spillerne fx benyttes en Grim or Trigger strategi, hvor begge spillere vil vælge den samarbejdende strategi i den første periode, dvs. koncernen opretter et holdingselskab i et DBO-land og staten dømmer ikke; punkt (6,4). I alle efterfølgende perioder, vil en spiller vælge dens dominerende strategi, hvis den anden spiller har valgt det i en tidligere periode¹²⁷.

For at spillet vil gentages, vil spillerne hhv. vælge strategierne at oprette holdingselskab i et DBO-land og ikke-dømme, her spiller hverken koncernen eller staten sin dominerende strategi, hvor et fremtidig pay-off for koncernen vil blive $\frac{6}{1-\delta}$.

Dette sammenholdes med, hvis koncernen afviger og spiller sin dominerende strategi. Koncernen vil ved at ændre strategi til oprettelse af et holdingselskab inden for EU opnå pay-off (8) i 1. periode og i alle fremtidige perioder opnå pay-off (4), da staten også vil spille sin dominerende strategi, at dømme. Herved bliver en fremtidig pay-off ved valg af dominerende strategi $8 + \frac{4\delta}{1-\delta}$ for koncernen. Det betyder, at hvis $\frac{6}{1-\delta} > 8 + \frac{4\delta}{1-\delta}$ vil koncernen opnå bedst pay-off på lang sigt, ved ikke at spille sin dominerende strategi. Valget af et samarbejde, hvor koncernen opretter et holdingselskab i et DBO-land, når staten laver en Grim or Trigger strategi er derfor mere profitabelt end at spille sin dominerende strategi i Danmark¹²⁸. Dette skal dog ses i lyset af, at

¹²⁶ Sloth, B. (2000), Spilteori, s. 18.

¹²⁷ Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 168 ff.

¹²⁸ Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 169.

koncernen kan opnå en højere profit ved at flytte til et land, som land X, der ikke har en dominerende strategi i at dømmе.

Herved kan koncernen opnå en høj profit i dag ved at vælge strategien 'opret holdingselskab inden for EU', men staten vil svare tilbage ved at vælge strategien 'at dømmе' i fremtidige perioder, hvor dette giver et dårligere pay-off for koncernen i fremtiden, der vil udligne den kortsigtede gevinst ved at vælge et EU-land.

Statens handling vil derfor afhænge af koncernens handling, dvs. hvis koncernen vælger sin dominerende strategi, vil staten også vælge sin dominerende strategi, fordi hver spillers dominerende strategi er deres Best Response givet modspillerens valg, hvorved de kortsigtet vil ende ud i en Nash ligevægt¹²⁹. Den langsigtede løsning vil være ikke at spille deres dominerende strategi, hvis den anden spiller heller ikke gør.

3.5.2 Koncernens valg ved optimering af koncernstruktur

Om koncernen vælger at forblive med deres datterselskab i Danmark eller flytte det til et land med lavere kildebeskatningsprocent afhænger af, hvorvidt den pågældende stat vurderer et mellemliggende holdingselskab i koncernstrukturen til at være retmæssig ejer af udbyttet og til at have substans, og om de vurderer, at koncernen omgås skattereglerne via misbrug. Disse tre elementer spiller en central rolle i, hvorvidt staten dømmеr koncernen eller ikke dømmеr koncernen. I indeværende spilteoretiske analyse vurderes problemstillingen ud fra, at Danmark som stat vurderer retmæssig ejer-begrebet, substansvurderingen og misbrugsbestemmelsen strikt, hvorved der vil være en større risiko for, at koncernen vil blive dømt fra statens side. I de to gennemgåede spil opnås der Nash-ligevægt i hhv. (4,8), (4,4) og (8,4), hvor dette udgør den bedste løsning for begge parter i hvert spil, hvor de to Pareto-optimale punkter er (4,8) og (8,4), hvilket er punkterne hvor ingen af parterne kan stå bedre i spillet. Dette viser, at koncernen uanset hvad får mest ud af at oprette et holdingselskab i EU, medmindre koncernen har et ønske om at forblive i Danmark, hvorved strategierne i afsnit 3.5.1.1. skal medtages. Samtidig vil

¹²⁹ Baird D.G, Gertner R.H & Picker R.C (1998); Game theory and the Law, s. 170.

koncernen i spil 1 med stor sandsynlighed blive dømt for misbrug, hvilket ikke er lige så sandsynligt i spil 2.

Denne risiko skaber et incitament for koncernen til at flytte datterselskabet til land X, hvor kildeskatten er lavere, og staten har et incitament til at se mere lempeligt på bedømmelsen af retmæssig ejer-begrebet, substansvurderingen og misbrugsbestemmelsen. Dette medfører, at staten ikke dømmer koncernen, hvorved der er større sandsynlighed for at opnå skattefrihed på udbytteudlodningen ved oprettelse af holdingselskab inden for EU.

I spil 1 opnås en Kaldor Hicks efficient løsning i punkt (4,8), hvor der i spil 2 er Kaldor Hicks efficiente løsninger i punkterne (8,4) og (6,6), der opnås i alle punkterne en samlet pay-off på 12. Dette belyser, at samfundet i begge stater opnår lige godt samlet pay-off ud fra deres strategier, men at der stadig er en forskellighed og ugenomsigtighed i deres incitamenter for at dømme eller ikke dømme koncernen, hvorved dette afspejler den brede fortolkning af retmæssig ejer-begrebet.

Dette skaber et incitament for koncernen i at flytte sit datterselskab, da der er større sandsynlighed for, at holdingselskabet får betegnelsen retmæssig ejer i land X, hvorved en højere pay-off opnås for koncernen. Dette udgør en risiko for Danmark i at miste koncernen, hvorved arbejdspladser og andre positive-faktorer der bidrager til statens system går tabt.

Dette skal sammenholdes nedenfor i afsnit 3.6 med de øvrige dele i den økonomiske analyse.

3.6 Økonomisk delkonklusion

Det er analyseret, hvorvidt samfundet bliver påvirket af en ændring i fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen fra den juridiske analyse, ud fra økonomiske teorier.

Det er belyst, at både koncernen, som udgør agenten, og staten, som udgør principalen, ønsker at profitmaksimere. Dette resulterer i en uligevægt, eftersom agenten har et incitament til at svindle med udbytteskatten for at opnå størst mulig profit, mens principalen ønsker at undgå svindel fra agentens side, således at den kan opnå størst mulig skatteindtægt på udbytte. Som analyseret kan staten, ved fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet, påvirke udfaldet, således at flere bliver

dømt til at betale fuld kildeskat, hvilket mindsker koncernens indtjening. Koncernen vil dermed have et incitament til at flytte datterselskabet til et land med lavere udbyttebeskatning. Hvis koncernen flytter til et land inden for EU, vil transaktionsomkostningerne være lave, da aktivspecifitet er lav, i form af at koncernjuristernes viden kan benyttes i flere lande.

En analyse af koncernoptimeringen, i form af indskydelse af et holdingselskab i et andet land end Danmark, viser, at det er mindst risikofyldt for koncernens forventede afkast, og samtidig giver mulighed for størst afkast, at oprette et holdingselskab i et EU-land, set i forhold til et DBO-land.

Disse konklusioner er sammenholdt i en spilteoretisk vurdering, hvor der både er taget højde for muligheden for at oprette et holdingselskab i hhv. et EU-land og et DBO-land og at flytte sit datterselskab til et andet land end Danmark. Det er påvist, at koncernen, uanset hvad, opnår størst pay-off ved at oprette et holdingselskab i et EU-land kontra at oprette et holdingselskab i et DBO-land. Dette medfører, sammen med de lave transaktionsomkostninger og deres incitament som profitmaksimerende agenter, at de vil oprette et sådant holdingselskab for at undgå kildebeskatning på udbytter, hvilket påvirker statens skatteindtægter og således samfundet negativt, som dertil medfører en negativ eksternalitet.

Samtidig kan det konkluderes, at den største sandsynlighed for, at koncernen opnår det bedste pay-off, opnås ved at flytte deres datterselskab til land X, som udgør et land med lempeligere vurdering af de tre begreber og mindre kildebeskatning på udbytter. Koncernens flytning påvirker Danmarks skatteindtægter og samfundsmæssige faktorer, herunder arbejdspladser.

Det kan ud fra den økonomiske analyse samlet konkluderes, at en restriktiv vurdering af de tre begreber i Danmark vil medføre færre investeringer i danske datterselskaber samt større incitament til, at koncerner forsøger at mindske kildebeskatningen via oprettelsen af reelle holdingselskaber i andre EU-lande. Dette medfører færre skatteindtægter til staten og en generel negativ konsekvens for samfundet.

Kapitel 4 - Integreret analyse

Som nævnt i ovenstående analyser, bliver der brugt flere og flere ressourcer på at hindre skatteunddragelse, skattely og international skattekriminalitet både nationalt og internationalt¹³⁰. Dette vil dog indebære utallige restriktioner på flere forskellige skatteområder, som er udlagt til medlemsstaterne at regulere. Et af de centrale områder, hvor selskaber udnytter systemet til at skatteoptimere, er på kildeskat-området, herunder udbetaling af udbytter, hvor koncernen optimerer deres strukturer internationalt med indførsel af et holdingselskab. I kapitel 2 ovenfor er det blevet belyst, at en opfyldelse af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen vil medføre skattefritagelse eller skattenedsættelse på udbytteudlodninger fra datterselskabet.

En opfyldelse af de tre begreber vil således medføre, at det indskudte holdingselskab vil kunne defineres som retmæssig ejer af udbytteudlodningen og modtage udbyttet enten skattefrit, hvis holdingselskabet er placeret i et EU-land, eller med indeholdelse af enten 5 % eller 15 % kildeskat, hvis holdingselskabet er beliggende i et DBO-land. Modsætningsvis vil en manglende opfyldelse af de tre begreber medføre indeholdelse af 22 % dansk kildeskat. Dette skaber et incitament for koncernen til at skatteoptimere deres koncernstruktur, hvilket kan foretages ved at oprette et holdingselskab i et EU-land, da en 100 % skattefritagelse på kildeskat af udbytter kan opnås. Generelt blev der i den juridiske analyse konkluderet, at der er en vis uklarhed omkring begreberne samt om, hvordan sager skal bedømmes af de nationale domstole i fremtiden. Dette har skabt et større incitament til også at flytte sit datterselskab rundt. For en koncern vil det være muligt at flytte datterselskabet til land X, som følge af en mindre risiko for at blive dømt for ikke at opfylde de tre begrebers definitioner.

Derfor vil der i dette afsnit blive analyseret, hvorledes man retspolitisk kan optimere definitionen af retmæssig ejer-begrebet, misbrugsbestemmelsen og substansvurderingen i afsnit 4.1, og via et forslag til en ny bestemmelse kan benytte retsøkonomien til at optimere reguleringen samfundsmæssigt, herunder særligt problematikken omkring koncernstrukturopdatering ved indskydelse af et holdingselskab.

