
**Gennemstrømning og misbrug i OECD's
modeloverenskomst og EU
- herunder begrebet "retmæssig ejer"**

Udarbejdet af: Dorota Smerek

Studienr.: 20115722

Vejleder: Thomas Rønfeldt



Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	3
1. INDLEDNING	5
2. EMNEVALG OG AFGRÆNSNING	7
3. METODE.....	9
4. UDEFRAKOMMENDE INDFLYDELSE PÅ NATIONAL SKATTERET	9
4.1. EU'S INDFLYDELSE PÅ NATIONAL SKATTERET	9
4.2. DOBBELTBESKATNINGSAFTALERS INDFLYDELSE PÅ NATIONAL SKATTERET	11
4.3. SAMMENFATNING	12
5. OECD'S MODELOVERENSKOMST	12
5.1. MISBRUG.....	14
5.2. GENNEMSTRØMNING.....	17
5.3. RETMÆSSIG EJER.....	17
5.3.1. "Retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 10.....	20
5.3.2. "Retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 11.....	25
5.3.3. "Retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 12.....	25
5.3.4. Sammenfatning	26
5.4. SAMMENFATNING	28
6. GENNEMSTRØMNING I SEKUNDÆR EU-RET	28
6.1. RENTE- ROYALTYDIREKTIVET	30
6.2. MODER-/DATTERSELSKABSDIREKTIVET.....	36
6.3. SAMMENFATNING	38
7. GENNEMSTRØMNING I TRAKTATEN	40
7.1. OM SKATTEPLANLÆGNING.....	40
7.2. MISBRUG.....	42
7.3. RENT KUNSTIGE ARRANGEMENTER.....	46
7.4. TVINGENDE HENSYN.....	50
8. GENNEMSTRØMNING I EU.....	53
9. KONKLUSION.....	56
LITTERATURLISTE	61

Abstract

This study investigates how OECD's model tax convention and EU law tackles the issue of abuse of the rights contained in the OECD's model tax convention and the EU law respectively. The problem formulation in this study is as follows: How does the OECD and the EU tackle the abuse of the rights and the conduit arrangements and how does the OECD's concept of "beneficial ownership" fit in the EU?

In the study the OECD's model tax convention and the commentaries are analysed, followed by an analysis of the EU law. The study of the EU law is based on an analysis of three directives: Council Directive 2003/49/EC of June 3rd, 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States; Council Directive 2011/96/EU of November 30th, 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States with the changes made in Council Directive (EU) 2015/121 of January 27th, 2015 amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States. Apart from the analysis of the directives, an analysis of how the Court of Justice of the European Union (from now on the Court) deals with restrictive legislation in the different Member States has been developed. The analysis is made with the use of the Court rulings, but these are not fully reviewed. The focus is on the different paragraphs in the rulings, to show the state of the law. These investigations are leading to an answer of the problem formulation of this study.

The conclusion of this study shows that both the OECD and its model tax convention and the EU are aware of the challenges, which arise from abuse and conduit arrangements. Both the OECD and the EU try to eliminate the opportunities for abuse and still secure the goals and the spirit of the model tax convention and the EU. As the study shows, it is a challenging task as the freedom of movement opens new possibilities of this wrongdoing. The OECD and the EU are both trying to balance those two interests.

The study also examines the concept of “beneficial owner”. This concept originates from common law and therefore it does not make sense in all states. “Beneficial owner” was introduced in the OECD’s model tax convention in 1977, and is also included in the Council Directive 2003/49/EC of June 3rd, 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States. This study investigates, how well the concept fits in the EU. In the conclusion it is shown, that the concept is not well fitting within the EU, as the different Member States use different approaches to the concept and therefore it ends up with different variations of the definition of the concept.

1. Indledning

Den nationale (herunder danske) skatteret er udfordret af, at der på EU-plan foreligger en målsætning om at skabe et indre marked, som er baseret på fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser, varer og kapital. Denne traktatfæstede frie bevægelighed giver fysiske og juridiske personer mulighed for selv at vælge, hvor de vil etablere sig inden for den Europæiske Union. På trods af den stigende EU-harmonisering, er de enkelte medlemsstater fortsat selvbestemmende på området for direkte skatter. Skatteretten er nemlig underlagt en såkaldt "enstemmigheds majoritet", hvilket betyder, at medlemsstaterne skal være enige, før et tiltag kan vedtages. Skatteretten er et område, som har en stor betydning for medlemsstaternes indtægter. Da et harmoniseringstiltag kan medføre store ændringer i de enkelte landes skatteret og dermed påvirke landenes skattemæssige indtægter, er det udfordrende at vedtage harmoniseringstiltag på skatteområdet. Den sparsomme EU-harmonisering (det er lykkedes at vedtage visse direktiver) på området for direkte skatter bevirker til, at Traktaten (og de heri indeholdte frihedsrettigheder) har en stor betydning for fastlæggelsen af de nationale skatteregler.¹ Medlemsstaternes selvbestemmelse på skatterettens område skaber således også et spændingsfelt landene imellem.² Især på området for selskabsbeskatning er der opstået en konkurrence, som skyldes, at medlemslandene ønsker at tiltrække selskaber ved at skabe gunstige skattemæssige vilkår.³ Forskellene i de forskellige medlemsstaters skatteret og dermed beskatning af selskaber sammenholdt med en stigende globalisering fører til, at selskaberne har øget fokus på skatteplanlægning, da skat er en udgift, som selskaberne nu i en vis grad kan kontrollere.

Grænsen mellem lovlig skatteplanlægning og ulovlig misbrug kan være svær at drage. Skatteplanlægning på international plan giver selskaberne mulighed for at overføre pengestrømme i en koncern på den mest gunstige måde. Dette betyder

¹ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 23

² Stokholm, Jeppe; "EU skatteret", Forlaget Thomson, København, 2008, side 19

³ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 11

som regel, at selskaberne tænker kreativt for at opnå den lavest mulig beskatning.⁴ Selskabernes valg af struktur for driften afhænger af flere overvejelser. Blandt disse overvejelser findes der overvejelser af fiskal karakter. EU-domstolen har i flere sager anerkendt overvejelser af fiskal karakter således, at selskaberne lovligt kan vælge den struktur, som resulterer i lavest beskatning, jf. f.eks. sagerne C-255/02, Halifax m.fl., præmis 73, og C-425/06, Part Service Srl, præmis 47.⁵ Dette er dog ikke problemfrit for medlemslandene, da en sådan skatteplanlægning kan påføre store indkomstmæssige tab i forhold til den mistede ret til inddrivelse af skat for de enkelte lande. Medlemsstaterne forsøger således at værne sig mod tab af skatteindtægter ved at vedtage forskelligartede bestemmelser. Disse bestemmelser er ikke altid i overensstemmelse med EU-retten, da de ofte begrænser de traktatfæstede frihedsrettigheder, som medlemslandene skal overholde. Det er derfor en fin balancegang mellem på den ene side at værne om EU, dens mål og vision, samt på den anden side at værne om de enkelte medlemsstater og i dette tilfælde deres skatteindtægter.

Den stigende globalisering fører til flere og flere grænseoverskridende aktiviteter. Dette gælder ikke kun inden for EU, hvor der som nævnt er etableret et indre marked med fri bevægelighed. De grænseoverskridende aktiviteter rækker også ud over EU's grænser og dækker det globale plan. For at tilgodese denne stigende udvikling med grænseoverskridende aktiviteter har mange af verdens lande indgået de såkaldte dobbeltbeskatningsoverenskomster med hinanden for at forhindre dobbeltbeskatning. Langt de fleste af disse aftaler er baseret på OECD's modeloverenskomst, som er udarbejdet af OECD's Committee on Fiscal Affairs. Der findes mange dobbeltbeskatningsoverenskomster landende imellem, men alle lande har ikke indgået med alle verdens lande. Der er således stadig risiko for at et selskab bliver ramt af dobbeltbeskatning, hvis det har aktiviteter i to (eller flere) lande, som ikke har indgået overenskomster med hinanden.

⁴ Hansen, Anders Oreby; Bjørnholm, Nikolaj; "Lempelse af dobbeltbeskatning", Magnus Informatik A/S, København, 2002, side 67

⁵ Bundgaard, Jakob; Jensen, Dennis Ramsdahl; Winther-Sørensen, Niels; "Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten", Ex Tuto Publishing, København, 2015, side 55

2. Emnevalg og afgrænsning

Den stigende globalisering sammenholdt med de gunstige regler inden for det indre marked i EU, som er baseret på fri bevægelighed, og de mange dobbeltbeskatningsoverenskomster på verdensplan fører til tilfælde, hvor selskaberne skabe konstruktioner for at opnå de fordele, som følger af EU's frihedsrettigheder og dobbeltbeskatningsoverenskomster, og som de ellers ikke ville have ret til.

Afhandlingens formål er at belyse, hvordan spørgsmålet om misbrug igennem mellemliggende etableringer behandles på den EU-retlige plan og på området for dobbeltbeskatningsoverenskomster. For at gøre dette vil der blive lagt fokus på EU-retlig retspraksis samt forskelligartet litteratur i form af bøger og andre dokumenter. Der vil blive kigget på forskellige begreber, som vil blive sat op imod hinanden for at klarlægge, hvordan de to forskellige systemer takler problemet samt for at se, om der er ligheder i de metoder, som de anvender for at bekæmpe gennemstrømning.

Der vil i afhandlingen blandt andet blive kigget på begreberne "retmæssig ejer" og "misbrug" med det formål at belyse, hvad de hver især dækker over. Begrebet "retmæssig ejer" er et begreb, som stammer som fra OECD's modeloverenskomst, og er sidenhen blevet implementeret i visse EU-retlige direktiver. Det kan umiddelbart anses som en god idé at anvende ens begreber i EU og på området for dobbeltbeskatningsoverenskomster, da begge har en stor indflydelse på de nationale skatteregler. Anvendelsen af ens begreber ville forenkle forståelsen af de forskellige regler, som gælder på selskabsskatteområdet. Dette forudsat, at der anvendes samme definition af begrebet både i OECD's modeloverenskomsten samt i EU. Det er vigtigt at huske, at EU-retlige retskilder indgår i en hierarki med traktaten som den primære retskilde og de sekundære retskilder (afledt ret) i form af forordninger, direktiver og afgørelser. Dette betyder, at afledt ret skal fortolkes i overensstemmelse med traktatgrundlaget, jf. sag 218/82, Kommissionen mod Rådet, præmis 15, og må ikke pålægge strengere begrænsninger end, hvad

traktaten tillader.⁶ Traktaten anvender ikke begrebet "retmæssig ejer", men taler i stedet for om "misbrug". Fortolkningen af disse to begreber er derfor afgørende for at kunne fastlægge, om begrebet "retmæssig ejer" kan indeholdes i begrebet "misbrug", eller om den dækker over mere, og derfor er med til at sætte større begrænsninger end, hvad traktaten tillader. Hvis det sidste er tilfældet, er der på nuværende udviklingstrin ikke plads til begrebet "retmæssig ejer" i EU.

Alt overstående fører til følgende problemformulering:

Hvordan forholder OECD og EU sig til misbrug og gennemstrømning, og hvordan passer det i modeloverenskomsten anvendte begreb "retmæssig ejer" i EU på det nuværende udviklingstrin?

I afhandlingen vil der blive gennemgået afgørelser fra EU-Domstolen. Disse afgørelser vil blive gennemgået med henblik på begrebsdefinitioner samt afklaring af retsstillingen på visse afgrænsede områder. Sagernes resultater vil således ikke blive diskuteret, da dette ikke anses for at være relevant for denne afhandling.

For at nå frem til afhandlingens konklusion, som skal give et svar på den overstående problemformulering er det vigtigt at få en forståelse af de forskellige begreber på området for dobbeltbeskatningsoverenskomster og på det EU-retlige område. For at gøre dette vil der blive kigget på OECD's modeloverenskomst og kommentarer til denne for at vurdere, hvordan OECD forholder sig til gennemstrømning og misbrug. Efter denne gennemgang vil der blive kigget på, hvordan EU forholder sig til gennemstrømning og misbrug. Til sidst vil der blive udarbejdet en sammenfatning og konklusion med henblik på at besvare problemformuleringen.

⁶ Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael; "Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011, side 140

3. Metode

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode. Afhandlingens fokus er at beskrive og analysere gældende ret på national og international plan ved brug af forskellige retskilder. Til behandlingen af de valgte retskilder vil den juridiske metode blive anvendt.

4. Udefrakommende indflydelse på national skatteret

I dette afsnit vil der blive kigget på EU's indflydelse på medlemsstaternes national skatteret efterfulgt af en kort gennemgang af dobbeltbeskatningsaftalers betydning for de forskellige staters skatteret. På trods af, at de forskellige landes nationale skatteret ikke vil blive gennemgået i denne afhandling, er dette afsnit relevant for at få en forståelse af den påvirkning, som national skatteret er under.

4.1. EU's indflydelse på national skatteret

Som nævnt ovenfor er området for beskatning kun sparsomt harmoniseret på det EU-retlige plan. På trods af dette spiller EU og fællesskabsretten en rolle ved fastlæggelsen og håndhævelsen af de nationale skatteregler. Fællesskabsrettens formål er at behandle EU som ét område, hvor retstilstanden ved grænseoverskridende aktiviteter er den samme, som hvis aktiviteten foregik i selskabets eller den fysiske persons hjemstat. Fysiske personer eller selskaber skal således ikke opleve besvær eller hindringer ved grænseoverskridende aktiviteter. Denne målsætning, så godt som den lyder i teori, er dog ikke uproblematisk at håndhæve i praksis.⁷

Udover muligheden for at harmonisere området for direkte skatter via vedtagelse af fællesskabsretten, kan EU-retten også påvirke området, når tvister forelægges domstolene, og EU's forrangsprincip træder i spil. Da området for

⁷ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 22

direkte skatter er kun sparsomt harmoniseret, bliver området i en høj grad påvirket af Traktaten og de heri indeholdte frihedsrettigheder. EU-Domstolen har i en række sager taget stilling til det EU-retlige forrangsprincip. En sag, som med fordel kan nævnes i denne sammenhæng, er sag C-6/64, Costa mod Enel, som er en af de første sager, hvor EU-Domstolen har taget stilling til forrangsprincippet. I afgørelsen når Domstolen frem til, at *"hvis fællesskabsretten som følge af senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af de i traktatens artikel 5, stk. 2 omhandlede mål i fare og ville indebære en efter artikel 7 forbudt forskelsbehandling"*, jf. sag C-6/64, Costa mod Enel.⁸ Dette betyder, at EU-Domstolen ikke vil tillade en national lovgivning, som vil give fællesskabsretten en anden gyldighed end den, som var tiltænkt, da dette ville i sidste ende medføre, at EU's mål og værdier ikke vil kunne forfølges. Domstolen lægger i denne afgørelse også vægt på, at medlemsstaterne *"har accepteret [retsordenen] på gensidig basis"* [egen tilføjelse], hvilket også taler imod national lovgivning, som strider imod fællesskabsretten, jf. sag C-6/64, Costa mod Enel.⁹ I sager bragt for EU-Domstolen, vil Domstolen således tillægge EU-retten forrang frem for den nationale lovgivning.