¹³⁰ Henriksen, M. (2017); Karsten Lauritzen vil samle indsats mod skattesvindler.

4.1 Klar definition af trepartstesten

Som følge af den ovenfor nævnte økonomiske usikkerhed, er det nødvendigt at definere disse begreber mere klart i EU. En mere klar definition vil give en ensartet vurdering af begreberne og vil medføre, at landene har et mindre spænd at løse sagerne ud fra. Incitamentet til at flytte et datterselskab vil således blive mindsket.

Disse tre begreber kan først og fremmest sammenkobles til at udgøre en trepartstest. Denne trepartstest skal defineres klart i EU-lovgivningen og forholde sig til de juridiske konklusioner i kapitel 2, således at definitionerne fra analysen medtages. Det foreslås i det følgende, at art. 4 i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU enten bliver omskrevet, eller alternativt at nedenstående forslag til bestemmelse indsættes et passende sted i EU-retten. Der tages udgangspunkt i både skattefrit udbytte mellem moder-datterselskaber som oprindeligt defineret i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, og skattenedsættelse af udbyttet som oprindeligt defineret i OECD's modelbeskatningsoverenskomst.

4.1.1 Den nye bestemmelse

Stk. 1: Hvis et selskab modtager overskud fra et datterselskab fra en anden medlemsstat, skal datterselskabets medlemsstat enten:

- a) undlade at beskatte, såfremt udlodningen er foretaget som led i en koncern kun bestående af et 2-leddet vertikalt koncernforhold inden for EU.
- b) eller ved flerleddede koncernstrukturer, nedsætte sin beskatning til 5 % af udbyttet, hvis det modtagende selskab ejer mindst 25 % af kapitalen i det udloddende selskab, eller 15 % af udbyttet i alle andre tilfælde.

Stk. 2: stk. 1 finder kun anvendelse når trepartstesten er opfyldt. Der må ikke foreligge misbrug hos det modtagende selskab og herunder skal både kravet om retmæssig ejer og substans være opfyldt. Disse begreber skal vurderes sammenhængende og kumulativt, men fortolkes særskilt efter litra a-c nedenfor.

- a) Et selskab der modtager udbytte udøver misbrug, såfremt der foretages formelle transaktioner uden økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, hvor selskabet kun oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, herunder at selve koncernstrukturen er

formel uden økonomisk realitet og således mangler substans, og såfremt selskabet kun har et formål om at opnå en skattefordel, der strider imod formålet med skattelovgivningen. Såfremt selskabet betegnes som et gennemstrømningsselskab, der således ikke udgør retmæssig ejer, og som på grund af manglende råderet er forpligtet kontraktuelt og substantiel til at videreudlodde udbyttet til et moderselskab, indikerer dette misbrug. En videreudlodning, der er foretaget ganske kort efter modtagelsen af udbyttet og en kontrakt indgået i koncernen som medfører pengestrømme imellem selskaberne øger indikationen for misbrug. Såfremt en kompleks finansiel transaktion foretages tidsmæssigt i nærheden af ikrafttrædelse af ny og relevant lovgivning på området, skal dette medtages i vurderingen af misbrug.

- b) Et selskab, der modtager udbytte, udgør en retmæssig ejer såfremt selskabet har ret til at råde, uden indblanding fra et moderselskab, over det modtagne udbytte, og såfremt selskabet ikke udgør et gennemstrømningsselskab som er forpligtet til at videreudlodde det modtagne udbytte.
- c) Et selskab, der modtager udbytte, vurderes at mangle substans, hvis selskabet udgør et kunstigt arrangement, der mangler økonomisk aktivitet som vurderes ud fra kompleksiteten af driften af selskabet, herunder om der forefindes en selvstændig ledelse, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, aktiviteten i det aflagte regnskab, selskabets personalesammensætning samt hvorvidt der findes lokaler og udstyr som selskabet råder over.

Stk. 3: Moderselskabets medlemsstat skal undlade at beskatte såfremt stk. 1, litra a gør sig gældende. Dog skal moderselskabets medlemsstat blot mindske deres beskatning med den i datterselskabets medlemsstat betalte skat efter de generelle lempelsesregler, såfremt stk. 1, litra b gør sig gældende.

Stk. 4: Såfremt trepartstesten i stk. 2 ikke er opfyldt, vil begge medlemsstater skulle beskattes efter reglerne i intern ret.

Stk. 5: Vurderingen af trepartstesten som defineret i stk. 1 og stk. 2 skal ved tvivlstilfælde vurderes i overensstemmelse med OECD's modelbeskatningsoverenskomst og kommentarer hertil.

I ovenstående forslag til en ny europæisk lovbestemmelse er der indsat klare delbestemmelser med indikationer til brug for vurderingen af alle led i trepartstesten. Der er således sammenholdt de forskellige vurderinger fra EU og OECD.

4.1.2 Konsekvenser af den nye bestemmelse

Der er ikke taget højde for fast driftssted-begrebet, som oprindeligt er en del af bestemmelsen fra moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Bestemmelsen er ligeledes ikke garanti for, at der ikke vil være fortolkningsproblemer fremadrettet, men det er et forslag til en skarpere definition af trepartstesten.

I forbindelse med stk. 3, som angiver moderselskabets medlemsstats beskatningsret, er der nævnt, at der evt. skal foretages nedsættelse af beskatningen ud fra lempelsesregler. Disse lempelsesregler er for nuværende hjemlet i OECD's modelbeskatningsoverenskomst og i dansk ret, hvorfor EU-retten også bør definere disse. Dog vil der ikke blive gået mere i dybden hermed, da det er uden for specialets fokusområde.

Stk. 1, litra a vedrører et moder-datterforhold eftersom der er tale om et vertikalt 2-leddet forhold, hvor litra b vedrører tilfælde, hvor der ikke er tale om et 2-leddet forhold. Dog er der i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, art. 3 for nuværende en bestemmelse, som angiver, at et moderselskab foreligger, såfremt selskabet har en kapitalandel på mindst 10 %. Stk. 1, litra b og stk. 1, litra a kan dog overlappe, såfremt der forefindes et 2-leddet vertikalt koncernforhold inden for EU, hvor det overliggende moderselskab ejer mere end 25 % af det underliggende datterselskab. Derfor bør der ske en justering af definitionen af et moderselskab efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, såfremt ovenstående nye bestemmelses stk. 1, litra a og b skal finde anvendelse i forskellige situationer. Et konkret forslag kan være at justere bestemmelsen, således at moderselskabet skal udøve bestemmende indflydelse for at udgøre et moderselskab og falde ind under stk. 1, litra a som en 2-leddet koncernstruktur. Udøves der ikke bestemmende indflydelse, og har koncernen en flerleddet vertikal koncernstruktur, vil stk. 1, litra b finde anvendelse, hvilket eksempelvis kan udgøre et holdingselskab som ikke har bestemmende indflydelse over datterselskabet, men blot opfylder trepartstesten.

Skattefriheden efter stk. 1, litra a, er defineret med en 2-leddet vertikal koncernstruktur inden for EU. Med dette menes en koncern, der kun indeholder et datterselskab og et moderselskab inden for EU. Dette står i modsætning til en 3-leddet vertikal koncernstruktur, indeholdende et datterselskab, som er ejet af et holdingselskab, som er ejet af et ultimativt moderselskab, uden hensyn til om selskaberne er placeret inden for EU eller ikke, hvilket vil blive beskattet efter reglen i stk. 1, litra b. Tidligere har det været muligt at opnå skattefrihed i en 3-leddet vertikal koncernstruktur, såfremt den nævnte trepartstest var opfyldt med hensyn til det mellemliggende holdingselskab. Med denne nye bestemmelse er der ikke længere mulighed herfor, da der skal beskattes med minimum 5 % eller 15 %¹³¹.

4.2 Samfundsmæssig optimering af koncernstruktur-problemet

I dette afsnit vil der blive analyseret, hvordan en optimering af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/95/EU, art. 4, jf. afsnit 4.1.1 påvirker koncerners optimeringsmuligheder. Som nævnt i forrige afsnit vil optimeringen bestå i, at der ikke kan opnås en fuldstændig skattefritagelse på udbytteudlodninger, som er udbetalt fra et datterselskab til et holdingselskab, hvor der i selskabskonstruktionen er et overliggende ultimativt moderskab, men i stedet ske beskatning af udbytte ligesom ved OECD's modelbeskatningsoverenskomst, art. 10, stk. 2. Det vil derfor blive vurderet, hvordan man kan fordele omkostningerne mere ligeligt imellem principalen og agenten, opnå en større lighed af incitamenter og optimere reguleringen samfundsmæssigt.

Der var tidligere for koncernen et incitament til at oprette et holdingselskab inden for EU, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Dette skaber som udgangspunkt flere selskaber inden for EU's grænser, hvilket kan give mere konkurrence og en forbedring af det indre marked. Dog oplever staterne det problem, at de mister muligheden for at indeholde kildeskat på udbytte udbetalt fra et datterselskab beliggende i den pågældende stat. Derfor har staterne store omkostninger ved sådanne koncernstrukturer, hvilket særligt er belyst i afsnit 3.4.2.2 omhandlende statens negative eksternalitet som konsekvens af koncernens oprettelse af holdingselskab.

¹³¹ Det skal bemærkes, at et 2-partsforhold med et moderselskab uden for EU og et datterselskab inden for EU beskattes efter national ret og således ikke efter denne nye bestemmelse.

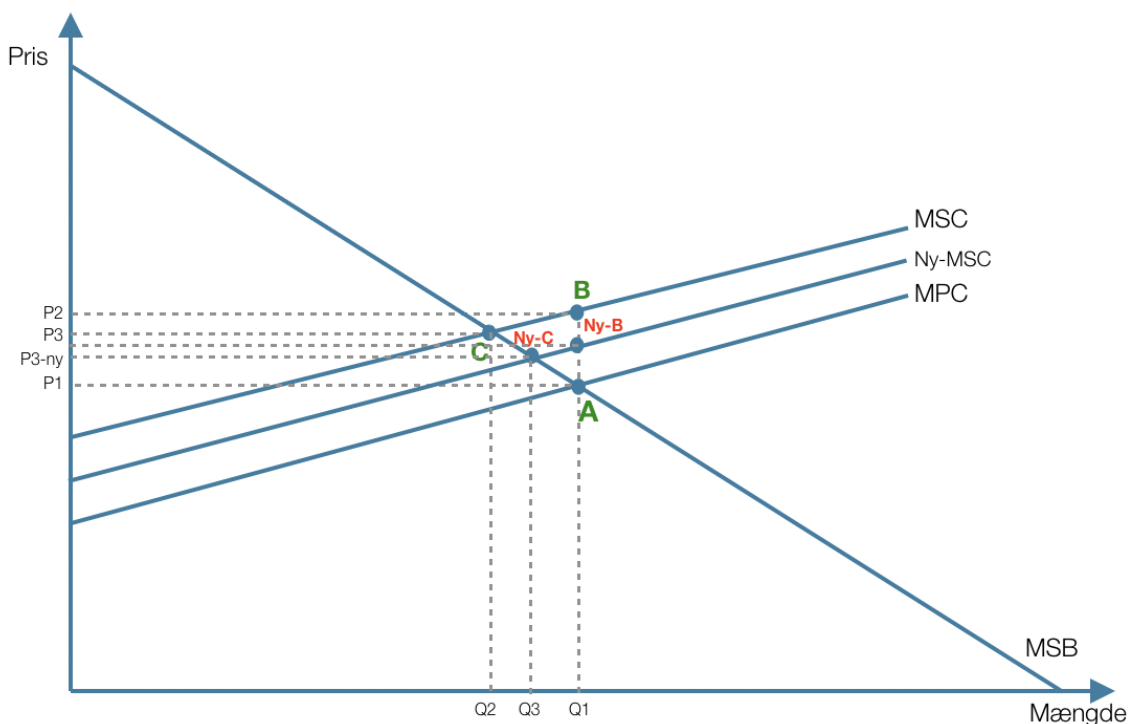
4.2.1 Reducering af samfundstab

Tidligere blev det påvist, at de omkostninger staten har, ved ikke at indeholde kildeskat på udbytteudlodninger, medfører en stor stigning fra punkt A til B i figur 8 nedenfor. Dette bliver dog reduceret over tid, hvis staten vurderer trepartstesten mere lempeligt, hvorved andre samfundsmæssige fordele vil reducere tabet af den undladte kildeskat, hvilket vil mindske omkostningerne således, at der flyttes fra punkt B til C i figur 8. Det tidligere påviste dødvægtstab samfundet har, ved koncernens optimering via indskydelse af et holdingselskab, angiver den kildeskat staten kunne have opnået.

Optimeringen af art. 4 i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU vil medføre en mere ligelig udbyttebeskatning internationalt, som gør, at koncerner ikke kan spekulere i, hvor det er mest fordelagtigt at placere sit holdingselskab henne. 2-leddede koncerner inden for EU kan stadig opnå skattefritagelse på udbytteudlodninger, jf. afsnit 4.1.1. Her vil det udbetalte udbytte blive indenfor det indre marked, og der vil være en EU-retlig interesse i at pengene skal kunne flyde frit inden for EU's grænser.

En koncernoptimering, med indskydelse af et holdingselskab, vil dog blive pålagt en kildebeskatning på enten 5 % eller 15 % af udbytteudlodningen, afhængig af andelen af kapitalen i datterselskabet, hvilket vil være en optimering af beskatningen for begge parter. Koncernens risiko for at skulle betale 22 % i dansk kildeskat vil blive mindsket ved muligheden for nu kun at skulle betale 5 % eller 15 %, som følge af en mere klar definition af trepartstesten. Statens risiko for at skulle undlade kildeskat er ligeledes optimeret, da der er færre konstruktioner med risiko for skattefrihed, som nu skal betale 5 % eller 15 %. Staten vil stadig få en andel af kildeskatten ind på udbytter, hvilket betyder, at nogle af de omkostninger, i form af manglende skatteindtægter, der blev påført staten, vil blive overført til koncernen. Dette medfører ikke en fuldstændig reduktion af det tidligere identificerede dødvægtstab for samfundet, da staten stadig vil have omkostninger i form af at kunne have opnået en fuld kildebeskatning på udbytter på 22 %, hvorved staten

kommer til at bære omkostningerne på de resterende 17 % eller 7 %, op til de 22 %¹³². Det samfundsmæssige dødvægtstab vil i stedet reduceres, fra at være trekanten A, B og C til nu at være A, ny-B og ny-C, hvorved redueringen er arealet mellem punkterne B, C og Ny-C, Ny-B. Denne ændring skyldes, at de marginale sociale omkostninger (MSC) rykker tættere på de marginale private omkostninger (MPC), da omkostningerne fordeles mellem parterne.



Figur 8, reguleret eksternalitet, kilde: egen tilvirkning

Det nye punkt ny-C indikerer, at den mængde skat som samfundet ellers ville have mistet ved punkt C, bliver udlignet, da der rykkes tættere på punkt A, som udgør den størst mulige mængde skat, staten kan opnå. Samfundet skal ikke længere bekymre sig om den mængde skat, som tidligere blev reduceret, da de her opnår en mere fordelagtig aftale med en større mængde betalt skat. Der vil dog stadig kunne opstå situationer, hvor samfundet ikke får den retmæssige skat, fx ved, at koncernen skjuler, at de har et overliggende ultimativt moderselskab uden for EU og forsøger at opnå skattefrihed ved at EU kun kender til den 2-leddede del af koncernen i EU. Man

¹³² En fuld kildeskat på 22 % er mest optimal for staten, derfor hvis de beskatter med 5 %, bærer de stadig 17 %, hvis der beskattes med 15 % bærer de, de resterende 7 %, og hvis der er skattefrihed ved et 2-leddet forhold bærer de 22 %.

mindsker dog risikoen, da koncerner skal være endnu skarpere på at skjule deres handlinger som følge af den klare bestemmelse, hvilket ikke er en umulighed, men et større besvær for dem.

4.2.2 Spilteoretisk påvirkning

Ved indførsel af den optimerede bestemmelse vil man afskaffe nogle af de incitamenter, som tidligere blev påpeget. Herunder særligt de nævnte incitamenter i afsnit 3.5 om statens bedømmelse og koncernens incitament til at flytte datterselskabet til et andet land.

Spillet vil ændre sig således, at hvor koncernen før ville opnå pay-off (8) i strategien 'oprette holdingselskab inden for EU' og ikke blive dømt og pay-off (6) i 'oprette holdingselskab i DBO-land' og ikke blive dømt i begge spil, vil der i det nye spilteoretiske eksempel ske en større udligning af disse pay-offs. Derfor vil koncernen ikke kunne opnå pay-off (8), da en fuldstændig skattefritagelse ikke er en mulighed. I stedet vil begge pay-off under strategierne 'opret holdingselskab inden for EU' og 'opret holdingselskab i et DBO-land' give (6), da koncernen vil have de samme omkostninger i begge strategier i form af indeholdelse af kildeskat på enten 5 % eller 15 % af udbytteudlodningen.

I strategierne 'opret holdingselskab inden for EU' - 'dømme' og 'opret holdingselskab i et DBO-land' - 'dømme' vil tidligere påviste pay-off på henholdsvis (4) og (2) i begge spil forblive det samme, da der ikke ændres i skattebetalingen, såfremt der dømmes for overtrædelse af trepartstesten.

Staten fik under deres strategi 'ikke dømme', i spil 1, før et pay-off på (2) ved koncernens oprettelse af holdingselskab i et EU-land og pay-off (4) ved oprettelse af et holdingselskab i et DBO-land. I spil 2 opnåede staten ved 'ikke dømme' pay-off (4) ved koncernens oprettelse af et holdingselskab i et EU-land og pay-off (6) ved oprettelse i et DBO-land. Dette vil blive udlignet, da forudsætningen i det tidligere spil var, at Danmark dømte strikt, hvorved pay-off i 'ikke dømme' i Danmark gav laveste pay-off på hhv. (2) og (4), da flere koncerner ville søge væk fra staten, hvorved staten ikke ville opnå samme pay-off som i land X, da kildeskatten er højere i Danmark og derved et mere bærende element i skattesystemet. Da incitamentet til at dømme forskelligt mellem landene vil blive afviklet med en mere klar definition af trepartstesten, jf. Afsnit 4.1, vil

Danmark ikke miste koncerner med begrundelse i, at de kan flytte til et mere skatte-limpeligt land, hvor udbytteskatten med større sandsynlighed vil frafaldes eller nedsættes. Dette medfører at pay-off for staten vil stige, hvor beskatningen efter den nye art. 4 medfører, at staten får en skatteindtægt ved flerleddede selskabsstrukturer på 5 % eller 15 % ved begge koncernens strategier og på lang sigt opretholder koncernerne i landet, hvorved de samfundsmæssige faktorer, såsom arbejdspladser vil tilføres i pay-off'et, som bliver (6) for begge af koncernens strategier.

Herved vil koncerner blive fordelt mere ligeligt imellem landene, da der ikke vil være en lige så stor uigennemsigthed og forskellighed i fortolkningen af retmæssig ejer-begrebet. Herunder er koncernens incitament til at shoppe rundt mellem landene med det henseende at opnå mindst udbytteskat på udbytteudlodninger blevet mindre. Der opnås således samme pay-off for staten i begge spil ved ikke at dømme.

For staten vil der ligeledes i strategien 'dømme' ske større lighed mellem landene. Danmark vil på kort sigt, medmindre man sikrer en fuld garanti på indeholdelse af 22 % kildeskat på alle scenarier, have et lille incitament til at dømme, da de kan opnå en højere beskatning herved. Dog ændres Danmarks pay-off til (6) i stedet for pay-off (8) som tidligere, uanset koncernens strategi, da færre koncerner vil blive dømt pga. klarhed i trepartstesten. For land X vil strategien 'dømme' blive mere udlignet med den pay-off, der opnås i 'ikke dømme', da det forudsættes, at kildeskatten i land X er på niveau med de 5 % eller 15 %¹³³, som opnås uanset koncernens strategi. Derfor er land X indifferent mellem strategierne 'dømme' og 'ikke dømme', da samme pay-off opnås.

Oprettelse af holdingselskab, med datterselskab i Danmark K/S	Dømme for trepartstest	Ikke dømme for trepartstest
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4,6	6,6
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,6	6,6

¹³³ Det bemærkes, at der kan være scenarier, hvor spændet kan være bredere, fx hvis en kildeskat på 5 % opnås ved trepartstesten, og land X har en kildebeskatning på 18 % ved koncerner, der ikke opfylder trepartstesten.

Oprettelse af holdingselskab, men datterselskab i land X K/S	Dømme for trepartstest	Ikke dømme for trepartstest
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4,6	6,6
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,6	6,6

Statens incitament til at vælge én strategi frem for en anden elimineres ved, at der opnås samme pay-off i form af kildeskatten på 5 % eller 15 % ved både DBO-land og EU-land.

Optimeringen af art. 4 medfører en mere klar definition af, hvad der skal til, for at koncerner opfylder trepartstesten, hvilket giver et mindre spænd for staterne til selv at afgøre, om de ser strikt eller lempeligt på området. Ved optimeringen af bestemmelsen reducerer man således spændet mellem ikke at blive dømt og at blive dømt inden for EU, som for koncernen før var hhv. (4) og (8) i begge spil og som nu udgør (4) og (6). Dette skyldes, at staten nu opnår en skatteindtægt på 5 % og 15 %, selvom de ikke dømmer en koncern med et holdingselskab inden for EU, hvorved koncernen skal betale 5 % eller 15 % i udbytteskat. Langsigtet kan staten opnå flere samfundsmæssige fordele af koncernen, hvorved pay-off mellem de to strategier for staten, som tidligere var (8) og (2), vil blive ændret til (6) og (6), hvilket vil udligne statens incitamenter. Som det kan ses af dobbelt*-markeringerne nedenfor findes tre gange Nash-ligevægt, som følge af statens indifferente holdning mellem at dømme og ikke at dømme.