I en senere sag, nemlig sag C-106/77, Simmenthal, fastholder EU-Domstolen det i sag C-6/64, Costa mod Enel, fastlagte forrangsprincip. I afgørelsen udtaler Domstolen, at *"fællesskabsrettens regler skal udfolde deres virkninger fuldt ud og ensartet i alle medlemsstater fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode"*, jf. sag C-106/77, Simmenthal, præmis 14. Her lægger Domstolen vægt på, at fællesskabsretten skal have samme virkning i enhver medlemsstat og i al den tid, hvor retsordenen er gældende. Dette betyder, at medlemsstaterne ikke ved en senere national lovgivning kan tilsidesætte eller ændre betydningen af den vedtagne fællesskabsret. I afgørelsens præmis 17, udtaler Domstolen yderligere, at enhver modstridende national lovgivning vil

⁸ Sag C-6/64, Costa mod Enel, side 535, under overskriften "Indsigelse støttet på dommerens forpligtelse til at anvende den nationale lov"

⁹ Sag C-6/64, Costa mod Enel, side 535, under overskriften "Indsigelse støttet på dommerens forpligtelse til at anvende den nationale lov"

blive uanvendelig, og *"at nye nationale love ikke gyldigt kan udstedes, i det omfang de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne"*, jf. princippet om fællesskabsrettens forrang, jf. sag C-106/77, Simmenthal, præmis 17.

På baggrund af de to sager kan det konkluderes, at EU-Domstolen vil tillægge fællesskabsretten forrang frem for de nationale regler. Domstolen har også i sag C-264/96, ICI, udtalt, at på trods af, at direkte beskatning ligger under medlemsstaternes kompetence, skal medlemsstaterne også på dette område overholde fællesskabsretten, jf. sagens præmis 19. Det kan derfor også siges, at EU-Domstolen placerer fællesskabsretten på det øverste trin i retskildehierarkiet, hvorfor de nationale regler vil blive tilsidesat efter *lex superior* princippet.¹⁰ Da denne afhandlings fokus er på den skatteretlige område, kan det her konkluderes, at EU-Domstolen vil tilsidesætte enhver bestemmelse på den skatteretlige område, som måtte stride imod fællesskabsretten, eller som måtte sætte hindringer for fællesskabsrettens formål.

4.2. Dobbeltbeskatningsaftalers indflydelse på national skatteret

Selskabers mulighed for at flytte den skattepligtige indkomst til lande med mere fordelagtige skatteregler begrænser sig ikke kun til det indre marked inden for EU. En række lande på verdensplan har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster, som udvider selskabers mulighed for at etablere sig mest fordelagtigt. De indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster sikrer nemlig, at der ikke sker en dobbeltbeskatning af samme indkomst. Disse overenskomster er dog også med til at sikre, at der ikke sker en dobbelt ikke-beskatning, og kan hermed samtidigt anses for at være værn mod tab forårsaget af selskabers skatteplanlægning.

Som led i formålet med at sikre, at der ikke sker en dobbeltbeskatning eller en dobbelt ikke-beskatning af samme indkomst, er

¹⁰ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 30

dobbeltbeskatningsoverenskomster et redskab til at fordele beskatningsretten. Aftalerne påvirker derfor den nationale skatteret, idet de forrykker landenes ret til beskatning. Retten til beskatning som hjemlet i national lovgivning kan således være frafaldet ved en dobbeltbeskatningsoverenskomst.¹¹

4.3. Sammenfatning

Både EU's regler om fri bevægelighed og de landene imellem indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster giver selskaberne mulighed for at være med til at bestemme, hvordan deres skattepligtig indkomst bliver beskattet. Dette gør de ved at etablere sig der, hvor de mener, at det er mest fordelagtigt for selskabet både på baggrund af fiskale og andre overvejelser, og ved at anvende forskellige selskabskonstruktioner. Selskaber i en koncern kan således placere deres fradrag der, hvor selskabsskattesatsen er høj (som f.eks. i Danmark) og rykke overskud til lande, hvor selskabsskattesatsen er lav (som f.eks. Luxembourg) for således at styre sin skattebetaling. Særligt de forskellige selskabskonstruktioner er skattemyndighederne i medlemslandene opmærksomme på – herunder med en øget fokus på mellemliggende etableringer. Myndighederne arbejder på at få underkendt visse selskabskonstruktioner, da de kan anvendes til at omgå skattereglerne ved at udnytte de traktatfæstede frihedsrettigheder og de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Da retsområdet for de direkte skatter som nævnt er kun sparsomt harmoniseret, står medlemsstaterne over for den udfordring, at der på den ene side er de traktatfæstede frihedsrettigheder samt dobbeltbeskatningsoverenskomster, som de skal respektere, og på den anden side er der et ønske til at værne om de enkelte landes skatteindtægter.

5. OECD's modeloverenskomst

I dette afsnit vil der blive kigget på OECD's modeloverenskomst, og hvordan denne forholder sig til udfordringen med misbrug og gennemstrømning.

¹¹ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 20

OECD's modeloverenskomsts fokus er området for dobbeltbeskatning. International dobbeltbeskatning kan anses for at være en hindring for selskabers internationale aktiviteter, da de ved sådanne vil risikere at blive beskattet to gange af samme indkomst, nemlig en gang i domicillandet af alt indkomst (både indenlandsk og udenlandsk) og derefter en gang i kildelandet af det indkomst, som er oppebåret der. Dobbeltbeskatningsoverenskomster er derfor af stor betydning for de internationale forhold samt for de berørte selskaber. Uden disse overenskomster ville selskaberne skulle affinde sig med en dobbeltbeskatning, da de enkelte lande, af hensyn til eget skatteprovenu, ikke ville være tilbøjelige til at reducere eller ophæve deres beskatningsret. Dobbeltbeskatningsoverenskomster er overenskomster indgået oftest mellem to lande (men kan forekomme mellem flere lande), der forhindrer en international dobbeltbeskatning (og international dobbelt ikke-beskatning), som ellers ville indtræde, hvis det kun var de nationale regler, der gjaldt på området.

OECD's modeloverenskomst er udarbejdet af OECD's Committee on Fiscal Affairs, og danner et udgangspunkt i udarbejdelsen af de enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dette gælder overenskomster mellem OECD-lande, men også overenskomster mellem lande, der er uden for denne kreds.¹² Det er vigtigt at have in mente, at OECD's modeloverenskomsts formål er at danne et grundlag for de forskellige dobbeltbeskatningsoverenskomster. Modeloverenskomsten og kommentarerne til denne er ikke folkeretligt bindende, hvilket betyder, at der ikke kan støttes ret direkte på modeloverenskomsten. På trods af dette spiller modeloverenskomsten og dennes kommentarer en central rolle ved fortolkningen af de forskellige dobbeltbeskatningsoverenskomster. Der er således også i dansk retspraksis direkte blevet henvist til OECD's modeloverenskomsten både i forbindelse med fortolkningsspørgsmål angående dobbeltbeskatningsoverenskomster,¹³ men

¹² "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 5

¹³ jf. eksempelvis Tfs 1992.291 Ø, Tfs 1993.7 H, Tfs 2003,222 H

endda også i forbindelse med fortolkningen af dansk skatteret.¹⁴ OECD's modeloverenskomst spiller en afgørende rolle i skatteretten på trods af, at der er usikkerhed om, hvordan modeloverenskomsten bør placeres i forhold til Wienerkonventionens artikler 31 og 32 om fortolkning af traktater.¹⁵ Denne usikkerhed vil dog ikke blive uddybet yderligere i denne fremstilling, ligesom de danske sager, som er nævnt som eksempler ikke vil blive gennemgået, da de ikke er relevante for denne afhandling, men tjener kun som eksempler for påstanden.

I det følgende vil der blive kigget på, hvordan OECD og modeloverenskomsten forholder sig til misbrug. Efterfølgende vil der blive sat fokus på gennemstrømning og begrebet "retmæssig ejer", og der vil blive givet et bud på, hvordan begrebet "retmæssig ejer" skal forstås i lyset af OECD's modeloverenskomst. I gennemgangen bliver 2014-versionen af OECD's modeloverenskomst og kommentarerne til denne anvendt. Hvor tidligere versioner af modeloverenskomsten bliver nævnt, vil der være en henvisning i fodnoten til den pågældende version.

5.1. Misbrug

I Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1 er der lagt vægt på udfordringerne, som kan opstå ved misbrug af modeloverenskomsten. Først og fremmest præciseres der her, at *"hovedformålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er, ved fjernelse af international dobbeltbeskatning, at fremme udvekslingen af varer og tjenesteydelser og kapitalens og fysiske og juridiske persons bevægelighed."*, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 7.¹⁶ Dette hovedformål skal nås ved at fjerne dobbeltbeskatning. I samme punkt nævnes det, at formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er også at hindre skatteundgåelse og skatteunddragelse. Det er derfor af afgørende betydning for OECD at fremme

¹⁴ jf. eksempelvis Tfs 1993.7 H, Tfs 1994.184 H, Tfs 1996.715 Ø

¹⁵ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 6

¹⁶ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 58

tiltag, som på samme tid fremmer den frie bevægelighed og forhindrer skattesnyd. Det er en udfordring at opnå begge mål i deres fulde styrke, da tiltag ved det ene mål kan "spænde ben for" tiltag ved det andet mål. Dette forholder sig sådan, fordi foranstaltninger der har til formål at hindre skattesnyd, samtidig er med til at sætte hindringer for den frie bevægelighed. Omvendt vil en fuldstændig fri bevægelighed skabe frie rammer for skattesnyd. OECD medlemslandene skal derfor balancere de to mål overfor hinanden.

OECD erkender, at risikoen for misbrug er øget i takt med udbredelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 8. Her beskrives det, at selskaber ved anvendelse af "kunstfærdige juridiske konstruktioner" kan uberettiget opnå skattefordele. Det bliver ikke yderligere præciseret, hvad der menes med "kunstfærdige juridiske konstruktioner", men i kommentarernes pkt. 9, er der skitseret to eksempler af det i pkt. 8, beskrevne misbrug, hvorfra det kan udledes, hvad der menes med dette. I det første eksempel er der tale om en person, der *"disponerer gennem en juridisk enhed, der er oprettet i en stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til overenskomsten, som ikke ville kunne opnås af personen direkte."*, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 9.¹⁷ Fra dette eksempel kan det udledes, at "kunstfærdige juridiske konstruktioner" er juridiske konstruktioner, hvis oprettelse bygger på det overvejende formål, at opnå en fordel, som ellers ikke ville kunne opnås. I det andet eksempel er der tale om en fysisk person, som *"væsentligst for at sælge aktierne og undgå beskatning af kapitalgevinster i denne stat i forbindelse med salget ..., overfører sin faste bolig til den anden kontraherende stat, hvor sådanne gevinster er undergivet lav eller ingen beskatning."*, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 9.¹⁸ Her er der tale om en person, der vælger at flytte sit skattemæssige hjemsted kun med det formål at sælge sine aktier og ved andet hjemsted opnå en lavere eller ingen beskatning, end hvad vedkommende vil blive pålagt i sin oprindelige hjemstat. I begge eksempler

¹⁷ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 58

¹⁸ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 58-59

anvendes ordet "væsentligst", når der tales om formålet med konstruktionen. Dette betyder, at hvis det altovervejende hovedformål med konstruktionen er at opnå en gevinst, som ellers ville være udelukket, på trods af at der også ligger andre overvejelser bag handlingen, kan konstruktionen blive anset for at være en "kunstfærdig juridisk konstruktion". Det er således altafgørende at fastlægge hovedformålet med konstruktionen.

OECD er i Kommentarerne til modeloverenskomsten klar i sin holdning til, at i tilfælde af misbrug af overenskomsterne, er staterne ikke forpligtede til at indrømme de fordele, der følger af disse overenskomster, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 9.4. Der lægges dog også stor vægt på, at der ikke er adgang til uden videre at antage, at der foreligger misbrug af overenskomsten. Det er afgørende at fastlægge, at hovedformålet med konstruktionen er at sikre skattemæssige fordele, og at dette er *"i strid med formålet og hensigten med de relevante bestemmelser."*, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 9.5.¹⁹ En ubegrænset adgang til at afvise indrømmelse af overenskomsters fordele ville være en alvorlig indgriben i de rettigheder, som følger af disse overenskomster. Ved en sådan ubegrænset adgang vil formålet med OECD's modeloverenskomst og de indgåede overenskomster ikke kunne føres ud i livet. Det skal derfor sikres, at der er en balance mellem formålet om at fjerne dobbeltbeskatning og hermed fremme en fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, kapital og fysiske og juridiske personer og på den anden side formålet om at hindre skatteundgåelse og skatteunddragelse.²⁰

OECD understreger i sine kommentarer til modeloverenskomsten, at der ud over de nationale anti-misbrugsbestemmelser også er behov for værns-bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 9.6. der er mange former af misbrug, og de kan ikke alle afhjælpes med samme bestemmelser eller tiltag. Der vil i det

¹⁹ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 59

²⁰ Disse formål kan læses i Kommentarerne til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 7

følgende blive givet en kort præsentation af gennemstrømning, hvorefter begrebet "retmæssig ejer" vil blive gennemgået. Begrebet "retmæssig ejer" er blevet tilføjet til modeloverenskomstens artikel 10, artikel 11 og artikel 12 for at tage hånd om visse tilfælde for skatteundgåelse.

5.2. Gennemstrømning

Gennemstrømningsselskaber (conduit companies) anvendes med henblik på uretmæssigt at opnå en skattemæssig fordel, der ellers ikke ville være en mulighed. Der kan her være tale om to selskaber, der gerne vil drage nytte af en dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået af en af disse selskabers hjemstat med en tredje stat. Anvendelse af gennemstrømningsselskaber er en uretmæssig brug af dobbeltbeskatningsoverenskomster og er genstand for en bred international bekymring, jf. Kommentarer til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 11. Ved anvendelse af gennemstrømningsselskaber er der mulighed for at "Treaty-Shopper", som betyder, at skatteyderne "shopper" imellem for dem mest fordelagtige dobbeltbeskatningsoverenskomster og interne nationale regler for derigennem at "skræddersy" den bedste skattemæssige løsning.²¹ Brug af gennemstrømningsselskaber kan anses for at være misbrug af de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Med tilføjelsen af begrebet "retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 10, artikel 11 og artikel 12, er der blevet sat en hindring op mod brugen af gennemstrømningsselskaber. Begrebet "retmæssig ejer" som indeholdt i de tre bestemmelser vil blive gennemgået i det følgende.

5.3. Retmæssig ejer

Begrebet "retmæssig ejer" (beneficial owner) stammer fra OECD's modeloverenskomst. Begrebet har ikke været en del af overenskomsten fra dens begyndelse, men er blevet tilføjet i 1977-revisionen af modeloverenskomsten.²² Modeloverenskomsten og kommentarerne til denne er siden 1977-revisionen,

²¹ Michelsen, Aage; "International Skatteret", Forlaget Thomson, København, 2003, side 420

²² Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 1

blevet revideret flere gange, hvor kommentarerne om begrebet ligeledes er blevet udvidet.²³ På trods af, at begrebet "retmæssig ejer" er behandlet i kommentarerne til modeloverenskomsten, findes der ikke en enegyldig definition af begrebet.²⁴

Den manglende definition af begrebet "retmæssig ejer" medfører, at der kan opstå tvivl omkring anvendelsen og fortolkningen af de forskellige bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, som anvender begrebet. En af udfordringerne ved at definere begrebet er, at begrebet stammer fra common law retstraditioner, hvilket medfører, at begrebet ikke på samme måde giver mening i civil law lande såsom Danmark. Forskellen mellem disse retstraditioner ligger i placeringen af ejendomsretten. I common law retstraditionen sondres der typisk mellem økonomisk og juridisk ejerskab, mens der i Danmark samt i flere andre civil law lande lægges til grund, hos hvem i den civilretlige forstand hovedparten af de sædvanlige ejerbeføjelser ligger. I Danmark ligger den samlede ejendomsret derfor som hovedregel hos samme person, mens ejendomsretten i common law retstraditionen kan være placeret hos flere forskellige personer alt efter, om der er tale om juridisk eller økonomisk ejendomsret. Begrebet "retmæssig ejer" vedrører i common law retstraditionen det økonomiske ejerskab.²⁵ Forskellene mellem common law og civil law retstraditioner vil ikke yderligere blive kommenteret i denne afhandling.

Udover den udfordring, som de forskellige retstraditioner skaber, foreligger der en udfordring i at definere begrebet "retmæssig ejer" på samme måde på tværs af landegrænserne og på tværs af de forskellige dobbeltbeskatningsoverenskomster. Ved fortolkningen af de forskellige overenskomster anvendes der ikke en dynamisk fortolkning. Aftalerne fortolkes derimod i overensstemmelse med, hvad der var gældende på tidspunktet for

²³ Winther-Sørensen, Niels; Bundgaard, Jakob; Wittendorff, Jens; mfl. "Skatteretten 3", Karnov Group, København, 2013, side 244

²⁴ Winther-Sørensen, Niels; Bundgaard, Jakob; Wittendorff, Jens; mfl. "Skatteretten 3", Karnov Group, København, 2013, side 243

²⁵ Winther-Sørensen, Niels; Bundgaard, Jakob; Wittendorff, Jens; mfl. "Skatteretten 3", Karnov Group, København 2013, side 242

indgåelsen af aftalen. Dette skyldes, at i de fleste lande, heriblandt Danmark, vedtages dobbeltbeskatningsaftaler ved lov, og nye begrebsdannelser vil derfor kræve en lovændring. Nye begrebsdannelser medtages derfor ikke i fortolkningen af de allerede eksisterende aftaler. Fortolkningen af dobbeltbeskatningsaftaler bærer dog også et præg af dynamisk fortolkning, da der i fortolkningen kan anvendes nye fortolkningsbidrag til støtte for fortolkningen. Spørgsmålet om fortolkning af dobbeltbeskatningsaftaler vil ikke yderligere behandles i denne afhandling.

Siden indførelsen af begrebet "retmæssig ejer" i OECD's modeloverenskomst i 1977, er både modeloverenskomsten og kommentarerne til denne som nævnt blevet revideret. I disse revisioner er begrebet "retmæssig ejer" ligeledes blevet revideret. En bemærkelsesværdig for begrebet revision skete i år 2003, hvor der blev lagt fokus på, at udvide forståelsen af begrebet, så det nu skal forstås og "*ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål*", jf. for eksempel OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.²⁶ Begrebet skal således ikke fortolkes i en "snæver teknisk betydning", jf. samme kommentar. Dette leder til, at begrebet "retmæssig ejer" indeholdt i dobbeltbeskatningsaftaler indgået efter 2003 fortolkes bredere end samme begreb indeholdt i aftaler indgået mellem 1977 og 2003.²⁷

Begrebet "retmæssig ejer" er anvendt i OECD's modeloverenskomsts artikel 10 om udbytter, artikel 11 om renter, og artikel 12 om royalties. Modeloverenskomstens tekst giver i sig selv ikke noget forklaring på, hvad begrebet "retmæssig ejer" dækker over, og hvilke kriterier der skal være opfyldte for at blive anset for at være en retmæssig ejer af udbytter, renter eller royalties. Der skal derfor kigges på kommentarerne til modeloverenskomsten for at danne sig et klarere indtryk af begrebet. Dette vil blive gjort i det følgende.

²⁶ "OECD's modeloverenskomst 2010 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Magnus Informatik, København, 2010, side 135

²⁷ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, sider 4-5

5.3.1. "Retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 10

Det fremgår af kommentarerne til modeloverenskomsten, at *"Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i art. 10, stk. 2, for at tydeliggøre betydningen af ordene "betalt til en person, der er hjemmehørende", således som de anvendes i artiklens stk. 1."*, jf. OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.²⁸ Dette betyder, som det også fremgår af den efterfølgende tekst i kommentaren, at det på grund af den negative udvikling med misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke længere er tilstrækkeligt at skrive, at kildestatens pligt til at give afkald på retten til beskatning af udbytter bliver aktuel, når udbyttet bliver overført til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat (med kontraherende stat menes en stat, som der er indgået en overenskomst med). Ved den tidligere version af modeloverenskomsten, hvor begrebet "retmæssig ejer" endnu ikke er blevet introduceret, kunne man undgå beskatning af udbytte i kildestaten, på trods af, at udbyttet retmæssigt skulle udbetales til en person, som ikke var hjemmehørende i en kontraherende stat. I de tilfælde blev udbyttet først udbetalt til en person, der var hjemmehørende i en kontraherende stat, hvorefter det samme udbytte ville blive overført til den person, som det oprindeligt var ment udbetalt til. En sådan konstruktion er uønsket og understreger nødvendigheden af en præcisering af reglerne, så muligheden for misbrug mindskes. Dette er også beskrevet i OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.3: *"Det ville ligeledes ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle indrømme lempelse af eller fritagelse for skat i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som agent eller mellemmand, blot fungerer som "gennemstrømningsenhed" (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst."*, jf. OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.3.²⁹ Her lægger OECD i sine kommentarer vægt på, at gennemstrømningsenheder ikke accepteres. Når der således er tale om en gennemstrømningsenhed, skal den indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst tilsidesættes, og der skal således

²⁸ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 146

²⁹ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 147

pålægges en skat, som der ellers ikke ville være hjemmel til, hvis dobbeltbeskatningsaftalen var gældende for forholdet.

Problematikken med gennemstrømningsselskaber er ikke ny, og har ligeledes været behandlet af Committee on Fiscal Affairs, hvilket resulterede i rapportens "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies". Her adresseres der problematikken forbundet med gennemstrømningsselskaber, og Committee on Fiscal Affairs giver i rapporten bud på værn mod misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomster ved brug af gennemstrømningsselskaber. Rapporten konkluderer, at gennemstrømningsselskaber normalt ikke kan anses for at være den retmæssige ejer af udbytter, renter eller royalties.³⁰ Dette fremgår også af OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.3, som også refererer til rapporten. I rapporten bliver det også erkendt, at det ikke er uden udfordringer for staterne at bevise, at der er tale om et gennemstrømningsselskab, som ikke er den retmæssige ejer af udbetalingerne. Da denne afhandling ikke omhandler måder til bekæmpelse af misbrug, men blot illustrerer, hvordan "misbrug" forstås blandt andet i OECD's modeloverenskomst, vil værnsreglerne ikke yderligere blive kommenteret.

Som nævnt ovenfor skal begrebet "retmæssig ejer" ikke fortolkes "*i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål.*", jf. OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.³¹ Dette er en citat fra 2010-versionen af modeloverenskomsten. Denne formulering er ændret en anelse i 2014-versionen. I den seneste version af modeloverenskomsten præciseres der, at begrebet skal fortolkes i sammenhæng med formålet for begrebets indførelse, som er "*at adressere de potentielle vanskeligheder ved anvendelsen af ordene "betalt til ... en hjemmehørende" i stk. 1*",

³⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", adopted by the OECD Council on 27 November 1986; OECD 2015, side R(6)-8

³¹ "OECD's modeloverenskomst 2010 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Magnus Informatik, København, 2010, side 135

jf. OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.1.³² Begrebet skal fortsat fortolkes i lyset af overenskomstens hensigt og formål, jf. OECD's kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.1, men der er nu også indsat denne præcisering, at begrebet også skal fortolkes i lyset af dets eget formål.

Angående kravet om, at begrebet ikke må fortolkes "i en snæver teknisk betydning, er det nu i 2014-versionen af OECD's modeloverenskomst og Kommentarerne til denne præciseret, at med "snæver teknisk betydning" menes betydning, som begrebet er tillagt i trustlovgivningen i de forskellige common law lande, jf. samme pkt.³³ Som nævnt ovenfor stammer udtrykket "retmæssig ejer" fra common law retstraditionen. Det bliver bemærket i kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 10, at der ved indførelsen af begrebet var mange stater, som ikke havde en lovgivningsmæssig definition af begrebet.³⁴ Der har således siden tilføjelsen af begrebet ved 1977-revisionen været et behov for en ensartet fortolkning af begrebet, som nu med 2014-versionen bliver gjort endnu mere præcist. Det kan derfor udledes af den nyeste version, at begrebet "retmæssig ejer" ikke skal forstås i lyset af den betydning, som begrebet måtte have i trustlovgivningen i flere common law lande, men skal forstås i lyset af OECD's modeloverenskomsten, hvilket vil sige i lyset af hensigten og formålet med modeloverenskomsten, samt i lyset af begrebets eget formål i modeloverenskomsten.

Udover den ovenfor skitserede udvidelse af kommentarerne til artikel 10 omhandlende begrebet "retmæssig ejer", er der kommet flere tilføjelser siden 2010-versionen. Der er således i den nyeste udgave udtalt, at en modtager, som direkte modtager udbyttet, ikke kan blive anset for at være en retmæssig ejer, hvis vedkommendes *"ret til at bruge og nyde udbytterne er begrænset af*

³² "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 146

³³ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, sider 146-147

³⁴ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 146

kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person.”, jf. OECD’s kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.4.³⁵ Det kan derfor om den retmæssige ejer siges, at hvis vedkommende har ret til at bruge og nyde udbyttet fuldt ud, og er således ikke bundet af nogen forpligtelser, hverken kontraktuelle eller juridiske, som pålægger vedkommende at viderebetale de modtagne udbytter til en anden, da anses personen for at være den retmæssige ejer af udbytterne, jf. samme pkt. i kommentarerne. Det kan være svært at bevise, om der er tale om en pålagt viderebetaling af det modtagne udbytte, eller om en evt. viderebetaling af dette er gjort som led i retten til at bruge og nyde udbytterne, da ikke alle kontraktuelle eller juridiske forpligtelser er offentligt kendte.

Det er ligeledes i 2014-versionen af modeloverenskomsten blevet tilføjet, at blot fordi en modtager af udbytter anses for at være en retmæssig ejer af disse, er det ikke ensbetydende, at modeloverenskomstens artikel 10, stk. 2, vil kunne finde anvendelse på vedkommende. Det præciseres i denne kommentar, at blot fordi der er tale om den retmæssige ejer, kan der stadig foreligge misbrug af overenskomsten, hvorfor dennes bestemmelser ikke skal indrømmes, jf. OECD’s kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.5. Det er her understreget, at kravet om retmæssig ejerskab kun omfatter visse former for misbrug. Det er således en vigtig pointe, som OECD’s Committee on Fiscal Affairs har fundet relevant at inkludere i denne revision af kommentarerne. Der henvises her til kommentarerne til overenskomstens artikel 1, som behandler misbrugs-problematikken. Disse kommentarer er gennemgået ovenfor i afsnit 5.1. Misbrug, og vil derfor ikke blive yderligere behandlet her.

Afsluttende om begrebet ”retmæssig ejer” i kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 10, står der, at fortolkningen af begrebet ”*må holdes adskilt fra den betydning, som begrebet har i andre sammenhænge,*[³⁶] der

³⁵ ”OECD’s modeloverenskomst 2014 – med kommentarer”, redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 147

³⁶ Som et eksempel på en anden sammenhæng, hvor begrebet bliver defineret, nævnes der her ”Financial Action Task Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation –

vedrører identifikationen af den person ..., som udøver den ultimative kontrol over enheder eller aktiver.”, [egen tilføjelse], jf. OECD’s kommentar til artikel 10 om beskatning af udbytte, pkt. 12.6.³⁷ Det vises her, at begrebet også er anvendt i andre sammenhænge end kun i OECD’s modeloverenskomsten, og at der på tværs af de forskellige sammenhænge ikke nødvendigvis anvendes en ensartet definition af begrebet. Det er således vigtigt, at der i fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne ikke anvendes andre definitioner end dem, som er indeholdt i OECD’s modeloverenskomsten og kommentarerne til denne. Som nævnt er de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster udarbejdet på baggrund af OECD’s modeloverenskomst, hvilket medfører, at modeloverenskomsten og kommentarerne anvendes som fortolkningsbidrag til de indgåede aftaler. Dette fortolkningsbidrag er således staternes sikkerhed i at forstå overenskomsterne og de deri indeholdte begreber på en ensartet måde. Hvis væsentlige begreber, såsom begrebet ”retmæssig ejer”, blev fortolket ved anvendelse af andre fortolkningsbidrag, som ikke er vedtaget af de kontraherende medlemsstater, ville det skabe en usikkerhed og uenighed mellem disse stater. Pkt. 12.6, i kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 10, er således en vigtig kommentar.

Sammenfattende om begrebet ”retmæssig ejer” som indeholdt i modeloverenskomstens artikel 10 kan det siges, at den retmæssige ejer af udbytter er en modtager, som frit kan bruge udbyttet, og som ikke er bundet af nogen forpligtelser, der pålægger vedkommende at viderebetale udbyttet til en anden. Begrebet skal fortolkes i sammenhæng med begrebets formål, samt i lyset af overenskomsten og dens formål og hensigt. Der må i fortolkningen af begrebet, som indeholdt i artikel 10, ikke inddrages andre definitioner af begrebet, som stammer fra andre sammenhænge.

The FATF Recommendations (OECD-FATF, Paris, 2012)” i ”OECD’s modeloverenskomst 2014 – med kommentarer”, redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, på side 148, fodnote 12

³⁷ ”OECD’s modeloverenskomst 2014 – med kommentarer”, redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 148

5.3.2. "Retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 11

Som nævnt tidligere er begrebet "retmæssig ejer" også nævnt i modeloverenskomstens artikel 11, som omhandler beskatning af renter. Begrebet er således også nævnt i kommentarerne til denne artikel. I 2010-versionen af OECD's modeloverenskomst og kommentarerne til denne, var der kun en sparsom beskrivelse af begrebet i kommentarerne til artikel 11, på trods af, at begrebet er nævnt i artiklen. I 2014-versionen er disse kommentarer udvidet, så det nu er mere klart, hvordan begrebet "retmæssig ejer" skal forstås i lyset af artikel 11. Disse kommentarer er dog i stor grad identiske med de ovenfor gennemgåede kommentarer til artikel 10, hvorfor de ikke vil blive gennemgået igen. Kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 11, som omhandler begrebet "retmæssig ejer" findes i pkt. 9 til pkt. 10.4. I det følgende vil der blive givet en kort sammenfatning af, hvordan begrebet skal forstås i lyset af artikel 11. For en mere dybdegående gennemgang henvises der her til gennemgangen af begrebet "retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 10.