Oprettelse af holdingselskab, med datterselskab i Danmark K/S	Dømme for trepartstest	Ikke dømme for trepartstest
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4*,6*	6*,6*
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,6*	6*,6*

Ved Land X i spil 2, hvor kildeskatten på udbytter udgør en mindre del i det samlede skattesystem, ser man en mindre afhængighed af denne skat. Ovenfor blev det analyseret, at land X hellere vil

vælge strategien 'ikke dømme', da de er mere afhængige af andre samfundsmæssige faktorer, som koncernen bidrager med end af indtægter fra udbyttebeskatning, men dette vil blive udlignet, da land X nu også er sikret at få en skatteindtægt på enten 5 % eller 15 % i deres udbyttebeskatning. Samtidig vil der for koncernerne i land X også ske en neutralisering på kildeskat-området, eftersom det ikke er lige så afgørende, hvilket land de opretter et holdingselskab i som følge af den ensartede kildebeskatning på udbytter ligesom ved spil 1. Som nævnt, ligestilles statens strategier ved indførslen af den nye bestemmelse, hvorved land X ikke har samme spænd til at vurdere lempeligt i trepartstesten. Dette medfører, at land X ligeledes bliver indifferent mellem strategierne, dømme og ikke dømme, eftersom de opnår samme pay-off, hvilket viser et mere ligeligt pay-off for staterne, og at koncernen vil have et mindre incitament til at flytte sit datterselskab til en anden stat, med henblik på at opnå skattemæssige fordele på udbyttet. Som det kan ses af dobbelt*-markeringerne nedenfor findes igen tre gange Nash-ligevægt, som følge af statens indifferente holdning mellem at dømme og ikke at dømme.

Oprettelse af holdingselskab, men datterselskab i land X K/S	Dømme for trepartstest	Ikke dømme for trepartstest
Oprettelse af holdingselskab indenfor EU	4*,6*	6*,6*
Oprettelse af holdingselskab i et DBO-land	2,6*	6*,6*

Den foreslåede ændring af art. 4 i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU formår derved at fordele omkostningerne mere ligeligt mellem parterne¹³⁴. Ved fjernelse af skattefritagelsen, er staten, ved koncernoptimerende strukturer med holdingselskaber, sikret en skatteindtægt på 5 % eller 15 %. Koncernen opnår en optimering, da risikoen for at blive dømt strikt af stater med høj kildeskat på udbytter vil blive markant lavere, som følge af den klare definition af trepartstesten. Dette medfører en lavere risiko for at betale 22 % i kildeskat. Derudover vil koncernen uden indskydelse af holdingselskab i en 2-leddet koncernstruktur med et moderselskab uden for EU

¹³⁴ Lippert-Rasmussen M. & Mols N. P. (1994); Transaktionsomkostningsteori en introduktion til Williamson; *Institut for virksomhedsledelse*, s. 10.

ligeledes skulle betale 22 %, hvor oprettelsen af et holdingselskab og nedsættelsen til 5 % eller 15 % stadig vil være attraktivt, såfremt holdingselskabet opfylder trepartstesten.

Ved indførslen opnår man ligeledes at 'aflive' koncernens incitamenter til at shoppe rundt mellem EU-lande og DBO-lande, da udbyttebeskatningen er den samme. Statens incitament til at vurdere trepartstesten mere strikt eller lempeligt vil mindskes, således at vurderingen er mere ensartet mellem landene, da samme indtjening kan opnås. Kildebeskatningen er dermed sikret, og staten kan ikke konkurrere på ikke at dømme koncerner for at opnå et bedre kontraktforhold til koncernerne. Dette stiller staterne mere lige, hvor lande som Danmark, med høj kildebeskatning på udbytter, langsigtet vil få et system, der bygger mere på andre samfundsmæssige forhold, såsom arbejdspladser, end kildebeskatningen på udbytter.

Samfundsmæssigt vil ændringen af bestemmelsen medføre en bedre optimering, da omkostningerne og risikofordelingen mellem parterne ville blive fordelt mere lige. Dette skal ses i lyset af, at den Kaldor Hicks efficiente løsning vil være punkt (6,6) i begge spil, herved opnås en samfundsmæssig samlet pay-off på 12, som var samme pay-off som de tidligere benævnte Kaldor Hicks efficiente løsninger. Dette Kaldor Hicks efficiente punkt er ligeledes en nash-ligevægt, hvorfor der er mulighed for at opnå dette samfundsmæssige pay-off. Der opnås ikke et højere pay-off i den optimerede løsning, men der vil være en større gennemsigthed af bedømmelsen af trepartstesten, da klarheden vil resultere i en mere ens bedømmelse. Dette skaber mindre risiko for samfundet, for at selskaber vil shoppe rundt mellem landene, hvorved samfundet vil miste indtjening, arbejdspladser, konkurrence og derved miste pay-off.

Ulemper ved indførslen

Optimering af bestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU skal dog ses i lyset af, at EU ved anførsel af skatteprocenter i deres direktiver, begynder at regulere på skatteområdet og de konkrete skattesatser og således ikke kun regulerer, hvorvidt der skal ske beskatning, eller ikke, imellem moderselskabet og datterselskabet. Dette betyder, at medlemsstaterne ikke selv regulerer på området, hvilket vil medføre en afgivelse af medlemsstaternes suverænitet. Dog indgår medlemsstater ofte selv DBO-aftaler med andre medlemslande, hvor indførslen af

kildeskatten på udbytter ofte udgør de 5 % eller 15 %, hvilket vil tale for, at medlemsstaterne også vil se positivt på optimeringen af denne bestemmelse. Det kan dog ikke udelukkes, at der vil være medlemsstater som vil modstride sig denne ændring. Dette gælder især de stater, som lige nu har en lavere kildeskat på udbytter end de satser, der fremover vil blive reguleret af direktivet, hvormed disse stater vil blive påført at anvende en højere kildeskat end hidtil.

Hele problematikken ved koncernoptimeringer med oprettelse af holdingselskaber inden for EU¹³⁵ har ikke være en problematik EU-retligt, dengang moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU blev indført. Hensigten har i stedet været, at penge skal kunne flyde frit inden for EU's grænser, hvorved man vil optimere det indre marked og konkurrencedygtigheden. Hvorvidt der skulle gøres noget ved denne nævnte problematik er en politisk diskussion, som deler vandene mellem højrefløjspartierne, hvor de liberale partier ser de forskellige skatter i medlemsstaterne som en sikring af konkurrencen, og venstrefløjspartierne som mener, at problemet netop skulle løses i EU¹³⁶.

At indføre 5 % eller 15 % kildeskat inden for EU, for koncerner med ultimative moderselskaber uden for EU og uden for DBO, der har til hensigt at spekulere i skat, vil medføre, at koncernerne ikke opnår en større fordel i EU ved indskydelse af holdingselskab. Dette vil optimere de 2-leddede koncerner, der kun er etableret inden for EU, da disse netop vil have mulighed for at opnå skattefrihed. Der vil dog stadig være en konkurrence på selskabsskatten imellem landene, da selskabsskatten bærer en stor del af hvert lands velfærd, som vil afhænge af den enkelte stats politik og velfærd.

4.3 Integreret delkonklusion

Med udgangspunkt i den juridiske og den økonomiske analyse, er der ved den integrerede analyse foretaget en retsøkonomisk og retspolitisk optimering af definitionen af trepartstesten og en vurdering af, hvordan samfundet påvirkes af denne optimering.

¹³⁵ Sommerand, M. (2016); Ny rapport: Europa har også skattely.

¹³⁶ Ussing, J., Striib A. D. & Winther M. J. (2019); Regeringen splittet: Venstre skifter holdning om fælles skatteregler før EU-valg.

Som følge af en juridisk uklar definition af trepartstesten, er denne blevet klart defineret i et forslag til en ny bestemmelse indeholdende definitioner på de tre begreber, samt hvorledes der skal beskattes ved forskellige koncernstrukturer. Denne klare definition giver en ensartet vurdering af begreberne på tværs af medlemsstaterne og DBO-lande og mindsker muligheden for at opnå hel skattefrihed, således at beskattningen i de fleste situationer vil resultere i 5 % eller 15 % beskatning i lighed med OECD's modelbeskatningsoverenskomst.

Den økonomiske analyse resulterede i en uligevægt mellem koncernen og staten på baggrund af den nuværende retsstilling, hvor koncernen havde et incitament til at etablere et holdingselskab eller flytte sit datterselskab for at opnå profitmaksimering i forhold til det udloddede udbytte, hvilket resulterede i en negativ påvirkning på samfundet i form af et stort dødvægtstab og færre indtægter til staten.

En mere klar bestemmelse medfører et mindre samfundsmæssigt dødvægtstab, som følge af at der opnås en retmæssig beskatning for koncernstrukturer, og at medlemsstaterne bedømmer sagerne mere ensartet. Herudover påvirkes dødvægtstabet også af, at det er mere vanskeligt for koncernerne at oprette holdingselskaber som blot ser ud til at opfylde trepartstesten.

Som følge af en ensartet udbyttebeskatning mellem EU og DBO-lande, i form af at flere koncerner omfattes af beskatning på 5 % eller 15 % i EU, vil koncernens incitament til at rykke deres datterselskab til et andet land være mindre. Samtidig vurderer staterne de forskellige sager ensartet, hvormed staternes mulighed for at konkurrere på udbyttebeskatning minimeres. Dette resulterer i en samfundsmæssig optimering, hvor omkostningerne og risikofordelingen mellem parterne udlignes.

Kapitel 5 – Konklusion

Koncerner, der ønsker at profitmaksimere ud fra en mindre skattebetaling på udbytter, foretager optimering af koncernstrukturen ved at indskyde holdingselskaber i lande, hvor denne beskatning vil frafalde efter moder-/datterselskabsdirektivet art. 4 eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst i overensstemmelse med OECD's modelbeskatningsoverenskomst art. 10. Disse holdingselskaber overholder ikke altid loven i relation til om de udgør at være retmæssige ejere af udbyttet eller udøver misbrug. Dette har medført et øget fokus på begreberne *retmæssig ejer*, *misbrug* og *substans*. I en EU-retlig problemstilling, kan det udledes af den juridiske analyse, at det først skal vurderes om holdingselskabet udgør misbrug ved ikke at udgøre et reelt moderselskab til deres danske udbytteudloddende datterselskab. Som en del af misbrugsvurderingen skal domstolene herefter forholde sig til, om holdingselskabet udgør retmæssig ejer og har substans. I en problemstilling der skal løses ud fra en dobbeltbeskatningsoverenskomst, skal det først vurderes om holdingselskabet er den retmæssige ejer, hvorefter det vil blive vurderet, om der udøves misbrug, hvilket indeholder en substansvurdering. De tre nævnte begreber anvendes i sammenhæng og kan defineres som en trepartstest i begge problemstillinger.