Om "den retmæssige ejer", som indeholdt i modeloverenskomstens artikel 11, kan det siges, at for at blive anset for at være den retmæssige ejer af rentebetalingerne, skal vedkommende ubegrænset og uden pligt til at viderebetale renteudbetalingerne til en anden, kunne nyde og bruge disse renteudbetalinger. Begrebet skal fortolkes i lyset af artiklens kontekst, og der må således ikke anvendes andre fortolkninger, som måtte findes andre steder end i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst. Begrebet skal heller ikke fortolkes i en snæver teknisk forstand, men i lyset af overenskomstens formål og hensigt samt i lyset af formålet med begrebet.³⁸

5.3.3. "Retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 12

Den tredje bestemmelse, som begrebet "retmæssig ejer" er nævnt i, er modeloverenskomstens artikel 12, om beskatningen af royalties. I artikel 12, stk. 3, nævnes også begrebet "den berettigede ejer", når der henvises til den retmæssige ejer af royalties. Det vurderes her, at disse sproglige forskelle er

³⁸ OECD's kommentar til artikel 11, om beskatning af renter, pkt. 9-10.4

ubetydelige, og at begrebet "den berettigede ejer" dækker over det samme, som begrebet "retmæssig ejer" gør. Dette kan også ses i den engelske version af overenskomsten, hvor der ikke foreligger denne sproglige variation, men hvor begrebet "beneficial owner" nævnes begge steder.

Som i tilfældet med den overstående gennemgang af begrebet "retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 11, er kommentarerne til artikel 12, som omhandler begrebet identiske med kommentarerne til artikel 10, og artikel 11. Disse vil derfor ikke blive gennemgået i dybden i dette afsnit, men der henvises til gennemgangen af begrebet "retmæssig ejer" i modeloverenskomstens artikel 10. Begrebet "retmæssig ejer" er i kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 12 om beskatning af royalties, behandlet i pkt. 4 til pkt. 4.6. I det følgende vil der blive givet en kort sammenfatning af, hvordan begrebet skal forstås i lyset af artikel 12.

Om "den retmæssige ejer" i modeloverenskomstens artikel 12, kan det siges, at begrebet er indsat i bestemmelsen for at tydeliggøre bestemmelsen. Begrebet skal derfor fortolkes i overensstemmelse med dette formål, samt i overensstemmelse med formålet og hensigten med modeloverenskomsten. Der må ikke anvendes andre definitioner af begrebet, som måtte findes i andre sammenhænge end i modeloverenskomsten og kommentarerne til denne. "Den retmæssige ejer" defineres i bestemmelsen som én, der har den fulde ret til at nyde og bruge de udbetalte royalties. Vedkommende skal således ikke være bundet af nogen forpligtelser, hverken juridiske eller kontraktuelle, der måtte pålægge vedkommende at viderebetale de modtagne royalties til en anden.³⁹

5.3.4. Sammenfatning

Sammenfattende om gennemgangen af begrebet "retmæssig ejer" i OECD's modeloverenskomsts artikel 10, artikel 11 og artikel 12, kan siges, at der i 2014-versionen af modeloverenskomsten og kommentarerne er en klar sammenhæng i, hvordan begrebet i lyset af de tre bestemmelser skal forstås. Dette kommer til

³⁹ OECD's kommentar til artikel 12, om beskatning af royalties, pkt. 4-4.6

udtryk i, at kommentarerne er en gengivelse af hinanden. Kommentarerne til disse bestemmelser er i forhold til forståelsen af begrebet klart blevet udvidet og præciseret. OECD's Committee on Fiscal Affairs har sikret, at begrebet vil forstås ens på tværs af modeloverenskomstens bestemmelser, hvilket resulterede i kommentarer, der som sagt er en gengivelse af hinanden.

Begrebet "retmæssig ejer" er indført i modeloverenskomsten for at tydeliggøre, hvad der menes med ordene "betalt til en person, der er hjemmehørende", som indeholdt i de tre bestemmelser. Begrebet har således til formål at forhindre misbrug af nogle af de fordele, der følger af modeloverenskomsten. Det er i kommentarerne blevet præciseret, at begrebet kun modvirker én form for misbrug, og at der kan være tale om andre former for misbrug, som gør, at modeloverenskomstens fordele ikke skal gives på trods af, at der er tale om en retmæssig ejer af betalingerne.

For at blive anset for at være den retmæssige ejer af udbytter, renter eller royalties skal man som modtager have den fulde ret til at bruge og nyde udbetalingerne. Der skal således ikke foreligge en pligt (hverken kontraktuel eller juridisk) til at viderebetale disse udbetalinger til en anden. Gennemstrømningselskaber kan normalt ikke anses for at være den retmæssige ejer af udbetalinger.

Denne definition er ikke særlig præcis, og det er således fortsat en udfordring at påvise, om vedkommende kan anses for at være den retmæssige ejer af udbetalingerne. Der er derfor i kommentarerne indeholdt retningslinjer for, hvordan begrebet skal fortolkes. Begrebet skal fortolkes i lyset af sit formål i bestemmelserne, samt i lyset af modeloverenskomstens hensigt og formål, og den må ikke fortolkes i en snæver teknisk betydning. Det er i denne nye version blevet præciseret, hvad der menes med "en snæver teknisk betydning". "En snæver teknisk betydning" er den betydning, som begrebet tillægges i trustlovgivningen i de fleste common law lande. Disse lande må således ikke anvende deres lovgivningsmæssige definition af begrebet, men skal, når der er tale om dobbeltbeskatningsoverenskomster, fortolke begrebet i lyset af OECD's

modeloverenskomst og kommentarerne til denne. Begrebet må ikke fortolkes på andre måder end i lyset af modeloverenskomsten, og der må således ikke anvendes definitioner, som måtte eksistere i andre sammenhænge.

5.4. Sammenfatning

Sammenfattende om misbrug og gennemstrømning i OECD's modeloverenskomst kan det siges, at der er fuld opmærksomhed på problemet. Misbrug af overenskomsterne stiger i takt med udbredelsen af disse overenskomster, og det er svært at bekæmpe. OECD har i kommentarerne til artikel 1, lagt fokus på, hvordan misbrug skal bekæmpes både af de forskellige stater og bestemmelserne i overenskomsterne. Som led i bekæmpelsen af misbrug er begrebet "retmæssig ejer" introduceret i modeloverenskomstens artikel 10, artikel 11 og artikel 12. Begrebet bekæmper ikke alle former for misbrug, men rammer kun en del af det. Der kan derfor opstå tilfælde, hvor kravet om retmæssig ejerskab er opfyldt, men hvor der er tale om misbrug af overenskomsten.

6. Gennemstrømning i sekundær EU-ret

Sekundær EU-ret kaldes også afledt ret og omfatter forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser. Disse vedtages for at udøve Unionens beføjelser. Forordninger, direktiver og afgørelser er bindende, mens henstillinger og udtalelser er ikke bindende, jf. Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) artikel 288. De tre bindende sekundære retsakter skal begrundes og henvise til en hjemmel i traktaten, jf. TEUF artikel 263.⁴⁰ Da der senere i fremstillingen kommer til at være fokus på to af Unionens direktiver, vil der i det følgende være en kort gennemgang af, hvad et direktiv er. De fire andre sekundære retsakter vil dog ikke blive behandlet i denne fremstilling, da disse af uden relevans for denne.

⁴⁰ Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael; "Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011, side 158

Direktivets formål er at harmonisere retsstillingen i medlemslandene. De to direktiver, som bliver omtalt i det følgende har til formål at harmonisere området for beskatning af henholdsvis koncerninterne rente- og royaltybetalinger (rente-royaltydirektivet⁴¹ i afsnit 6.1.) og beskatning af udbytter betalt mellem moder- og datterselskaber (moder-/datterselskabsdirektivet⁴² i afsnit 6.2.). Der skelnes mellem to grader af harmonisering, nemlig minimumsharmonisering og totalharmonisering. Ved minimumsharmonisering fastlægger direktivet en minimumsgrænse, som tillader medlemsstaterne at gennemføre strengere regler, end de i direktivet indeholdte regler. Ved totalharmonisering fastlægger direktivet reglerne, og der overlades ikke mulighed for særlige nationale regler.⁴³

Som nævnt ovenfor er direktiver bindende, jf. TEUF artikel 288. Dette indebærer en forpligtelse for medlemsstaterne til at implementere direktivet i overensstemmelse med denne inden for den i direktivet fastsatte tidsfrist, jf. sag C-72/95, Kraaijeveld, præmis 55. Hvis et direktiv ikke bliver implementeret rettidigt, kan den blive umiddelbart anvendelig.⁴⁴ Dette betyder, at direktivets bestemmelser bliver anvendt i medlemsstaten uden nogen foranstaltninger fra medlemsstatens side. Den umiddelbare anvendelighed, som aktualiseres, hvis medlemsstaterne ikke implementerer direktivet i overensstemmelse med denne eller undlader helt at implementere denne, er en sikkerhed for borgerne, at direktivet alligevel er gældende. Medlemsstaterne kan derfor ikke komme

⁴¹ 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

⁴² Rådets Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (omarbejdning)

⁴³ Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael; "Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011, side 160-161

⁴⁴ Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael; "Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011, side 161

udenom et direktiv. Direktivers umiddelbare anvendelighed vil ikke yderligere behandles i denne fremstilling.

I det følgende vil rente- royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet blive gennemgået med henblik på at fastlægge, hvordan disse to direktiver forholder sig til gennemstrømning. Til sidst i dette afsnit vil der være en sammenfatning for at konkludere, hvordan sekundær EU-ret i form af de to direktiver forholder sig til gennemstrømning.

6.1. Rente- royaltydirektivet⁴⁵

Formålet med rente- royaltydirektivet er at sikre ens beskatningsvilkår for virksomheder med aktiviteter i flere medlemsstater. Dette formål søges sikret i direktivet ved at afskaffe dobbeltbeskatning af renter og royalties ved at etablere et fælles system for beskatning af disse, jf. direktivets præambel. Direktivet fritager betalinger af renter og royalties for skat, jf. direktivets artikel 1, stk. 1. Der er dog visse krav, der knytter sig til denne fritagelse for skat, og det er således ikke alle selskaber eller selskabskonstruktioner, der er omfattet af direktivet. Et af kravene er, at der skal være tale om associerede selskaber placeret inden for medlemsstaterne, jf. direktivets artikel 1, stk. 7, og stk. 8. Fritagelsen for skat gælder dog også kun for beløb inden for armslængdebeløbet, og det er kun op til dette beløb, at der fritages for skat, jf. direktivets artikel 4, stk. 2. En væsentlig betingelse, som knytter sig til modtageren af betalingerne, er, at der kræves, at modtageren af betalingerne er "den retmæssige ejer" af disse, jf. direktivets artikel 1, stk. 1. De her nævnte krav er med til at sikre, at direktivet anvendes i overensstemmelse med dets formål. Der er flere betingelser i direktivet, som dog ikke vil blive gennemgået her. På trods af disse betingelser kan der dog opstå forsøg på svig og misbrug. Dette er selvsagt utilsigtet og skal begrænses i videst muligt omfang. Der vil i det følgende blive kigget på begrebet "retmæssig ejer", og hvad det indebærer, fordi begrebet kan anses for at være en del af værnet mod svig og misbrug, idet det modvirker gennemstrømning.

⁴⁵ 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

Det har ikke altid været tanken, at der skulle opstilles et krav om, at modtageren af betalingerne skulle være den "retmæssige ejer" af disse. Dette er blevet tilføjet til forslaget i 1998, hvilket resulterede i indeholdelse af kravet i selve direktivteksten.⁴⁶ Kommissionen har formentlig valgt at medtage begrebet "retmæssig ejer" i det forslag, der resulterede i direktivet, fordi begrebet i 1977 er blevet introduceret af OECD modeloverenskomsten, og er siden denne introduktion og op til forslaget til direktivet i 1998 blevet anvendt i flere af de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Med denne udbredelse var der således allerede dannet erfaringer med begrebet. Disse erfaringer var på dette tidspunkt også dannet af Unionens medlemsstater, hvilket var fordelagtigt, hvis begrebet skulle introduceres i EU i rente- royaltydirektivet.⁴⁷ Formålet med anvendelsen af begrebet "retmæssig ejer" er at sikre, at direktivets fordele ikke uberettiget kan opnås ved en kunstigt indskudt mellemand.⁴⁸ Kunstigt indskudte mellemmænd agerer ofte som gennemstrømningsenheder, som har til formål at omgå reglerne og derved opnå en gevinst, som ellers ikke ville kunne opnås. Det kan for eksempel være selskaber fra et tredjeland, som ønsker at drage fordele af rente- royaltydirektivet, og derfor opretter et selskab i EU. Dette selskabs eneste formål er at skabe en konstruktion, som vil være omfattet af EU-retten og herunder rente- royaltydirektivet. Med OECD's introduktion af begrebet har Kommissionen haft mulighed for at diskutere nødvendigheden af en sådan beskyttelsesklausul i det kommende direktiv. Da Kommissionen valgte at medtage begrebet i direktivet, er begrebet blevet omdannet til et EU-retligt begreb, som skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, og der skal sikres en ensartet anvendelse af begrebet.

⁴⁶ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 218

⁴⁷ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 235

⁴⁸ COM(2009) 179 final, Report from the Commission to the Council in accordance with Article 8 of Council Directive 2003/49/EC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, side 3

Direktivet definerer begrebet "retmæssig ejer" således: "*Et selskab i en medlemsstat anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.*", jf. renteroyaltydirektivet, artikel 1, stk. 4. Af denne definition kan det udledes, at i tilfælde af, at det skal vurderes, om et selskab kan anses for at være en retmæssig ejer af renter eller royalties, lægges der vægt på, om disse betalinger er modtaget til selskabets eget brug. I den engelske version af renteroyaltydirektivet anvendes udtrykket "own benefit". Som Juan Lopez Rodiguez og Georg Kofler påpeger, stammer begrebet "retmæssig ejer" fra common law retstraditionen. Her skelnes der mellem juridisk og økonomisk ejerskab. De når frem til, at der med "own benefit" eller "eget brug" henvises til det økonomiske ejerskab. Dette betyder, at selskabet skal kunne nyde de økonomiske fordele af udbetalingerne.⁴⁹ Det er således afgørende at vurdere, om selskabet har råderetten over betalingerne, eller om denne råderet på en eller anden måde er begrænset. Af definitionen kan det ligeledes udledes, at hvis selskabet agerer som formidler, kan det ikke anses for at være den retmæssige ejer af betalingerne. I bestemmelsen er der også givet eksempler på begrebet "formidler", og det kan således konstateres, at agenter, mandatarer eller bemyndigede signatar anses for at være formidler, og kan derfor ikke være retmæssige ejere af renter eller royalties. Der er ikke givet en yderligere definition af begrebet "formidler", og brugen af udtrykket "herunder som" leder til, at de nævnte eksempler ikke er udtømmende. "Formidler" kan derfor også indtage en anden form, end dem i bestemmelsen oplistede.