Det øgede fokus på trepartstesten samt EU-domstolens nylige vurdering af begreberne fra d. 26. februar 2019, har givet anledning til at vurdere, hvordan disse skal fortolkes, eftersom der ikke er en klar definition heraf ved den nuværende retsstilling.

Juridisk er det belyst, at retmæssig ejer-begrebet omfatter, at holdingselskabet skal have ret til at råde over det modtagne udbytte og ikke må udgøre et gennemstrømningsselskab. For at holdingselskabet ikke kan anses for at udøve misbrug, skal selskabet undlade at have en formel struktur uden økonomisk realitet som kun oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst. Denne manglende økonomiske realitet vurderes ud fra substans i selskabet, som relaterer sig til det ansatte personale, lokaler og udstyr, driften af selskabet, strukturen af omkostningerne samt regnskabets fremtræden. Ligeledes er det konkluderet juridisk, at begreberne vil påvirke de nationale domstole fremadrettet, som følge af en mere klar definition fra EU-domstolen. Dog har dette ikke resulteret i en konkret definition af begreberne.

Den nuværende fortolkning af trepartstesten er analyseret økonomisk i relation til hvilke konsekvenser dette har for koncernernes optimering af koncernstrukturen, herunder hvordan samfundet påvirkes af en ændring i vurderingen af trepartstesten.

Som følge af en uligevægt mellem koncernen og staten, baseret på forskellige incitamenter, vil staten forsøge at påvirke udfaldet af sager omhandlende trepartstesten for at opnå flere skatteindtægter, hvortil koncernen vil udnytte sit incitament til at oprette et holdingselskab eller flytte sit datterselskab væk fra Danmark med formålet om at profitmaksimere og minimere udbytteskatten. Oprettelsen af et holdingselskab er for koncernen mest optimalt i et EU-land, hvor der opnås fuld skattefrihed. Statens skatteindtægter påvirkes negativt af koncernens valg om at etablere et holdingselskab eller flytte deres datterselskab og medfører en negativ eksternalitet for samfundet.

Denne negative konsekvens for samfundet sammenholdt med en uklar definition af trepartstesten har medført et behov for at vurdere, hvordan parternes incitamenter kan flyttes, således at der skabes større værdi for samfundet. Dette er løst ved en retsøkonomisk og retspolitisk optimering af definitionen af trepartstesten, hvortil der er foreslået en ny bestemmelse, som indeholder definitioner på de tre led i trepartstesten, samt en fastlæggelse af beskattningen ved forskellige koncernstrukturer. Der er sikret en ensartet vurdering af begreberne, samt en større mulighed for at indeholde 5 % eller 15 % udbyttebeskatning i lighed med OECD's modelbeskatningsoverenskomst. Som følge af denne nye bestemmelse, kan det konkluderes at det samfundsmæssige dødvægtstab mindskes. Samtidig vil koncernens incitament til at etablere et holdingselskab eller flytte sit datterselskab og statens incitament til at påvirke udfaldet af en sag herom begrænses som følge af ensartethed i vurderingen af trepartstesten og beskattningen i forbindelse med det udloddede udbytte.

Det konkluderes, at afhandlingen har påvist en uklar definition af trepartstesten, hvilket har medført en negativ økonomisk påvirkning på samfundet. En optimering af definitionen af trepartstesten medfører en samfundsmæssig optimering, hvor der opnås en samfundsoptimal fordeling af omkostningerne og risikoen mellem parterne.

Bibliografi

Bøger

Baird, D. G, Gertner, R. H & Picker, R. C (1998); Game theory and the Law; Massachusetts: Harvard University Press

Christensen, M. (2019); Aktie Investering teori og praktisk anvendelse (5. udg.); København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Damodaran, A. (2001); Corporate Finance - Theory and Practice (2. udg.); New Jersey: Wiley

Eide, E. & Stavang, E. (2016); Rettsøkonomi (7. udg.); Oslo: Cappelen Akademisk Forlag

Gaden, E. & Jespersen, J. (2013); Introduktion til mikroøkonomi (2. udg.); København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Hillier, d., Clacher, I., Ross, S., Westerfield, R. & Jordan, B. (2017); Fundamentals of corporate finance (3. udg.); London: McGraw-Hill Education

Knudsen, C. (1997); Økonomisk metodologi Bind II (2. udg.); København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Lane, J-E. (2005); Public administration and public management; New York: Routledge

Lippert-Rasmussen, M. & Mols, N. P. (1994); Transaktionsomkostningsteori en introduktion til Williamson; Notat 1993-1, *Institut for virksomhedsledelse*; Aarhus universitet

Meindl-Ringler, A. (2016); Beneficial Ownership in International Tax Law; Holland: Kluwer Law International B.V.

Bibliografi

Peters, B. G. (1999); *Institutional Theory in Political Science - The 'New Institutionalism'*; New York: Continuum

Schmidt, P. K., Tell, M. & Weber, K. D. (2015); *International skatteret I et dansk perspektiv* (1. udg.); København: Hans Reitzels Forlag

Sloman, J., Hinde, K. & Dean, G. (2013); *Economics for Business* (6. udg.); Harlow: Pearson

Sloth, B. (2000); *Spilteori, Særtryk til Akademiuddannelsen i Finansiell Rådgivning*; København: Handelshøjskolens Forlag

Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2017); *Retskilder og retsteorier* (5. udg.); København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Williamson, O. E. & Masten, S. E. (1999); *The economics of transaction costs* (x udg.); Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc.

Tidsskrifter & artikler

Banner-Voigt, E. (2019); EU-Domstolens afgørelser i sagerne om retmæssig ejer, *Revision & Regnskabsvæsen - Tidsskrift for erhvervsøkonomi og skatteforhold*

Bundgaard, J. (2010); første slag om beneficial ownership er udkæmpet - det endelige venter forude, *Skat Udland; Specialtidsskrift om international skat*

Cristofaro, M. (2017); Herbert Simon's bounded rationality; *Journal of Management History* 23.2; Emerald Publishing

Hansen, H.S. (2011); Det store hykleri - om "beneficial owner" sagerne; *Tidsskrift for Skatter og afgifter* 2011

Bibliografi

March, J.G & Olsen, J.P (1984); *The new Institutionalism; Organizational Factors in Political Life; American Political Science Association*

March, J.G. & Olsen, J.P. (2011); *The Oxford Handbook of Political Institutions; Elaborating the "New Institutionalism"; Oxford University Press*

Rapporter & vejledninger

Den juridiske vejledning (2019); A.C.3.5.2.1 Beregning af normalbøder i skatte-, moms- og lønsumsafgiftsstraffesager.

Den juridiske vejledning (2019); C.F.8.2.2.10.1.3 Modtager af udbytte.

Henriksen, M. (2017); Karsten Lauritzen vil samle indsats mod skattesvindler; DR.

IBFD (2011); Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention Response from IBFD Research Staff.

OECD (2012); OECD Model Tax Convention: revised discussion draft on the meaning of "beneficial owner".

OECD (2013); Public comments received on the discussion draft on the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention.

OECD (2013); Public comments received on the revised proposals concerning the meaning of "beneficial owner" in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention.

SAU Alm. del, Skatteudvalget 2015-16, Bilag 44; Analyse af beskattningen af investeringsinstitutter og deres investorer.

Bibliografi

SAU Alm. del, Skatteudvalget 2015-16, Bilag 227; Rapport om administration af udbyttebeskatning.

Skattelovrådet 22. marts 2018; Styrket indsats mod skattely.

Sommerand, M. (2016); Ny rapport: Europa har også skattely; Berlingske.

Ussing J., Striib A. D. & Winther M. J. (2019); Regeringen splittet: Venstre skifter holdning om fælles skatteregler før EU-valg; DR.

Ussing J., Ørskov O., Striib A. D. & Winther M. J. (2019); Danmark taber milliarder på store selskabers skatteplanlægning; DR.

Lovgivning

Aktieavancebeskatningsloven 2016; Lovbekendtgørelse nr. 1148 af 29. august 2016;
Bekendtgørelse af lov om den skattemæssige behandling af gevinster og tab ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven)

Anti Tax Avoidance Directive; Rådets Direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016; Om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markedes funktion.

Kildeskatteloven 2016; Lovbekendtgørelse nr. 117 af 29. januar 2016; bekendtgørelse af kildeskatteloven

Ligningsloven 2019; Lovbekendtgørelse nr. 66 af 22 januar 2019; bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten

Model Tax Convention on Income and on Capital 2017; OECD Committee on Fiscal affairs

Bibliografi

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

Moder-/datterselskabsdirektivet 2015; Rådets Direktiv 2015/121/EU af 27 januar 2015; Om ændring af direktivet 2011/96/EU.

Rente-/royaltydirektivet 2003; Rådets Direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003; om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater.

Selskabsloven 2015; Lovbekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015; Bekendtgørelse af lov om aktie- og anpartsselskab (selskabsloven)

Selskabsskatteloven 2016; Lovbekendtgørelse nr. 1164 af 6. september 2019; Bekendtgørelse af selskabsloven

Retspraksis

Analyseret

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling) 26. februar 2019; om Sag C-115/16, N Luxembourg 1, Sag C-118/16, X Denmark, Sag C-119/16, C Danmark 1, Sag C-299/16, Z Denmark

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling) 26. februar 2019; om Sag C-116/16, T Danmark og Sag C-117/16, Y Denmark

SKM.2012.26.LSR; Landsskatterettens kendelse af 16. december 2011, j.nr. 10-02772; Kildeskat på udbytte, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens 65.

SU.2016.290; Bindende svar forelagt for skatterådet om indeholdelse af kildeskat, jf. Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3 pkt.

Nævnt

Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 20. december 2017; om sag Deister Holding AG tidligere Traxx Investments N.V. (sag C- 504/16) og Juhler Holding A/S (sag C- 613/16)

SKM.2010.268.LSR; Landsskatterettens kendelse af 3. marts 2010, j.nr. 09-01478; Indeholdelse af udbytteskat vedrørende udbytte til udenlandsk moderselskab

SKM.2012.121.Ø; Østre Landsrets stadfæstelse af landsskatterettens kendelse SKM.2010.268.LSR

SKM2015.397.Ø; Østre Landsrets dom af 13. marts 2015, j.nr. B-2896-13

SKM2016.281.HR; Højesterets dom af 18. maj 2016, j.nr. 65/2015

Bilag

Bilag 1 - SKM.2010.268 LSR

I sagen SKM.2010.268 LSR blev det diskuteret, at det overliggende holdingselskab, beliggende i Luxembourg, umiddelbart ikke kunne danne grundlag for at være retmæssig ejer, hvorfor der som udgangspunkt bestod en begrænset skattepligt, jf. SEL § 2 stk. 1 litra c, og udbetalingen af udbytte skulle derved indeholde kildeskat, jf. KSL § 65, trods der ved udlodningen blev ydet to lån til det danske datterselskab. Holdingselskabet i Luxembourg blev ikke anset for retmæssig ejer, fordi det ikke havde ansatte, og dets eneste formål var at eje og finansiere deres datterselskab i Danmark. Resultatet fandt sted på baggrund af den dobbeltbeskatningsoverenskomst, der er mellem Danmark og Luxembourg, som er baseret på kommentarerne til art. 10 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst. Herunder fandt skattemyndighederne, at kommentarerne skulle fortolkes således, at det ikke er afgørende, at udlodningen ikke er videreført til de bagvedliggende ejere. Det afgørende er den formelle beløbsmodtagers, herved selskabet i Luxembourgs manglende beføjelser til selv at råde over det udbetalte beløb. Dermed var det et princip i dommen, at det ultimative moderselskab udøvede en kontrol med selskabet, som lå ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekom i internationale koncerner, og at selskabet var indskudt som et mellemlid eller holdingselskab, med henblik på, at de bagvedliggende ejere, herunder det ultimative moderselskab, kunne opnå fordele i henhold til en DBO, som ellers ikke ville kunne opnås.

Opfattelsen var alene, at selskabet i Luxembourg var indskudt som mellemliggende holdingselskab, der ikke havde beføjelser til at disponere på en anden måde, end det bagvedliggende selskab på forhånd havde besluttet. Derfor besluttede skattemyndighederne, at hverken DBO'en eller moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU kunne hindre Danmark i at gennemføre kildebeskatning af udbyttet, jf. KSL § 65.

Selskabet i Luxembourg anførte, at de ikke havde videreudloddet det modtagne udbytte til de bagvedliggende ejere, og at de derved ikke kunne karakteriseres som et gennemstrømningsselskab. Herefter gjorde selskabet klart, at Skattemyndigheden må have misforstået fortolkningen af OECD's modelbeskatningsoverenskomst, da det var en forudsætning for overhovedet at vurdere rådigheden, at der faktisk var tale om et gennemstrømningsselskab.

Herefter blev det af Landsskatteretten afgjort, efter kommentaren 12.1 til OECD's modelbeskatningsoverenskomsten art. 10, at en agent eller mellemmand ikke kan anses for at være retmæssig ejer, og at en person der fungerer på anden måde end som agent eller mellemmand fungerer som gennemstrømningsenhed for en anden person, der faktisk modtager det pågældende udbytte. Det var således ikke i sig selv afgørende, at udbyttebeløbene ikke blev videreført til de bagvedliggende ejere, idet det afgørende var at selskabet i Luxembourg ikke havde beføjelser til selv at råde over udbyttet.

Herunder blev moder-/datterselskabsdirektivets 2015/121/EU art. 1 stk. 2, misbrugsbestemmelsen, også håndhævet, da det må fastslås, at der er tale om arrangementer, hvis hovedformål er at undgå skattebetaling, og at konstruktionen ikke tjener noget kommercielt formål.

Ovenfor blev det af domstolen vurderet, at selskabet ikke var retmæssig ejer. Dog endte domstolen ud med, at selv om udbyttedtageren havde snævre beføjelser, medførte det ikke, at det ikke kunne være retmæssig ejer. Selskabet i Luxembourg havde udbetalt udbyttet, men ikke som en videreførelse til de bagvedliggende ejere, men derimod som en tilbageførsel i form af et lån til det danske selskab. Dermed var der ikke opnået en reel skattefordel, som hvis der var foretaget udbetaling til det bagvedliggende moderselskab.

Det mellemliggende Luxembourgske selskab måtte hermed, efter landsrettens opfattelse, anses for retmæssig ejer, således at selskabet ikke skulle betale kildeskat, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU art. 5 og derved ikke var skattepligtig af udbyttet, jf. selskabsskattelovens, § 2, stk. 1, litra c, og art. 10, stk. 2, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg.

Senere stadfæstede Øster landsret landsskatterettens kendelse SKM. 2012.121Ø.

Bilag 2 - SKM.2015.397 Ø

Sag SKM.2015.397 Ø omhandlede et dansk datterselskab, som udbetalte udbytte til sit moderselskab i Luxembourg, som var ejet af et moderselskab i Cayman Island.

Der blev i sagen lagt vægt på de faktiske forhold, hvor der skal ses på, om selskabet i Luxembourg er etableret med henblik på at kunne opnå fordele efter DBO'en mellem Danmark og Luxembourg, som selskabet ellers ikke vil kunne opnå, og om selskabet der har etableret selskabet udøver en kontrol med det, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner. Herunder ses der på om selskabet, der har etableret selskabet i Luxembourg, har tilrettelagt dispositioner således, at det danske selskab reelt ikke har råderet over udbytte som de modtager.

Landsretten fandt det ikke godtgjort, at det danske datterselskab rent faktisk havde udloddet udbytte til sit moderselskab i Luxembourg, men til det overliggende moderselskab i Cayman Island. Herudover havde skatteministeriet gjort gældende, at selv hvis moderselskabet i Luxembourg havde modtaget udbyttet, kunne de ikke anses for at være udbyttets retmæssige ejer, men blot et gennemstrømningsselskab, hvorfor en nedsættelse af kildeskatten efter DBO'en med Luxembourg ikke er gældende. Således blev det gjort gældende, at den ultimative ejer i Cayman Island havde modtaget udbyttet, hvorved der skulle indeholdes kildeskat, da Danmark ikke har indgået en DBO med Cayman Island, og de ikke er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU. Datterselskabet var dermed ikke fritaget for indeholdelse af udbytteskat, jf. § 65, stk. 4, jf. selskabslovens, § 2, stk. 1, litra c.

Datterselskabet var endvidere ansvarlig for betaling af den ikke-indeholdte kildeskat, jf. § 69, stk. 1. Sagen blev anket til højesteret, som tiltrådte landsrettens afgørelse.

Bilag 3 - SKM.2016.281.HR

Sagen omhandlede, hvorvidt et dansk anpartsselskab, med et moderselskab i Luxembourg, med overliggende moderselskaber hjemmehørende i hhv. Cayman Island og Guernsey, burde have indeholdt udbytteskat i forbindelse med udlodning til moderselskabet i Luxembourg, jf. KSL § 65 eller om udbyttet skulle være skattefrit, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU eller den danske DBO med Luxembourg. I denne vurdering blev der i sagen lagt vægt på, hvem den rette indkomstmodtager var, og hvem der var retmæssig ejer.

Landsretten lagde til grund, at udbyttet var udloddet til en 'anden' (herunder højst sandsynligt til de to overliggende moderselskaber) og at betingelserne for at være fritaget for kildeskat, jf. KSL § 65, derved ikke var opfyldt. Derfor skulle der kigges nærmere på, hvorvidt betingelserne for at nedsætte kildeskatten efter DBO'en var opfyldt. Vurderingen af dette indebar overvejelser i form af, om selskabet i Luxembourg kunne anses som retmæssig ejer af udbyttet ud fra DBO'en, eller om beskatning efter moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU kunne frafalde, hvis udbyttemodtageren var moderselskab til det danske selskab. Derudover også om hele selskabskonstruktionen er udtryk for misbrug af den danske DBO med Luxembourg.

Man så i sagen videre på begrebet *rette indkomstmodtager*, som blev beskrevet således,

'det skattesubjekt, som på retserhvervelsestidspunktet har den retlige adkomst til indkomsten.'

I sagen mente selskabets advokat, at selskabet i Luxembourg skulle anses som rette indkomstmodtager, da de var eneste anpartshaver i det danske anpartsselskab, og eftersom de havde den retlige adkomst til udbyttet på retserhvervelsestidspunktet, hvorved det burde være uden betydning, hvilke andre selskaber i koncernen, der havde fået videreført udbyttet.

Højesteret anførte dog, at selskabet i Luxembourg ikke havde ejendomsretten til anparterne i skatteretlig henseende, hvorved de ikke kunne være rette indkomstmodtager jf. statsskatteloven § 4.

Den manglende ejendomsret førte i sagen til, at selskabet i Luxembourg, jf.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten art. 10, ej heller kunne defineres som retmæssig ejer af udbyttet. Det blev pointeret, at der ikke kan sættes lighedstegn mellem begrebet rette indkomstmodtager, som stammer fra dansk retspraksis og retmæssig ejer, som er

overenskomstmæssigt fastsat, eftersom rette indkomstmodtager er et mere begrænset begreb. Da udlodningen med stor sandsynlighed var sket til de overliggende moderselskaber, blev det for domstolen ikke aktuelt at benytte moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, da de ikke anså forholdet mellem det danske selskab og selskabet i Luxembourg som et moder-datterforhold. Herved blev direktivet 2015/121/EU art. 1 stk. 2 om misbrug heller ikke vurderet.

Bilag 4 - C-116/16

En række kapitalfonde, der er beliggende i lande uden for EU, og i lande hvor Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, har stiftet selskaber i Luxembourg, hvorved et af disse selskaber, LuxCo2, i 2010 erhvervede mere end 50 % af aktierne i det danske selskab.

Selvom det blev oplyst, at selskabet i Luxembourg havde selvstændig ledelse og beslutningskompetence, kunne man ikke med sikkerhed vide, hvordan selskabet ville disponere over udbytte udbetalt af det danske selskab. Selskabet i Luxembourg gjorde hertil gældende, at de selv ville udlodde udbyttet til deres moderselskab, hvorved det ville blive ført videre til de ultimative ejere i kapitalfondene.

Landsskatteretten fandt, at dette udbytte var skattefrit, jf. moder-/datterselskabsdirektivet 90/435, da Danmark ikke har indført interne regler om svig og misbrug i henhold til at opnå en skattefordel, hvorved der efterfølgende blev stillet præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen.

Bilag 5 - C-117/16

I sagen er selskabsskrukturen således et ultimativt moderselskab hjemmehørende i USA, herunder et andet moderselskab beliggende på Bermuda, hvis eneste aktivitet, ud over at være Holding virksomhed, var at eje IP-rettigheder vedrørende koncernens produkter, herudover har koncernen et danske selskab beliggende i Danmark, der er etableret af moderselskabet i USA, men rapporterer til et selskab i Holland, der er ansvarlig for det globale salg, dog er selskabet i Danmark moderselskab for den europæiske del af koncernen.

En ny amerikansk lovgivning giver moderselskabet i USA mulighed for at hjemtage udbytte fra udenlandske datterselskaber til en lempelig beskatning, hvorved der foretages en omstrukturering i koncernen. Selskabet på Bermuda stifter et selskab på Cypern, hvor dette selskab bliver moderselskab til datterselskabet i Danmark.

Selskabet på Cypern havde ingen ansatte, og deres adresse forelå ved et administrationsselskab, hvorved deres eneste aktivitet var at eje aktier i det danske selskab og yde lån dertil.

Holdingselskabet på Bermuda modtog i 2005 et udbytte, der blev videreført fra det danske selskab til selskabet på Cypern og dertil videre til Bermuda, hvor det blev anvendt til at afdrage på gæld til selskabet, herunder uden indhold af kildeskat.