Spørgsmålet om et kunstigt "conduit"-selskab (gennemstrømningsselskab) nogensinde kan anses for at være den retmæssige ejer af udbetalingerne bliver besvaret i Beretningen fra Kommissionen til Rådet KOM(2009) 179 endelig, hvor der står, at hele formålet med begrebet "retmæssig ejer" i direktivet er at "*tage højde for kunstige "conduit"-arrangementer*", jf. KOM(2009) 179 endelig, side 9. Dette fører til den konklusion, at det er tvivlsomt, om et selskab kan blive anset

⁴⁹ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 241

for at være "et kunstigt "conduit"-arrangement", hvis selskabet har opfyldt de krav, der stilles for at blive anset for den retmæssige ejer af betalingerne.⁵⁰

Den ovenfor behandlet definition af begrebet "retmæssig ejer" som indeholdt i direktivet omfatter kun selskaber. Rente- royaltydirektivet indeholder også en definition af, hvornår et fast driftssted kan blive anset for at være retmæssig ejer af renter og royalties. Her er definitionen todelt. I direktivets artikel 1, stk. 5, litra a, står der, at den omstændighed, som bevirker til, at der opstår betalinger af renter eller royalties, skal have en "*direkte forbindelse med dette faste driftssted*". Der foreligger ikke noget definition af, hvad "direkte forbindelse" indebærer. Dette krav bygger på, at det er selskabet, som har det faste driftssted, der indgår aftaler, som resulterer i udbetalinger af renter eller royalties. Det er således ikke det faste driftssted selv, der indgår disse aftaler, hvorfor der skal være en direkte forbindelse mellem disse renter eller royalties og det pågældende faste driftssted. I andet led af definitionen lægges der vægt på indtægternes karakter ved fastlæggelsen af, om et fast driftssted kan anses for at være retmæssig ejer af renter eller royalties. Indtægterne skal være "*undergivet en af de skatter, der er anført i artikel 3, litra a), nr. iii*", jf. rente- royaltydirektivets artikel 1, stk. 5, litra b.

Definitionen af, hvornår et fast driftssted kan anses for at være den retmæssige ejer af renter og royalties adskiller sig fra definitionen, der omfatter selskaber. Der er i definitionen rettet mod faste driftssteder ikke noget krav om, at udbetalingerne skal være modtaget til eget brug, som det kræves i tilfældet med selskaber. Juan Lopez Rodriguez og Georg Kofler skriver, at de særlige bestemmelser, der retter sig mod faste driftssteder er yderligere krav, og at kravet vedrørende retmæssig ejerskab indeholdt i direktivets artikel 1, stk. 4, også skal være opfyldt. De foreslår, at selskabet først skal opfylde kravet om retmæssig ejerskab, hvorefter det vurderes, om det faste driftssted opfylder

⁵⁰ KOM(2009) 179 endelig, Beretning fra Kommissionen til Rådet i henhold til artikel 8 i Rådets direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, Bruxelles, den 17.04.2009, side 9

kravene i direktivets artikel 1, stk. 5.⁵¹ Det er selskabet, der er det selvstændige skattesubjekt, og som indgår aftaler, der kan lede til udbetalinger af renter eller royalties. Derfor giver det god mening først at tage stilling til, om selskabet kan anses for at være den retmæssige ejer af udbetalingerne, hvorefter det kan undersøges, om udbetalingerne har en sådan direkte forbindelse til det faste driftssted, at dette bliver anset for den retmæssige ejer af disse udbetalinger.

Ud over den gennemgåede todelte definition af, hvornår et fast driftssted kan blive anset for den retmæssige ejer af renter eller royalties, bliver der i direktivets artikel 1, stk. 6, understreget, at når et fast driftssted anses for at være den retmæssige ejer, kan *"ingen anden del af selskabet [anses] for at være betaler eller retmæssig ejer af disse renter eller royalties"* (egen redigering). Dette betyder, at hvis et fast driftssted er blevet anset for at være den retmæssige ejer af disse, kan selskabet, som ejer det faste driftssted ikke blive anset for at være den retmæssige ejer af de samme renter eller royalties.

Begrebet "retmæssig ejer" har således til formål at sikre, at selskaber, som ikke er omfattet af direktivet og dets bestemmelser, ikke vil kunne udnytte direktivets bestemmelser til egen fordel. Her tænkes der på for eksempel selskaber med hjemsted uden for den europæiske union, som i ønsket om at drage fordele af direktivet opretter kunstige "conduit"-arrangementer inden for EU.⁵² Det bemærkes her, at kravet om retmæssig ejerskab er med til at afgrænse personkredsen, som er omfattet af direktivet.⁵³ Begrebet er ikke i sig selv en anti-misbrugsbestemmelse, men direktivet giver medlemsstaterne mulighed for at igennem national lovgivning at bekæmpe svig og misbrug af direktivet, jf. direktivets artikel 5, stk. 1. Hvis en transaktions væsentligste eller en af de væsentligste begrundelser bygger på ønsket om skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug af direktivets bestemmelser, kan

⁵¹ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 245

⁵² Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 218

⁵³ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 243

medlemsstaterne nægte at anvende direktivet og tilbage de fordele, som udspringer af direktivet, jf. direktivets artikel 5, stk. 2. Samtidigt fremgår det af den ovenfor citerede Beretning fra Kommissionen til Rådet KOM(2009) 179 final, at et selskab, som opfylder kravet om retmæssig ejerskab, kan ikke let blive anfægtet som *"kunstigt "conduit"-selskab ved anvendelsen af artikel 5"*, jf. KOM(2009) 179 final, side 9.

Der har været visse udfordringer med begrebet "retmæssig ejer" efter direktivets ikrafttrædelse. De forskellige medlemsstater har nemlig valgt forskellige tilgange til kravet om retmæssig ejerskab. Det fremgår af Report from the Commission to the Council, at nogle medlemsstater slet ikke har gennemført definitionen i direktivets artikel 1, stk. 4. Andre medlemsstater har valgt egne nationale definitioner af begrebet, mens nogle medlemsstater har gennemført definitionen med visse afvigelser.⁵⁴ Disse afvigelser er utilsigtede og de forskellige tilgange bør ensartes.

Afsluttende om rente- royaltydirektivet bemærkes der, at Kommissionen er den 11.11.2011 kommet med et forslag til Rådets Direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (omarbejdning), som vil erstatte den i dette afsnit behandlede rente- royaltydirektiv (2003/49/EF). Definitionen af begrebet "retmæssig ejer" i artikel 1, stk. 4, og stk. 5, vil dog ikke blive ændret, hvorfor den overstående analyse fortsat vil være relevant.⁵⁵

⁵⁴ COM(2009) 179 final, Report from the Commission to the Council in accordance with Article 8 of Council Directive 2003/49/EC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, side 4

⁵⁵ KOM(2011) 714 endelig, Forslag til Rådets Direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (omarbejdning), side 6

6.2. Moder-/datterselskabsdirektivet⁵⁶

Moder-/datterselskabsdirektivet beskæftiger sig med området for beskatning af udbytter. Formålet med direktivet er at afskaffe dobbeltbeskatning af udbytter, som datterselskaber udbetaler til deres moderselskaber, og fritage disse betalinger for kildeskat, jf. direktivets (2011/96/EU) præambel, stk. 3. Direktivets bestemmelser gælder for selskaber placeret i to forskellige medlemsstater og for selskaber og deres faste driftssteder ligeledes på tværs af landegrænserne inden for unionen, jf. direktivets (2011/96/EU) præambel, stk. 9.

Den her for koncernerne gunstige fritagelse for dobbeltbeskatning og kildebeskatning af udbytter skal beskyttes mod misbrug. Det nævnes derfor i direktivets (2011/96/EU) artikel 1, stk. 2, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne vælger at anvende interne bestemmelser eller overenskomster for at hindre svig og misbrug. Udover denne mulighed for medlemsstaterne til at opsætte værn mod svig og misbrug, indeholder direktivet (2011/96/EU) et krav om, at moderselskabet skal i en sammenhængende periode på mindst to år besidde den i direktivets (2011/96/EU) artikel 3, stk. 1, litra a, fastsatte kapitalandel, for at kunne blive omfattet af direktivet og drage nytte af dets bestemmelser, jf. direktivets (2011/96/EU) artikel 3, stk. 2, litra b. Denne bestemmelse er med til at hindre misbrug af direktivet, da der med toårs kravet forhindres misbrug ved oprettelse af midlertidige selskabskonstruktioner, hvis formål er at modtage skattefrie udbytter.

Med ændringen ((EU) 2015/121) af den overfor omtalte version af moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) erkender Rådet nødvendigheden af at sikre, at direktivet (2011/96/EU) ikke bliver misbrugt., jf. præambelen til

⁵⁶ Rådets Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (omarbejdning)

Sammenholdt med: Rådets Direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

ændringsdirektivet, stk. 2.⁵⁷ I præambelen nævnes det også, at nogle af de enkelte medlemsstater har interne bestemmelser, som sigter på at bekæmpe misbrug af direktivet. Det er dog ikke alle medlemsstater, som har sådanne interne regler, og som det står i præambelen til ændringsdirektivet, afspejler de interne regler "de særlige forhold i den enkelte medlemsstats skattesystem", jf. ændringsdirektivets præambel, stk. 3, og stk. 4. Der anerkendes derfor en nødvendighed for en fælles minimumsregel om bekæmpelse af misbrug i direktivet, jf. ændringsdirektivets præambel, stk. 5. Det bemærkes dog også, at dette ændringsdirektiv ikke er til hinder for, at medlemsstaterne anvender deres interne bestemmelser eller overenskomster, hvis formål er at hindre skatteunddragelse, skattesvig eller misbrug, jf. ændringsdirektivets præambel, stk. 9.

Som vist ovenfor er misbrugsbestemmelsen i artikel 1, stk. 2, meget sparsom. Denne bestemmelse ændres helt med ændringsdirektivet, hvor teksten udvides fra at give medlemsstaterne adgang til selv at skabe interne regler med sigte på at hindre svig og misbrug, til nu at være en bestemmelse, der selv tager sigte på disse forhold. Medlemsstaternes ret til at anvende interne bestemmelser eller overenskomster, som har til formål at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug, fratages som nævnt ikke, jf. ændringsdirektivets artikel 1. Den nye misbrugsbestemmelse giver medlemsstaterne adgang til at nægte direktivets fordele 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"*, jf. ændringsdirektivets artikel 1. Af dette kan det udledes, at medlemsstaterne ikke skal give direktivets fordele til arrangementer, der ikke er reelle. "Reelle arrangementer" defineres i samme bestemmelse som arrangementer, der "er

⁵⁷ Fremover vil Rådets Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (omarbejdning), blive omtalt som "direktivet", mens Rådets Direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, vil blive omtalt som "ændringsdirektivet"

tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed", jf. ændringsdirektivets artikel 1. Medlemsstaterne skal således i den enkelte sag ved en objektiv analyse tage stilling til om arrangementet eller serien af arrangementer er reel, eller om der er tale om misbrug, jf. ændringsdirektivets præambel, stk. 7.

Som vist har moder-/datterselskabsdirektivet ikke haft et stort fokus på misbrug. Med ændringsdirektivets bestemmelser om bekæmpelse af misbrug er der nu dannet et minimumsgrundlag for, hvordan medlemsstaterne skal bekæmpe misbrug.

6.3. Sammenfatning

Rente- royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet har forskellige måder at forholde sig til misbrug på. Begge direktiver adresserer problemet ved at stille krav til, hvornår direktivets fordele kan nydes. Et af de væsentlige krav, som der i denne afhandling har været fokus på er kravet om, at modtageren af betalingen skal være den retmæssige ejer af denne. Som allerede nævnt stammer begrebet "retmæssig ejer" fra OECD's modeloverenskomst, hvor den bliver nævnt i artiklerne 10, 11 og 12, som beskæftiger sig med henholdsvis beskatning af udbytter, renter og royalties. Begrebet anvendes nu også i EU's sekundær lovgivning, nemlig i rente- royaltydirektivet. Som bogen "Beneficial Ownership: Recent Trends"⁵⁸ også påpeger, beskæftiger moder-/datterselskabsdirektivet og rente- royaltydirektivet sig sammenlagt med de tre typer indtægter, som OECD's modeloverenskomsts artikel 10, artikel 11 og artikel 12 også gør. Det er dog bemærkelsesværdigt, som også fremhævet i den omtalte bog, at begge disse direktiver foreskriver en begrænsning i kildestatens beskatningsret, men at kun en af dem, nemlig rente- royaltydirektivet, der behandler spørgsmålet om "retmæssig ejerskab".⁵⁹ Uanset dette er begrebet "retmæssig ejer", som vist ovenfor, ikke succesfuldt integreret i den sekundære EU-ret. Som det fremgår af

⁵⁸ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013

⁵⁹ Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013, side 215

gennemgangen har de forskellige medlemsstater haft forskellige tilgange til begrebet og dets gennemførelse, som resulterer i forskellig forståelse af begrebet. Da kravet om retmæssig ejerskab er et væsentligt krav i rente-royaltydirektivet, fører de mange forskellige forståelser af begrebet til en usikkerhed i retstilstanden, da en virksomhed, som i én stat ville blive anset for den retmæssige ejer af renter og royalties, i en anden medlemsstat i samme situation ikke vil blive anset for den retmæssige ejer, og derfor ikke vil nyde af direktivets fordele. Dette forhold sætter spørgsmålstegn ved begrebets plads i EU-retten.

Til forskel fra rente-royaltydirektivet har moder-/datterselskabsdirektivet nu en misbrugsbestemmelse. Begge direktiver omtaler misbrug og giver de enkelte medlemsstater ret til at vedtage regler, som har til formål at bekæmpe svig og misbrug. Moder-/datterselskabsdirektivet har ved et ændringsdirektiv fået en bestemmelse, som aktivt bekæmper misbrug, og som er en minimumsregel inden for direktivets område. De enkelte medlemsstater har således fortsat ret til at vedtage interne misbrugsbekæmpelsesregler. Direktivets nye misbrugsbestemmelse giver medlemsstaterne ret til ikke at give direktivets fordele til konstruktioner, som ikke kan anses for at være reelle, og som har til hovedformål at opnå en skattefordel.

Begge direktiver tager sigte på at bekæmpe gennemstrømning – selvom begrebet ”gennemstrømning” ikke er nævnt i deres tekster. Rente-royaltydirektivets krav om retmæssig ejerskab bekæmper gennemstrømning i den forstand, at der ved kravet ikke tillades mellemænd, som indskydes i konstruktionen med det eneste formål, at opnå direktivets fordele. Moder-/datterselskabsdirektivet bekæmper gennemstrømning ved at bekæmpe arrangementer, som ikke er reelle, og er således oprettet med hovedformålet om at opnå en skattefordel.

I det følgende vil der blive kigget på, hvordan Traktaten forholder sig til gennemstrømning. Efter denne gennemgang vil der sammenfattende blive analyseret, hvordan EU i det hele taget forholder sig til gennemstrømning.

7. Gennemstrømning i Traktaten

Traktaterne er Unionens primære retskilder. Traktatgrundlaget består af Traktaten om oprettelse af den Europæiske Union (TEU), som udgør den konstitutionelle ramme, og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).⁶⁰ At traktaterne er unionens primære retskilder betyder, at alle andre retskilder skal være i overensstemmelse med disse, da traktaterne udgør det højeste trin i retskildehierarkiet. Dette betyder, at de tidligere omtalte sekundære retskilder skal være i overensstemmelse med traktatgrundlaget. Som konkluderet tidligere, skal den nationale ret ligeledes underordne sig og være i overensstemmelse med EU-retten og herunder Traktaterne.

I det følgende vil der først være en kort introduktion om skatteplanlægning, hvorefter der vil blive kigget på begreberne "misbrug", "rent kunstige arrangementer" og "tvingende hensyn" for at klarlægge, hvordan EU forholder sig til misbrug og herunder gennemstrømning.

7.1. Om skatteplanlægning

Som nævnt tidligere kan selskaberne begrunde den valgte selskabsstruktur med fiskale overvejelser, som resulterer i den mindste mulige skattebyrde. Det er EU-Domstolen, der tager stilling til om, der er tale om omgåelse og fastsætter således grænser for begrebet. EU-domstolen har i en række sager statueret, at skatteplanlægning er som udgangspunkt legitim, jf. sag C-277/09, RBS Deutschland, hvor Domstolen udtaler i præmis 53 og 54, "*at de afgiftspligtige i almindelighed frit kan vælge de organisationsstrukturer og transaktionsformer, som de finder mest passende for deres økonomiske aktivitet, og med det formål at begrænse deres afgiftsbyrde.*

Domstolen har således fastslået, at en erhvervsdrivendes valg mellem fritagne og afgiftspligtige transaktioner kan begrundes med en flerhed af elementer, herunder

⁶⁰ Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael; "Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011, side 141

navnlig overvejelser af fiskal karakter angående momsordningens objektive art ... Domstolen har i den henseende præciseret, at når den afgiftspligtige person kan vælge mellem forskellige transaktioner, har han ret til at vælge en sådan struktur for sin virksomhed, at hans afgiftstilsvær reduceres.", jf. sag C-277/09, RBSD Deutschland, præmis 53 og 54. Med denne udtalelse giver EU-Domstolen virksomhederne mulighed for at etablere sig, som de vil, også hvis overvejelserne bag konstruktionen er af fiskal karakter. Domstolen lægger dog vægt på, at konstruktionen ikke må anses for at være *"et kunstigt arrangement, som var uden økonomisk realitet, og som blev gennemført med det ene formål at opnå en afgiftsmæssig fordel.*", jf. sag C-277/09, RBSD Deutschland, præmis 51. Det vil således være en konkret vurdering i hver enkel sag, om konstruktionen lever op til disse betingelser. Det ses her, at Domstolen giver selskaberne ret til at etablere sig, som de vil, og hvor de vil, og anerkender fiskale overvejelser, så længe der ikke er tale om rent kunstige arrangementer, som er tilvejebragt for at opnå en fordel. Begrebet "kunstigt arrangement" vil blive behandlet senere i denne afhandling.

Virksomhederne kan, som skitseret overfor, lovligt tilrettelægge sig således, at de sparer skat. Som nævnt tidligere er grænsen mellem denne lovlige skatteplanlægning og misbrug uklar. Der er tre begreber, som er interessante i forhold til denne problemstilling, nemlig "tax saving", "tax avoidance" og "tax evasion". "Tax saving" omfatter virksomhedernes indretning af sin struktur mest fordelagtigt baseret på skattesystemets opbygning. Dette kan for eksempel være ved at overgå til anden selskabstype for derved at blive pålagt lavere beskatning. "Tax avoidance" foreligger, når virksomhederne tænker strategisk i, hvordan de kan undgå at betale eller mindske betalingen af den i loven pålagte skat. Det sidste begreb er "tax evasion", som dækker over tilfælde af skatteunddragelse eller skattesvig. Det kan for eksempel være, når virksomhederne bevidst laver fejl i bogføringen el.lign. "Tax saving" og "tax evasion" er således yderpunkterne på skalaen, hvor "tax avoidance" er placeret imellem dem. Det er nemlig et sted i

"tax avoidance", at den uklare grænse mellem lovlig skatteplanlægning og misbrug ligger.⁶¹

I det følgende vil der blive kigget på begreberne "misbrug", "rent kunstige arrangementer" og "tvingende hensyn". Disse vil blive gennemgået med henblik på at fastlægge EU's holdning til mellemliggende etableringer og gennemstrømning.

7.2. Misbrug

Som nævnt i det forrige afsnit er grænsen mellem lovlig skatteplanlægning og ulovlig misbrug ikke nem at drage. Medlemsstaterne har i et utal af sager påberåbt sig misbrug i håb om, at Domstolen vil nå frem til, at der er tale om misbrug af fællesskabsretten. Argumentet er ofte blevet anvendt i sammenhænge, hvor de forskellige stater manglede andre argumenter for deres restriktive nationale lovgivning.⁶² Misbrugsbegrebet er således et begreb, som bliver anvendt i EU-retten. Det er derfor vigtigt at få fastlagt, hvad begrebet egentlig dækker over.

Der er ikke noget enegyldig definition af begrebet "misbrug", og det er således uklart, hvilke forhold begrebet egentlig dækker over. Med medlemsstaternes påberåbelse af misbrug af fællesskabsretten har Domstolen mulighed for at tage stilling til, hvor grænsen mellem lovlig skatteplanlægning og misbrug ligger. Domstolen er i sine afgørelser i gang med at afgrænse, hvad begrebet dækker eller ikke dækker over.⁶³ Domstolens praksis anses dog for svær at læse i forhold til, hvordan begrebet skal forstås, samt hvor grænsen mellem misbrug og lovlig skatteplanlægning går. Begrebet vil blive gennemgået i det følgende.

⁶¹ Gam, Henrik; Hansen, Jens Holger Helbo; Kriegbaum, Knud Erik; "International beskatning – en introduktion", Forlaget Thomson, København, 2007, side 80

⁶² Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 167

⁶³ Stockholm, Jeppe; "EU Skatteret", Forlaget Thomson, 2008, side 98

Som nævnt anvendes begrebet "misbrug" for at retfærdiggøre en restriktiv national lovgivning. To vigtige begreber, som skal nævnes i denne sammenhæng er begreberne skatteunddragelse og skattesvig, som udgør en delmængde af misbrugsbegrebet. Disse begreber er af Domstolen anerkendt som almene hensyn, samt står for sig selv i form af misbrugsbegrebet.⁶⁴ De almene hensyn vil nedenunder blive behandlet under overskrifter "tvingende hensyn", hvorfor der her kun vil blive fokuseret på skatteunddragelse og skattesvig som misbrugsbegreber.

EU-Domstolen har anerkendt argumentationen om misbrug i form af skatteunddragelse og skattesvig. Der er dog sat grænser for misbrugsargumentet, hvorfor begrebet ikke frit kan anvendes. En af de første sager, hvor EU-Domstolen fik mulighed for at undersøge, om en restriktiv national lovgivning kan begrundes i hensynet til misbrug, var sag C-264/96, ICI.⁶⁵ De snævre grænser for, hvornår sådan en argumentation kan accepteres ligger i, at den restriktive lovgivning skal have det som formål *"at udelukke at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå [den nationale] lovgivning"*, [egen redigering], jf. sag C-264/96, ICI, præmis 26. De nationale bestemmelser skal således have det konkrete formål at ramme situationer, hvor rent kunstige arrangementer anvendes til at omgå den nationale lovgivning. Den nationale bestemmelse, som sætter hindringer for den traktatfæstede fri bevægelighed må således ikke være generelt formuleret. Domstolen har i en række sager præciseret, hvilke situationer ikke generelt kan begrænses med argumentationen om beskyttelse mod skatteunddragelse og skattesvig. Det er således slået fast, at medlemslandene ikke må opstille regler, der sigter generelt efter at ramme situationer, hvor *"overdrageren ikke får den fordel, at skat af kapitalgevinster af de aktier, der er overdraget til underpris, kan udskydes, hvilket medfører en belastning af den pågældendes likviditet, når det erhvervende selskab*

⁶⁴ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 173

⁶⁵ Rønfeldt, Thomas; "Skatteværn og EU-frihed – værneregler i dansk skatteret konfronteret med fællesskabsrettens frihedsrettigheder som dynamisk udviklet af EF-domstolen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2010, side 552

som overdrageren ejer en andel i, har hjemsted i en anden medlemsstat. ... En sådan ulige behandling udgør således en restriktion for etableringsfriheden”, jf. sag C-436/00, X og Y, præmis 36 og 37. Der må på baggrund af denne sag ikke generelt sigtes efter situationer, hvor der sker overdragelse til underpris til et selskab i en anden medlemsstat.⁶⁶ En anden situation, som den nationale lovgivning ikke generelt må sigte efter er, når et moderselskab har hjemsted i en anden medlemsstat. Domstolen begrundet dette med, at det forhold, at et moderselskab har hjemsted i en anden medlemsstat ikke i sig selv udgør en risiko for skatteunddragelse, da selskabet vil blive omfattet af skattelovgivningen i den anden stat, hvor det har hjemsted, jf. sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, præmis 37. EU-Domstolen har i sag C-9/02, du Saillant, udtalt, at *”Flytning af en fysisk persons hjemsted fra en medlemsstats område indebærer imidlertid ikke i sig selv en skatteunddragelse.”*, jf. sagens præmis 51. Der kan således heller ikke opstilles en generel regel, der tager sigte på at begrænse den frie bevægelighed, når en person med en væsentlig andel i et selskab vælger at flytte sin hjemsted til en anden medlemsstat, jf. også sagens præmis 50.

Den ovenforstående gennemgang viser, at Domstolen ikke anerkender nationale restriktive regler, som tager sigte på en alment defineret situation. Den nationale regel, som begrænser den frie bevægelighed, kan dog være begrundet i hensynet til bekæmpelse af skattesvig og skatteunddragelse, hvis den giver de nationale domstole mulighed for at *”på grundlag af objektive elementer ... tage de pågældende personers misbrug eller svigagtige adfærd i betragtning som grundlag for i konkrete tilfælde at afvise, at vedkommende kan drage fordel af de påberåbte fællesskabsretlige forskrifter”*, jf. sag C-436/00, X og Y, præmis 42. Det skal således være op til de nationale domstole at i de konkrete tilfælde på baggrund af en objektive analyse at nå frem til, om der er grundlag for at afvise retten til at drage fordel af fællesskabsretten.⁶⁷

⁶⁶ Rønfeldt, Thomas; ”Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn”, Karnov Group, København, 2013, side 174

⁶⁷ Rønfeldt, Thomas; ”Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn”, Karnov Group, København, 2013, side 175-176

Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber har i en meddelelse udtalt, at *"et misbrug forekommer kun, når det formål, som de relevante fællesskabsbestemmelser forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt, og der består et ønske om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel."* [egen fremhævelse], jf. KOM(2007) 785 endelig.⁶⁸ Kommissionen støtter denne udtalelse på EU-Domstolens retspraksis og henviser således til sag C-110/99, Emsland-Stärke, og sag C-255/02, Halifax m.fl. I den førstnævnte sag statuerer Domstolen, at der skal være et sammenfald mellem visse objektive og subjektive omstændigheder, for at et forhold kan blive anset for at være et misbrug af fællesskabsretten. Denne tankegang er også anvendt i sag C-255/02, Halifax m.fl. og i den her citerede meddelelse. De objektive omstændigheder bliver af Domstolen beskrevet således, at af disse fremgår, *"at det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt."*, jf. sag C-110/99, Emsland-Stärke, præmis 52. De subjektive omstændigheder *"består i ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel."*, jf. sag C-110/99, Emsland-Stärke, præmis 53. Det er således afgørende i hver enkel sag at bevise, at begge elementer er tilstede, inden der kan påberåbes misbrug. Der kan opstå tilfælde, hvor medlemsstaterne påberåber sig misbrug af fællesskabsretten, men hvor misbrug ikke foreligger, da forholdet ikke kun kan forklares ved ønsket om at opnå en fordel, men hvor der også foreligger andre begrundelser. Dette lægger EU-Domstolen blandt andet vægt på i sag C-255/02, Halifax m.fl., præmis 75.

Som nævnt i Kommissionens meddelelse skal der foreligge noget "kunstigt" for at statuere misbrug af fællesskabsretten. Der ses også et sammenhæng mellem skatteunddragelse og skattesvig som misbrugsbegreber og kravet om, at den skabte konstruktion er kunstig. En undtagelse til denne uafhængighed mellem skatteunddragelse og skattesvig og en kunstig konstruktion kan ses i sag C-

⁶⁸ Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, "Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande, Bruxelles, den 10.12.2007, KOM(2007) 785 endelig, side 3

446/03, Marks & Spencer. Det er dog den første og indtil videre eneste gang, at skatteunddragelsen ikke var afhængig af, at der var tale om en kunstig konstruktion.⁶⁹ Sagen vil ikke blive behandlet her, da den kan anses for at være en enestående undtagelse, og dermed ikke afspejler retstilstanden. "Rent kunstige arrangementer" vil blive gennemgået i det næste afsnit, hvorfor der henvises til dette afsnit for gennemgang af misbrugsbegrebet i sammenhæng med rent kunstige arrangementer.