Landsskatteretten fandt, at selskabet på Cypern var beskyttet af moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU, da Danmark ikke havde indført en misbrugsbestemmelse i intern ret, hvorved de efter realitetsgrundsætningen og vurderingen af rette indkomstmodtager ikke kunne tilsidesætte selskabet med henvisning til deres skatteformål. Dermed skulle udbyttet ikke indeholde kildeskat, trods selskabet på Cypern ikke var retmæssige ejer af udbyttet.

Der blev herefter stillet EU-domstolen præjudicielle spørgsmål omkring fortolkning af retmæssig ejer-begrebet og om en implementering af misbrugsbestemmelsen i intern ret var nødvendig for benyttelsen.

Bilag 6 - Relevante præjudicielle spørgsmål til sag C-116/16 og C-117/16

De præjudicielle spørgsmål stillet til EU-domstolen omhandler:

1. Skal der være en specifik national bestemmelse svarende til art. 1, stk. 2, for at man kan påberåbe sig den, eller kan man bruge almindelige bestemmelser eller retsgrundsætninger, som omhandler svig og misbrug, der kan fortolkes i overensstemmelse hermed?
- a. Hvis der skal være en national bestemmelse specifikt svarende til art. 1, stk. 2, kan SEL § 2, stk. 1, litra C, der påpeger at beskatning skal frafaldes efter direktiv 90/435, så anses for at være en national bestemmelse, der kan bruges ved art. 1, stk. 2?
2. Er en bestemmelsen i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der er udfærdiget i overensstemmelse med OECD, hvoraf det afhænger af om udbyttedtageren anses for at være retmæssig ejer af udbyttet, i overensstemmelse med art. 1, stk. 2?
3. Såfremt der er en sådan bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der kan anses for at være anti-misbrugsbestemmelse i overensstemmelse med art. 1, stk. 2, kan de nationale domstole da selv fortolke begrebet *retmæssig ejer*, eller skal der anlægges en særligt EU-retlig forståelse af begrebet?
4.
 - a. Hvis det ikke er op til medlemsstaterne, at bestemme begrebet *retmæssig ejer*, skal begrebet så forstås således, at hvis et selskab er hjemmehørende i et medlemsland og modtager udbytte fra et datterselskab i et anden medlemsland, så er de retmæssige ejere af udbyttet efter EU-retten?
 - b. Skal begrebet forstås i overensstemmelse med art. 1, stk. 1 i Rente-/royaltydirektivet, jf. Art. 1, stk. 4, samme direktiv?
 - c. Skal begrebet fortolkes alene efter kommentarerne til art. 10 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst eller kan senere kommentarer inddrages, fx tilføjjelsen i 2003 om 'gennemstrømningsenheder' og i 2014 om 'kontraktuelle og juridiske forpligtigelser'?
 - d. Hvilken betydning har det, hvis udbyttedtageren har haft en kontraktuel eller juridisk forpligtigelse til viderebetaling?
 - e. Hvilken betydning vil det have, hvis modtageren ikke har været forpligtet efter kontraktuelle eller juridiske forpligtigelser til at viderebetale udbyttet, men substantielt

ikke havde rettighederne til at bruge og nyde udbyttet som anført i kommentarerne fra 2014?

5. Hvis der findes en specifik intern misbrugsbestemmelse efter art. 1, stk. 2 og udbyttet er udloddet fra A (medlemsstat) til B (medlemsstat) til C (uden for EU) til D (uden for EU), og der ikke er indgået en DBO mellem A og C's lande, men der er indgået en DBO mellem A og D's lande, og A's stat derved ikke ville have ret til at indeholde kildeskat af udbyttet fra A til D, hvis D havde været direkte ejer af A, foreligger der her misbrug efter art. 1, stk. 2, der beviser, at B ikke er beskyttet heraf?

Bilag 7 - Præmisser fra generaladvokatens forslag til afgørelse af sagerne 117/16 og 116/16

Præmis 44

”For så vidt giver det ganske god mening, at moder-/datterselskabsdirektivet (i modsætning til rente-/royaltydirektivet (13)) »kun« henviser til, at et datterselskab udlodder udbytte til sit moderselskab (fra en vis ejerandel). Eftersom udbytte – i modsætning til rentebetalinger – i princippet ikke udgør driftsudgifter, som formindsker overskuddet, er det også forståeligt, at moder-/datterselskabsdirektivet i henhold til sin ordlyd ikke opstiller yderligere materielle kriterier (såsom modtagelse af udbytte i eget navn og for egen regning eller lignende).”

Præmis 49

”Relevante holdepunkter med henblik på bedømmelsen af, om der foreligger misbrug, følger imidlertid af andre EU-direktiver. Som eksempel på, at der foreligger et sådant formål, nævnes i fusionsdirektivets (18) artikel 11, stk. 1, litra a), andet punktum, at der ikke foreligger forsvarlige økonomiske betragtninger som grundlag for den pågældende transaktion. Endvidere defineres begrebet misbrug i artikel 6 i direktivet om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse (19) (herefter »direktiv 2016/1164«), der ikke finder anvendelse på de for hovedsagen relevante år. Ifølge denne bestemmelse er det afgørende, om der foreligger arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret, og som ikke er reelle. I henhold til stk. 2, betragtes arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.”

Præmis 51

”Denne praksis fra Domstolen indeholder således to elementer, der udgør gensidige forudsætninger. Dels udelukkes det på forhånd, at rent kunstige arrangementer, der reelt kun finder sted på papiret, anerkendes. Dels er det af afgørende betydning, at der er tale om omgåelse af skattelovgivningen, hvilket også kan være tilfældet, når der gøres brug af arrangementer, der afspejler den økonomiske virkelighed. Sidstnævnte kategori er antageligt den hyppigst forekommende og er nu også udtrykkeligt medtaget i den nye artikel 6 i direktiv 2016/1164.

Domstolen har også selv i en nyere afgørelse blot anset den rent kunstige karakter for ét forhold, der kan godtgøre, at opnåelse af en afgiftsfordel udgør selve hovedformålet (23)."

Præmis 54

"I den foreliggende sag kan det muligvis antages, at der er tale om et rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet. De af den forelæggende ret fremlagte oplysninger peger i denne retning. Y Cyprus har således ingen ansatte og åbenbart heller ingen egne lokaler.

Som følge heraf har selskabet hverken omkostninger til personale eller til leje af lokaler. Det vederlag, der betales til selskabets bestyrelsesmedlemmer, tyder heller ikke på en omfangsrig virksomhed. Det står derudover klart, at der ud over formueforvaltning ikke blev foretaget nogen egen indtægtsskabende virksomhed. Det forekommer samlet set kunstigt. Havde der været tale om en fysisk person, ville den pågældende under disse omstændigheder sandsynligvis for længst have indstillet sin virksomhed."

Præmis 56

"I betragtning af, at navnlig formueforvaltende selskaber som sådan ikke har (og ikke kan have) mange aktiviteter, bør der kun stilles ringe krav til dette kriterium. Hvis et gyldigt stiftet selskab ikke engang råder over de nødvendige fysiske og personalemæssige ressourcer på stedet med henblik på selv at kunne opfylde sit formål (i det foreliggende tilfælde »treasury-aktiviteter«), kan der være tale om et fiktivt arrangement, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet. Dette er navnlig tilfældet, såfremt selskabet ikke strukturelt er i stand til selv at opnå nogen indkomst, der ville gøre selskabet i stand hertil."

Præmis 61

"Ifølge Domstolens praksis udgør den omstændighed, at et selskabs vedtægtsmæssige eller faktiske hjemsted stiftes i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning med det formål at benytte en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv misbrug (31). Alene den omstændighed, at der i kæden af ejerandele også er inddraget selskaber fra Cypern, kan derfor ikke føre til en antagelse om misbrug."

Præmis 78

”Den forelæggende ret ønsker med spørgsmål 3 og 4 bl.a. oplyst, om en nægtelse af at indrømme den i moder-/datterselskabsdirektivet indeholdte kildeskattefritagelse, der sker på grundlag af en folkeretlig overenskomst (dvs. en dobbeltbeskatningsoverenskomst), som Danmark har indgået med en anden stat, skal baseres på et grundlæggende EU-retligt princip, som er underlagt Domstolens prøvelse. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst også skal inddrages ved en sådan fortolkning i overensstemmelse med EU-retten, og i bekræftende fald, om kommentarer til modeloverenskomsten, der er udarbejdet efter direktivets vedtagelse, også skal inddrages.”

Præmis 79

”I de senere kommentarer til OECD’s modeloverenskomst anses såkaldte gennemstrømningsselskaber nemlig normalt ikke for retmæssige ejere, hvis de – selv om de formelt er retmæssige ejere – i praksis har meget snævre beføjelser, som bevirker, at de med hensyn til de pågældende indtægter kun fungerer som mandatar eller forvalter, der handler for de interesserede parter regning.”

Præmis 80

”Såfremt en medlemsstat til ugunst for borgerne ønsker at indskrænke en skattefritagelse, der følger af EU-retten, skal denne indskrænkende regulering altid fortolkes på grundlag af EU-retten. For at kunne give den forelæggende ret et brugbart svar skal moder-/datterselskabsdirektivet derfor fortolkes. Med henblik på fortolkningen af EU-retten kan OECD’s modeloverenskomst og kommentarerne hertil også inddrages.”

Præmis 81

”OECD’s modeloverenskomst er imidlertid ikke EU-ret, ligesom den ikke er bindende for Domstolen. OECD’s modeloverenskomster er ikke bindende, multilaterale internationale konventioner, men derimod en international organisations ensidige retsakt i form af anbefalinger til dens medlemsstater. Også efter OECD’s egen opfattelse er disse anbefalinger ikke bindende. Tværtimod skal medlemsstaterne ifølge OECD’s procesreglement gennemgå dem med henblik på, om de

finder det hensigtsmæssigt at følge dem (41). Dette gælder så meget desto mere for de kommentarer, som OECD har udarbejdet hertil, og som i sidste ende blot indeholder retsopfattelser.”

Præmis 82

”Ifølge fast retspraksis kan medlemsstaterne imidlertid med hensyn til den fordeling af beskatningskompetencen, som påhviler dem, med fordel støtte sig på international praksis, således som den afspejles i modeloverenskomsterne (42). Dette gælder også for muligheden for at støtte sig på den internationale retsopfattelse, der kan være afspejlet i kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst.”

Præmis 83

”Kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst kan imidlertid ikke umiddelbart have indflydelse på fortolkningen af et EU-direktiv (og hermed heller ikke på en EU-konform fortolkning af national ret). I denne henseende gengiver disse kommentarer kun opfattelsen hos dem, der har udarbejdet OECD’s modeloverenskomster, men ikke parlamentariske lovgiveres, eller endog EU- lovgivers, synspunkt. Højest for det tilfælde, at det fremgår af direktivets ordlyd og tilblivelseshistorie, at EU-lovgiver har støttet sig på ordlyden af en af OECD’s modeloverenskomster og de (dåværende) kommentarer til denne modeloverenskomst, kan en fortolkning i overensstemmelse hermed komme i betragtning.”