7.3. Rent kunstige arrangementer

Begrebet "rent kunstige arrangementer" er i flere sager blevet behandlet af EU-Domstolen. Begrebet giver medlemslandene mulighed for at få anerkendt deres restriktiv national lovgivning, som sætter hindringer for den frie bevægelighed. Domstolen har i flere sager udtalt, hvilke forhold ikke er tilstrækkelige til at blive anset for at være rent kunstige arrangementer. Det skal her understreges, at disse forhold "i sig selv" ikke er tilstrækkelige, men i samspil med andre forhold kunne bevirke til, at der er tale om rent kunstige arrangementer.⁷⁰ Bland disse forhold kan nævnes, at blot fordi et selskab etableres i en anden medlemsstat, anses dette ikke for et rent kunstigt arrangement. Dette argumenterer Domstolen med, at der i tilfælde af sådan en etablering er det skattelovgivningen i etableringsstaten, der gælder, jf. sag C-264/96, ICI, præmis 26. I forlængelse af dette har Domstolen i en anden sag udtalt, at blot fordi en aktivitet kunne have været udført på medlemsstatens område, medfører det ikke, at fordi denne aktivitet er blevet udført i et andet selskab etableret i en anden medlemsstat, at der foreligger rent kunstigt arrangement, jf. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 69. Kommissionen i sin meddelelse KOM(2007) 785 endelig, udtaler også, at ønsket om at mindske egne skattebetalinger ikke er ulovlig, så længe der ikke foreligger kunstige forhold forbundet med dette ønske. Medlemsstaterne kan således ikke skabe hindringer i de traktatfæstede friheder, blot fordi en

⁶⁹ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 176 og 179

⁷⁰ Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, "Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande, Bruxelles, den 10.12.2007, KOM(2007) 785 endelig, side 3

anden medlemsstat har gunstigere skatteregler, jf. sag C-294/97, Eurowings, præmis 44. EU-Domstolen har således udtalt at *"den omstændighed, at et selskab er blevet oprettet i en medlemsstat med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger misbrug af denne frihed"*, jf. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 37.⁷¹ På baggrund af de to sidstnævnte afgørelser kan det konkluderes, at medlemsstaterne må finde sig i, at andre medlemsstaters lovgivning kan være mere fordelagtig, og selskaber derfor vil vælge disse lande frem for hjemstaten, når de vælger, hvor de vil etablere sig. Disse overvejelser er ifølge EU-Domstolen helt legitime – så længe der ikke oprettes kunstige arrangementer for at opnå disse fordele. Her ses også konsekvenserne af, at området for direkte skatter næsten ikke er harmoniseret, og der således foreligger forskelle i medlemsstaters skattesystemer. Medlemsstater skal affinde sig med, at der kan være andre medlemsstater med mere fordelagtige skatteregler, som derfor tiltrækker forskellige etableringer. Med denne udtalelse kan der skabes et forøget ønske fra medlemsstaters side om at formulere gunstige nationale skatteregler for at tiltrække etableringer. Det er denne konkurrence, som bliver omtalt i indledningen til denne afhandling.

Første gang begrebet "rent kunstige arrangementer" blev anvendt af EU-Domstolen var i den allerede omtalte sag C-264/96, ICI.⁷² Begrebet defineredes her som *"arrangementer, hvis formål er at omgå skattelovgivningen, og som kan give en skattefordel"*, jf. afgørelsens præmis 26. Ud af dette kan det udledes, at et kunstigt arrangements formål skal være at omgå skattelovgivningen med henblik på at opnå en skattefordel. Domstolen er i denne afgørelse som nævnt nået frem til, at en værnsregel mod rent kunstige arrangementer kan opfylde et rent tvingende alment hensyn, jf. sag C-9/02, du Saillant, præmis 24, jf. sag C-264/96, ICI, præmis 26.

⁷¹ Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, "Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande, Bruxelles, den 10.12.2007, KOM(2007) 785 endelig, side 4

⁷² Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 140

Begrebet "rent kunstige arrangementer" blev også nævnt i sag C-9/02, du Saillant. Her påberåbte den franske regering sig, at en værnsregel, som har til formål at forebygge risikoen for skatteunddragelse, ikke er i strid med traktatens artikel 52, jf. afgørelsens præmis 24. Domstolen var dog ikke enig i denne udtalelse, og gav Kommissionen ret i, at for at en national bestemmelse mod rent kunstige arrangementer ikke tilsidesættes, skal denne bestemmelse specifikt beskytte mod sådanne arrangementer. Den nationale værnsregel må på ingen måder være generel, og dermed ramme andre situationer end de rent kunstige, jf. C-9/02, du Saillant, præmis 36 og 50.⁷³ Denne tankegang kan også læses i Kommissionens meddelelse KOM(2007) 785 endelig.⁷⁴

I de to nævnte afgørelser er begrebet "rent kunstige arrangementer" blevet introduceret og defineret. EU-Domstolen har efterfølgende fået mulighed for at yderligere definere begrebet i sagen C-196/04, Cadbury Schweppes.⁷⁵ I sagen er det igen blevet gjort gældende, at en værnsregel, som begrænser etableringsfriheden, men som er specifikt rettet mod rent kunstige arrangementer, *"hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning"*, kan være begrundet, jf. sagens præmis 51. Det er senere i sagen blevet præciseret, at rent kunstige arrangementer *"ikke bygger på nogen økonomisk realitet"*, jf. sagens præmis 55. Det er derfor af betydning at afgøre, om der i etableringen foreligger en reel økonomisk aktivitet, eller om der et tale om et "postkasse"- eller "skærm"-selskab, jf. sagens præmis 68. Af denne afgørelse kan det således udledes, at "postkasse"- eller "skærm"-selskaber anses for at være rent kunstige arrangementer, fordi der ikke foreligger noget reel økonomisk aktivitet. Derudover skal formålet med selskabet fortsat være at opnå en fordel, såsom at undgå en skattebetaling.

⁷³ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, sider 140-142

⁷⁴ Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, "Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande, Bruxelles, den 10.12.2007, KOM(2007) 785 endelig, side 3

⁷⁵ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 142

EU-Domstolen har også taget stilling til begrebet "reel økonomisk aktivitet" i sagerne C-221/89, Factortame, og sag C-246/89, Kommissionen mod England, ved at vurdere, hvad begrebet "etablering" i Traktatens artikel 52 ff. omfatter. Domstolen er nået frem til, at denne reelle økonomiske aktivitet skal ske *"fra en fast indretning"* og foregå i *"et ikke nærmere angivet tidsrum"*, jf. sag C-221/89, Factortame, præmis 20.⁷⁶ "Reel økonomisk aktivitet" betyder således, at selskabet skal være fast tilstede på medlemsstatens område i en ikke på forhånd bestemt periode.

EU-Domstolen har i de forskellige sager, hvor spørgsmålet om rent kunstige arrangementer blev behandlet, anvendt forskellige begreber. Her tænkes der på brugen af vendingerne "opnå en skattefordel" og "undgå den normalt skyldige skat". Thomas Rønfeldt har kort kommenteret denne begrebsforskel og nået frem til, at der ved begrebsvalget ikke skal *"tillægges udvidende konsekvenser i forhold til anvendelsesområdet for rent kunstige arrangementer."*⁷⁷ Denne begrebsforskel anses derfor for at være ubetydelig, og den vil ikke yderligere blive behandlet i denne fremstilling.

Som det fremgår af de i dette afsnit behandlede sager og afsnit 7.2. om misbrug, påberåbes misbrug som støtte til rent kunstige arrangementer. Det fremgår af de nævnte sager, at skatteunddragelse kan anvendes som begrundelse for en national restriktiv lovgivning, hvis denne lovgivnings konkrete formål er at bekæmpe rent kunstige arrangementer.⁷⁸ Domstolen statuerer således, at der skal være om kunstige arrangementer for at der kan være tale om skatteunddragelse. Den eneste undtagelse hidtil findes i sag C-446/03, Marks & Spencer, men da sagen er en enestående undtagelse, vil den som sagt ikke behandles yderligere. Af de nævnte sager kan det også udledes, at det kunstige

⁷⁶ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, sider 144-145

⁷⁷ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 148

⁷⁸ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 181

arrangement skal være oprettet med henblik på at give skatteyderen en skattefordel, jf. eksempelvis sag C-264/96, ICI, præmis 26, hvor domstolen klart udtaler *"og som kan give en skattefordel"*. Det er således en klar betingelse, at det skal være hensigten med det oprettede arrangement at undgå en skat.

En vigtig kommentar om den restriktive nationale lovgivning, som skal nævnes her, og som Thomas Rønfeldt også påpeger, er, at Domstolen tillader, at det specifikke mål om at bekæmpe "rent kunstige arrangementer" blot kan fremgå af, at den nationale lovgivning bliver håndhævet på denne måde. Domstolen kræver således ikke at dette mål fremgår direkte af lovgivningen.⁷⁹

Sammenfattende kan det om rent kunstige arrangementer siges, at for at en medlemsstat kan begrunde en værnsregel med argumentet om rent kunstige arrangementer, er der visse betingelser, der skal opfyldes. Rent kunstige arrangementer kendetegnes ved, at der ikke foreligger nogen økonomisk realitet, hvilket betyder, at medlemsstaten skal kunne påvise, at etableringen ikke har en fast tilstedeværelse i medlemsstaten, og at tilstedeværelsen ikke er forudfastsat. Derudover skal etableringen være foretaget med henblik på at omgå skattelovgivningen for at vinde en skattefordel.⁸⁰

7.4. Tvingende hensyn

I det tidligere afsnit er der med analysen af begrebet "rent kunstige arrangementer" blevet taget hul på overskriften "tvingende hensyn". EU-Domstolen har nemlig i en række sager anerkendt beskyttelsen mod rent kunstige arrangementer som tvingende hensyn. De nationale værnsregler skal dog leve op til visse krav, for at de ikke bliver tilsidesat på trods af, at de skaber en hindring for de traktatfæstede frihedsrettigheder. Domstolen har som nævnt ovenfor udtalt, at de nationale værnsregler ikke må være generelle regler, som også rammer andre forhold end de rent kunstige arrangementer, men de skal

⁷⁹ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 147

⁸⁰ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 148

være specifikt rettet mod rent kunstige arrangementer, jf. sag C-9/02, du Saillant, præmis 36 og 50.

Som vist ovenfor har Domstolen også anerkendt skatteunddragelse og skattesvig som tvingende hensyn, jf. eksempelvis sag C-264/96, ICI. Begreberne som misbrugsbegreber samt i sammenhæng med "rent kunstige arrangementer" er behandlet ovenfor, hvorfor der henvises til denne gennemgang for at få en bedre forståelse af begreberne.

Et andet eksempel på et legitimt hensyn, som EU-Domstolen har anerkendt, er den såkaldte "dobbelt dip" (dobbeltfradrag), jf. sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 47. Dobbeltfradrag finder sted, når selskaber etableret på tværs af landegrænserne kan fradrage deres udgifter i begge disse stater. Dette tvingende hensyn er dog ikke af relevans for denne afhandling, og vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

Ud over beskyttelsen mod rent kunstige arrangementer, "dobbelt dip" og skattesvig og skatteunddragelse har medlemsstaterne påberåbt sig andre hensyn for at retfærdiggøre en restriktiv national lovgivning. Det er dog ikke alle hensyn, som EU-Domstolen har fundet legitimt på trods af, at medlemslandene har forsøgt at påberåbe sig dem gentagende gange. Nogle af disse påberåbte hensyn vil blive gennemgået i det følgende.

Det, der karakteriserer de ikke legitime hensyn, som medlemsstaterne har påberåbt sig gang på gang i håb om, at Domstolen ville anerkende den nationale restriktive lovgivning, som hindrer de traktatfæstede rettigheder, er, at reglerne er generelle.⁸¹ Det er allerede blevet redegjort for ovenfor, at generelle værneregler ikke anerkendes. Der henvises derfor til denne gennemgang.

Det er EU-Domstolens faste praksis, at *"rent økonomisk formål ikke [kan] være et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en begrænsning af en grundlæggende*

⁸¹ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 159

frihed, som er sikret ved traktaten", [egen tilføjelse], jf. sag C-35/98, Verkooijen, præmis 48. Her er opstillet Domstolen en konkret regel om, at medlemsstaterne ikke kan få anerkendt et påberåbt hensyn, hvis dette er begrundet i rent økonomiske formål. Dette har den konsekvens, at medlemsstaterne på forhånd kan opgive at påberåbe sig hensyn af rent økonomisk karakter, da disse hensyn vil med sikkerhed blive afvist af Domstolen. På trods af dette har medlemsstaterne gentagende gange påberåbt sig hensyn af rent økonomisk karakter i form af for eksempel argumentet om tabt skatteprovenu eller beskyttelsen af skattegrundlaget.⁸²

Medlemsstaterne har også forsøgt sig med at argumentere for en hindring i de traktatfæstede frihedsrettigheder med, at denne ulempe for de berørte parter blev kompenseret et andet sted i lovgivningen. EU-Domstolen har heller ikke anerkendt denne forklaring, som hermed anses i alle tilfælde for et ikke legitimt hensyn, jf. for eksempel sag C-307/97, Saint Gobain. EU-borgere og selskaber med hjemsted inden for Unionen skal således kunne nyde af præcist de lovfæstede rettigheder, som de har ret til. En rettighed kan således ikke fratages, da denne er til ulempe for den enkelte medlemsstat, og kompenseres med en anden rettighed i denne stat.

Sammenfattende kan det om de tvingende hensyn siges, at der skal meget til for, at Domstolen vil anerkende en restriktiv national lovgivning, som skaber hindringer for de traktatfæstede frihedsrettigheder. Domstolen anerkender på fællesskabsretten nuværende udviklingstrin kun hensynet til beskyttelse om rent kunstige arrangementer (herunder skatteunddragelse og skattesvig) og "dobbelt dip". Domstolen har ligeledes taget en klart beslutning om, at begrundelser af rent økonomisk karakter, og begrundelsen om, at ulempen kompenseres et andet sted ikke anerkendes.⁸³

⁸² Her kan for eksempel nævnes følgende Domstolsafgørelser: sag C-264/96, ICI, sag C-307/97, Saint Gobain, sag C-446/03, Marks & Spencer, sag C-168/01, Bosal Holding

⁸³ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 164

8. Gennemstrømning i EU

Et af målene i den Europæiske Union er at oprette et indre marked uden indre grænser, jf. Traktat om den Europæiske Union artikel 3, pkt. 2 og 3. Der skal således skabes fri bevægelighed for personer, varer, tjenesteydelser og kapital, for at det indre marked fungerer tilfredsstillende.⁸⁴ Den traktatfæstede fri bevægelighed er en meget vigtig del af EU. Den frie bevægelighed må således ikke begrænses, da en sådan begrænsning ville medføre, at Unionen ikke ville opnå sit mål.

Det er således den almindelige opfattelse, at hvis formålet med en given aktivitet er at omgå de nationale regler, kan reglerne om fri bevægelighed ikke påberåbes, jf. eksempelvis sag C-212/97, Centros.⁸⁵ I sagen udtaler Domstolen, at *"Det følger ganske vist af Domstolens praksis, at en medlemsstat har ret til at træffe foranstaltninger, der skal hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder forsøger at unddrage sig deres egen nationale lovgivning, og at borgerne ikke på svigagtig vis eller med henblik på misbrug kan gøre fællesskabsbestemmelserne gældende"*, jf. sag C-212/97, Centros, præmis 24. Her udtaler Domstolen, at den traktatfæstede fri bevægelighed kan begrænses i tilfælde af misbrug af reglerne. Det er en stor indgriben i borgernes rettigheder, når den frie bevægelighed begrænses. Derfor udtaler Domstolen ligeledes også, at de nationale domstole ved vurderingen af, om der foreligger misbrug eller svigagtig adfærd, skal *"tage hensyn til de formål, der forfølges med de pågældende forskrifter"*, jf. sagens præmis 25. Bedømmelsen skal bygge på objektive elementer, og der skal tages stilling til sagens konkrete omstændigheder, jf. sagens præmis 25.