Præmis 84

”Domstolen har derfor også allerede fastslået, at en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, fortolket i lyset af OECD’s kommentarer til den relevante modeloverenskomst, ikke kan indskrænke EU-retten (43). Dette gælder navnlig for ændringer af OECD’s modeloverenskomst og kommentarer, der fremkommer efter direktivets vedtagelse. I modsat fald ville de kontraherende stater i OECD kunne bestemme over fortolkningen af et EU-direktiv.”

Præmis 85

"De præjudicielle spørgsmål 3 og 4 skal derfor besvares med, at moder- /datterselskabsdirektivet skal fortolkes selvstændigt i EU-retten og uafhængigt af artikel 10 i OECD's modeloverenskomst af 1977 og af senere affattelser."

Præmis 86

"Efterfølgende ønskes det endvidere oplyst, om udbyttedtageren som omhandlet i moder- /datterselskabsdirektivet skal fortolkes på samme måde som den retmæssige ejer som omhandlet i rente-/royaltydirektivet. Dette spørgsmål kan ligeledes besvares benægtende, eftersom moder- /datterselskabsdirektivet som anført ovenfor (punkt 35) anvender en anden tilgang end rente-/royaltydirektivet og dermed bevidst undlader at anvende begrebet retmæssig ejer."

Bilag 8 - Præmisser fra EU-domstolens afgørelse af sagerne C-116/16 og sag C-117/16 om udbytter

Præmis 82

”Det følger af disse forhold, at det påhviler de nationale myndigheder og domstole at nægte at indrømme de fordele, der er fastsat i direktiv 90/435, såfremt påberåbelsen heraf sker for at muliggøre svig eller misbrug.”

Præmis 83

”I forhold til det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug og nødvendigheden af at overholde dette princip inden for rammerne af gennemførelsen af EU-retten er det uden betydning for de nationale myndigheders forpligtelse til at nægte at indrømme de i direktiv 90/435 fastsatte rettigheder, der påberåbes for at muliggøre svig eller misbrug, at der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige anti-misbrugsbestemmelser.”

Præmis 93

”Henset til konstateringen i nærværende doms præmis 72 er det uforholdent at besvare den forelæggende rets andet spørgsmål i de to sager, der nærmere bestemt vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som henviser til begrebet »retmæssig ejer«, kan udgøre et retsgrundlag til bekæmpelse af svig og misbrug inden for rammerne af direktiv 90/435.”

Præmis 94

”På denne baggrund er det ligeledes uforholdent at besvare det tredje spørgsmål og det fjerde spørgsmål, litra a)-c), i de to sager, der vedrører fortolkningen af samme begreb om den »retmæssige ejer«, eftersom disse spørgsmål alene er forelagt for det tilfælde, at de to sagers andet spørgsmål måtte blive besvaret bekræftende.”

Præmis 95

”Henset til samtlige disse forhold skal det første spørgsmål i de to sager besvares med, at det generelle EU-retlige princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige

bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skal fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole i tilfælde af svig eller misbrug skal nægte en skattepligtig person indrømmelsen af den fritagelse for kildeskat af udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 90/435, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse.”

Præmis 97

”Som det fremgår af Domstolens praksis, kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug, dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel (dom af 14.12.2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 52 og 53, og af 12.3.2014, O. og B., C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 58).”

Præmis 98

”Det er således undersøgelsen af disse sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel (jf. i denne retning dom af 20.6.2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, præmis 47-49, af 13.3.2014, SICES m.fl., C-155/13, EU:C:2014:145, præmis 33, og af 14.4.2016, Cervati og Malvi, C-131/14, EU:C:2016:255, præmis 47).”

Præmis 100

”En koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse, kan anses for et kunstigt arrangement. Dette er navnlig tilfældet, når betalingen af

udbytteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en gennemstrømningsenhed mellem det selskab, som udlodder udbyttet, og det selskab, som er udbyttets retmæssige ejer.”

Præmis 101

”Det udgør således et holdepunkt for at antage, at der foreligger et arrangement, som har til formål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 90/435, at dette udbytte i sin helhed eller stort set i sin helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf videreudloddet af det selskab, som har modtaget det, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktiv 90/435, enten fordi disse enheder ikke er hjemmehørende i en medlemsstat, fordi de ikke er stiftet under en af de former, som er omfattet af nævnte direktiv, fordi de ikke er omfattet af en af de skatter, der er opregnet i nævnte direktivs artikel 2, litra c), eller fordi de ikke har karakter af »moderselskab« og ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i samme direktivs artikel 3.”

Præmis 103

”Den kunstige karakter af et arrangement kan ligeledes underbygges ved, at den pågældende koncern er tilrettelagt således, at det selskab, der modtager det udbytte, der betales af debitorselskabet, selv skal videreudlodde dette udbytte til et tredje selskab, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktiv 90/435, hvilket medfører, at dette selskab alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, når det opererer som gennemstrømningsselskab for at muliggøre pengestrømmen fra debitorselskabet til den enhed, som er de overførte beløbs retmæssige ejer.”

Præmis 104

”Den omstændighed, at et selskab opererer som gennemstrømningsselskab, kan godtgøres, såfremt selskabets eneste aktivitet er at modtage udbyttet og videreudlodde det til den retmæssige ejer eller til øvrige gennemstrømningsselskaber. Den manglende faktiske økonomiske aktivitet skal i denne henseende i lyset af de særlige kendetegn ved den pågældende økonomiske aktivitet udledes af en undersøgelse af samtlige relevante elementer vedrørende bl.a. driften af

selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og det udstyr, som det råder over.”

Præmis 105

”Der kan endvidere findes holdepunkter for, at der foreligger et kunstigt arrangement, i den omstændighed, at der findes forskellige kontrakter mellem de selskaber, der er involveret i de omhandlede finansielle transaktioner, som giver anledning til pengestrømme inden for koncernen, samt i fremgangsmåden for transaktionernes finansiering, i vurderingen af de mellemliggende selskabers egenkapital og i gennemstrømningsselskabernes manglende beføjelser til at råde økonomisk over det modtagne udbytte. I denne henseende er det ikke alene en kontraktuel eller juridisk forpligtelse for det selskab, der modtager udbyttet, til at videreudlodde det til tredjemand, der kan udgøre et sådant holdepunkt, men ligeledes den omstændighed, at dette selskab, uden at være bundet af en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse, »substantielt«, således som den forelæggende ret har anført det, ikke har rettighederne til at bruge og nyde dette udbytte.”

Præmis 106

”Sådanne holdepunkter kan i øvrigt bestyrkes i tilfælde af sammenfald eller tidsmæssig nærhed mellem på den ene side ikrafttrædelsen af ny vigtig skattelovgivning, såsom den i hovedsagerne omhandlede danske lovgivning eller den i nærværende doms præmis 51 nævnte amerikanske lovgivning, og på den anden side iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncern.”

Bilag 9 - Præmisser fra EU-domstolens afgørelse af sagerne C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 om renter

Præmis 83

”For det første ønsker de forelæggende retter med det første spørgsmål, litra a)-c), i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 oplyst, hvilken fortolkning der skal anlægges af begrebet »retmæssig ejer« som omhandlet i artikel 1, stk. 1 og 4, i direktiv 2003/49. For det andet ønsker de forelæggende retter med det andet spørgsmål, litra a) og b), og det tredje spørgsmål i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 nærmere bestemt oplyst, om den bekæmpelse af svig eller misbrug, der er tilladt i medfør af artikel 5 i direktiv 2003/49, forudsætter, at der findes en national eller overenskomstmæssig anti-misbrugsbestemmelse som omhandlet i nævnte artikels stk. 1. De forelæggende retter ønsker navnlig oplyst, om en national eller overenskomstmæssig bestemmelse, der indeholder begrebet »retmæssig ejer«, kan anses for at udgøre et retsgrundlag, der gør det muligt at bekæmpe svig eller retsmisbrug.”

Præmis 88

”Begrebet »retmæssig ejer« som omhandlet i dette direktiv skal derfor fortolkes således, at det betegner en enhed, som reelt modtager de renter, som betales til den. Direktivets artikel 1, stk. 4, bestyrker denne henvisning til den økonomiske realitet, idet det heri præciseres, at et selskab i en medlemsstat kun anses for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.”

Præmis 89

”Hvor visse sprogversioner af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, såsom den bulgarske, den franske, den lettiske og den rumænske, anvender udtrykket »modtager« [o.a.: svarende til på fransk »bénéficiaire«], anvender de øvrige sprogversioner, således som det fremgår af nærværende doms præmis 10, udtryk såsom »den faktiske modtager« [o.a.: svarende til på fransk »bénéficiaire effectif«] (den spanske, den tjekkiske, den estiske, den engelske, den italienske, den litauiske, den maltesiske, den portugisiske og den finske sprogversion), »den retmæssige ejer«/»den, som har brugsretten« [o.a.: svarende til på fransk »propriétaire«/»celui qui a le droit d'utiliser«] (den tyske,

den danske, den græske, den kroatiske, den ungarske, den polske, den slovakiske, den slovenske og den svenske sprogversion), eller »den, som i sidste ende har retten« [o.a.: svarende til på fransk »celui qui a droit en dernier lieu« (den nederlandske sprogversion). Anvendelsen af disse forskellige udtryk vidner om, at udtrykket »modtageren« ikke tager sigte på en modtager, der identificeres formelt, men derimod på den enhed, som økonomisk set modtager de oppebårne renter og derfor har mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf. I overensstemmelse med det i nærværende doms præmis 86 nævnte kan alene en enhed med hjemsted i EU udgøre den retmæssige ejer af renter, som kan være omfattet af den fritagelse, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49.”

Præmis 91

”Sagsøgerne i hovedsagerne har gjort gældende, at en fortolkning af begrebet den »retmæssige ejer af [...] renter eller royalties« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49 i lyset af OECD’s modelbeskatningsoverenskomst og de dertil hørende kommentarer ikke kan tillades, idet en sådan fortolkning ville være uden demokratisk legitimitet. Dette argument kan imidlertid ikke tiltrædes, idet en sådan fortolkning, selv hvis den er inspireret af OECD’s tekster, sker på grundlag af direktivet – således som det fremgår af nærværende doms præmis 85-90 – der såvel i sig selv som i sin lovgivningsmæssige tilblivelseshistorie afspejler EU’s demokratiske proces.”

Præmis 92

”Det fremgår således af OECD’s modelbeskatningsoverenskomst og de dertil hørende kommentarer, således som disse er gengivet i nærværende doms præmis 4-6, at begrebet »retmæssig ejer« hverken omfatter gennemstrømningselskaber eller er anvendt i en snæver teknisk forstand, men er anvendt med henblik på at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteundgåelse og skatteunddragelse.”