Gennemstrømning i EU er et alvorligt problem, som der er konstant fokus på. Medlemsstaterne ønsker at værne sig imod misbrug af deres interne lovgivning samt af fællesskabsretten. Der er ligeledes på EU plan fokus på at skabe en

⁸⁴ Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael; "Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011, side 458

⁸⁵ Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth; "EU Ret", Thomson Reuters, København, 2010, side 290

balance mellem på den ene side EU rettens mål og værdier, og på den anden side ønsket om beskyttelse mod misbrug. Dette er især relevant på skatteområdet, da medlemsstaterne ønsker at beskytte deres skatteindtægter. Som det ses i gennemgangen af afsnit 6 og afsnit 7 er begrebet "misbrug" flittigt anvendt. Som nævnt ovenfor er begrebet et velkendt begreb indenfor EU, som dog ikke er defineret. Misbrugsbegrebet eksisterer som vist på området for direktiverne og som et grundprincip i EU-retten.⁸⁶

Som vist i gennemgangen af afsnit 6 om gennemstrømning i sekundær EU-ret og afsnit 7 om gennemstrømning i traktaten er der taget forskellige midler i brug i bekæmpelsen af misbrug og gennemstrømning. I den gennemgåede sekundær EU-ret er der efterladt et frirum for medlemsstaterne til at definere nationale regler om bekæmpelse af svig og misbrug. Disse nationale regler begrænser dog de i direktiverne indeholdte rettigheder. Dette er som nævnt et alvorligt indgreb i de EU-retlige rettigheder, og Domstolen har i flere sager sat grænser for disse restriktive nationale regler. De nationale regler må som omtalt ovenfor først og fremmest ikke være generelle, men skal sigte konkret efter misbrug. Som det dog også er konkluderet ovenfor må de restriktive nationale regler ikke være fokuseret på en alment defineret situation, men der skal være plads til, at de nationale domstole har mulighed for at på baggrund af en objektiv analyse at vurdere, om den påberåbte fællesskabsret kan afvises, jf. sag C-436/00, X og Y, præmis 42. Medlemsstaters kamp om at værne sig mod misbrug er udfordrende, fordi EU-Domstolen sætter snævre grænser for, hvilke restriktive regler accepteres. De rent økonomiske grunde såsom tab af skatteprovenu eller ønsket om at beskytte skattegrundlaget, som fra medlemsstaternes synspunkt anses for væsentlige, er blevet underkendt af Domstolen, som på nuværende udviklingstrin kun anerkender regler, som er konkret rettet mod beskyttelsen mod rent kunstige arrangementer, "dobbelt dip" samt skattesvig og skatteunddragelse.

⁸⁶ Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013, side 169

Udover denne adgang for medlemsstaterne til at vedtage nationale anti-misbrugsbestemmelser takles misbrugsproblematikken direkte i de to direktiver. Rente- royaltydirektivet⁸⁷ indeholder som gennemgået et krav om, at modtageren af renter og royalties skal være den retmæssige ejer af disse. Dette krav er ikke en anti-misbrugsbestemmelse i sig selv, men er med til at definere den personkreds, som er omfattet af direktivet. Begrebet er med til at forhindre gennemstrømning, da kunstige konstruktioner, som anvendes til at modtage betalingerne for derefter at viderebetale disse til den rette modtager, ikke vil blive anset for den retmæssige ejer af disse betalinger, da betalingerne ikke er til eget brug, jf. definitionen i rente- royaltydirektivet, artikel 1, stk. 4.

I moder-/datterselskabsdirektivet⁸⁸ var der oprindeligt kun en sparsom misbrugsbestemmelse, men denne er blevet ændret ved ændringsdirektivet⁸⁹. Ændringsdirektivet er blevet vedtaget, da nødvendigheden af en fælles minimumsregel om bekæmpelse af misbrug af direktivet blev aktuel, da den hidtidige adgang for medlemsstaterne til at vedtage national lovgivning til bekæmpelse af svig og misbrug ikke var tilstrækkelig. I ændringsdirektivet fastholdes denne ret, men udover denne gives der medlemsstaterne adgang til at nægte direktivets fordele, når der er tale om arrangementer, som ikke er reelle, og hvis formål er at opnå en skattefordel, jf. ændringsdirektivets artikel 1. Udover denne nu konkrete bestemmelse stiller direktivet et krav om, at moderselskabet har i en sammenhængende periode på mindst to år besiddet den af direktivet fastsatte kapitalandel i datterselskabet. Denne bestemmelse forhindrer som sagt misbrug, som kunne opstå ved oprettelse af midlertidige selskaber, hvis eneste formål er at modtage skattefrie udbytter.

⁸⁷ 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

⁸⁸ Rådets Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (omarbejdning)

⁸⁹ Rådets Direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

9. Konklusion

I det følgende vil den i afsnit 2 formulerede problemformulering blive besvaret. Problemformuleringen lyder således:

Hvordan forholder OECD og EU sig til misbrug og gennemstrømning, og hvordan passer det i modeloverenskomsten anvendte begreb "retmæssig ejer" i EU på det nuværende udviklingstrin?

OECD's modeloverenskomst og kommentarerne til denne beskæftiger sig som nævnt med området for dobbeltbeskatning på det internationale plan. De landende imellem indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster sørger for, at selskabernes grænseoverskridende aktiviteter ikke underkastes dobbeltbeskatning. Dette åbner for muligheden for misbrug og udnyttelse af denne fordel. De indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomsters formål er *"ved fjernelse af international dobbeltbeskatning, at fremme udvekslingen af varer og tjenesteydelser og kapitalens og fysiske og juridiske personers bevægelighed. Et andet formål med dobbeltbeskatningsoverenskomster er at hindre skatteundgåelse og skatteunddragelse"*, jf. kommentarerne til OECD's modeloverenskomsts artikel 1, pkt. 7.⁹⁰ Denne formålsbestemmelse minder om Den Europæiske Unions formål, som er at oprette et indre marked uden indre grænser, hvor der er fri bevægelighed, jf. TEU artikel 3, pkt. 2 og 3. Både OECD og EU stræber efter at skabe bedre rammer for grænseoverskridende aktiviteter. Der er på begge områder også sat fokus på misbrug og bekæmpelse af dette. OECD tager kampen mod misbrug op ved i kommentarerne at komme med forslag til, hvordan de forskellige misbrugsbestemmelser kan formuleres.⁹¹ På EU plan er området for direkte skatter kun sparsomt harmoniseret, hvorfor det er medlemsstaternes interne regler, der for det meste agerer som værn mod misbrug. Disse nationale misbrugsbestemmelser sætter ofte hindringer for Unionens traktatfæstede frihedsrettigheder, og EU-Domstolen stiller således strenge krav til disse reglers begrundelse. På det nuværende udviklingstrin anerkender Domstolen kun

⁹⁰ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, side 58

⁹¹ "OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015, Kommentarer til artikel 1

beskyttelse mod rent kunstige arrangementer, "dobbelt dip" og skattesvig og skatteunddragelse som argumenter for en national restriktiv lovgivning, som begrænser de traktatfæstede frihedsrettigheder. Medlemsstaterne kan glemme alt om at få anerkendt argumenter af rent økonomisk karakter, såsom argumenter om tabt skatteprovenu eller argumenter om beskyttelsen af skattegrundlaget. Domstolen anerkender heller ikke argumentet om, at den skabte ulempe kompenseres et andet sted i lovgivningen. De restriktive nationale regler må ikke være generelle, og må heller ikke sigte efter et alment defineret situation. Der skal efterlades plads til, at de nationale domstole kan foretage en objektiv analyse for at afgøre, om der er grundlag for, at frihedsrettighederne begrænses.

På området for sekundær EU-ret gives der medlemsstaterne ret til at udforme nationale bestemmelser, som har til formål at bekæmpe svig og misbrug. Disse bestemmelser skal leve op til de kriterier, som er lige blevet gennemgået. Derudover er der ofte i sekundær ret indsat bestemmelser, som i sig selv har til formål at bekæmpe misbrug. Der er i denne afhandling blevet gennemgået to direktiver. I begge direktiver er der givet medlemsstaterne ret til at vedtage en national lovgivning til bekæmpelse af misbrug på disse direktivers respektive områder. Det er dog som sagt en ret og ikke en pligt, hvilket resulterer i, at ikke alle medlemsstater vedtager en sådan lovgivning. Derudover er der store forskelle i, hvordan disse regler er udformet. Dette resulterer i, at adgangen til at misbruge direktivers bestemmelser kan være nemmere på nogle medlemsstaters områder end på andre medlemsstaters områder. Der er derfor behov for, at der i direktiverne er sat betingelser for, hvad direktivers anvendelsesområde er, for derigennem at mindske mulighederne for misbrug. I den gennemgåede moder-/datterselskabsdirektiv⁹² er der først og fremmest begrænset misbrug ved kravet om, at for at kunne anvende direktivet, skal

⁹² Rådets Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (omarbejdning)

Sammenholdt med:

Rådets Direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

moderselskabet i en sammenhængende periode på mindst to år besidde den i direktivet fastsatte kapitalandel, jf. direktivets artikel 3. Denne bestemmelse begrænser muligheden for misbrug ved at oprette selskaber, hvis eneste formål er at skabe en konstruktion, som er omfattet af direktivet. Bestemmelsen kan fortsat omgås ved oprettelse af et selskab kun med formålet at skabe en konstruktion, som er omfattet af direktivet, da det oprettede selskab kan leve op til disse krav. Med ændringsdirektivet fra 2015 er der indsat en yderligere bestemmelse, som udelukker arrangementer, hvis formål er at *"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"*, jf. ændringsdirektivets artikel 1. Med denne nye bestemmelse sigtes der efter den mulige omgåelse.

Rente- royaltydirektivet⁹³ indeholder også krav, som skal være opfyldte, før direktivet kan finde anvendelse. Et af de væsentligste krav, som er gennemgået i denne afhandling, retter sig mod modtageren af de udbetalte renter og royalties. Modtageren skal nemlig være den retmæssige ejer af disse udbetalinger. Kravet om retmæssig ejerskab sikrer mod indskydelse af gennemstrømningsenheder, hvis formål er at modtage betalingerne og opnå direktivets fordele, for derefter at viderebetale udbetalingerne til en, som udbetalingerne var ment til, men som ikke ville kunne drage fordele af direktivet. Kravet om retmæssig ejerskab anses ikke for en anti-misbrugsbestemmelse i sig selv, men det indskrænker den af direktivet omfattede personkreds.

Begrebet "retmæssig ejer" anvendes i OECD's modeloverenskomst og i rente-royaltydirektivet. Begrebet er først introduceret i modeloverenskomsten, hvorefter det også er blevet inkorporeret i dette EU-direktiv. I modeloverenskomsten er begrebet indsat med henblik på at *"tydeliggøre betydningen af ordene "betalt til en person, der er hjemmehørende"*, jf. eksempelvis kommentarerne til OECD's modeloverenskomsts artikel 10, pkt. 12.

⁹³ 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

Begrebet er således blevet introduceret for at tage hånd om visse former for misbrug af overenskomsten, jf. kommentarer til OECD's modeloverenskomstens artikel 1, pkt. 9.6. Begrebet "retmæssig ejer", som indeholdt i OECD's modeloverenskomsts artikel 10, artikel 11 og artikel 12, skal defineres i overensstemmelse med begrebets formål samt i lyset af overenskomsten og dens hensigt og formål. Der må i fortolkningen ikke inddrages definitioner, der måtte stamme fra andre sammenhænge. "Den retmæssige ejer" kan på baggrund af den i denne afhandling foretaget analyse defineres som en, der frit kan bruge de modtagne betalinger uden nogen forpligtelser til at viderebetale udbetalingerne til en anden. I rente- royaltydirektivet er begrebet "retmæssig ejer" som sagt med til at definere den personkreds, som er omfattet af direktivet. Her er der to definitioner af begrebet, da det afhænger af, om det er et selskab eller et fast driftssted, der modtager betalingerne. Et selskab anses for at være den retmæssige ejer af udbetalingerne, hvis *"det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person"*, jf. rente- royaltydirektivet, artikel 1, stk. 4. Af faste driftssteder kræves det, at der er en direkte forbindelse mellem udbetalingerne og det faste driftssted, og at indtægterne skal være undergivet en af de i direktivet nævnte skatter, jf. direktivets artikel 1, stk. 5. Det fremgår af Beretningen fra Kommissionen til Rådet KOM(2009) 179 endelig, at formålet med begrebet "retmæssig ejer" i direktivet er at *"tage højde for kunstige "conduit"-arrangementer"*, jf. KOM(2009) 179 endelig, side 9. Dette fører som nævnt til den konklusion, at det er tvivlsomt, om et selskab kan blive anset for at være "et kunstigt "conduit"-arrangement", hvis selskabet har opfyldt de krav, der stilles for at blive anset for den retmæssige ejer af betalingerne. Dette understreger vigtigheden af en ensartet fortolkning af begrebet. Dette har, som konkluderet i KOM(2009) 179 endelig, været en udfordring, da medlemsstaterne har valgt forskellige tilgange til begrebet, hvilket resulterer i, at et selskab, som i en medlemsstat anses for at være den retmæssige ejer af udbetalingerne, vil ikke nødvendigvis blive anset for dette i en anden medlemsstat. For at rette op på dette er der brug for klare retningslinjer for, hvordan medlemsstaterne skal forholde sig til begrebet. På baggrund af dette kan det konkluderes, at begrebet "retmæssig ejer" ikke er succesfuldt integreret inden for EU. På trods af, at

medlemsstaterne forholder sig til begrebet i deres dobbeltbeskatningsoverenskomster, er der blandt medlemsstaterne ikke enighed om, hvordan de skal forholde sig til begrebet i sekundær EU-ret. Dette er et problem, som skal løses, hvis begrebet skal være et effektivt middel i EU.

Litteraturliste

Bøger:

Bundgaard, Jakob; Jensen, Dennis Ramsdahl; Winther-Sørensen, Niels; "Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten", Ex Tuto Publishing, København, 2015

Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael; "Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011

Gam, Henrik; Hansen, Jens Holger Helbo; Kriegbaum, Knud Erik; "International beskatning – en introduktion", Forlaget Thomson, København, 2007

Hansen, Anders Oreby; Bjørnholm, Nikolaj; "Lempelse af dobbeltbeskatning", Magnus Informatik A/S, København, 2002

Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; mfl. "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, Amsterdam, 2013

Michelsen, Aage; "International Skatteret", Forlaget Thomson, København, 2003

Neergaard, Ulla; Nielsen, Ruth; "EU Ret", Thomson Reuters, København, 2010

"OECD's modeloverenskomst 2010 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Magnus Informatik, København, 2010

"OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer", redigeret af Niels Winter-Sørensen, Karnov Group, København, 2015

Rønfeldt, Thomas; "Europæisk skatteret 1 – Misbrug og andre legitime hensyn", Karnov Group, København, 2013

Rønfeldt, Thomas; "Skatteværn og EU-frihed – værneregler i dansk skatteret konfronteret med fællesskabsrettens frihedsrettigheder som dynamisk udviklet af EF-domstolen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2010

Stokholm, Jeppe; "EU skatteret", Forlaget Thomson, København, 2008

Terkilsen, Lars Kjærgård; "Frit valg af etableringsform i EU-skatteretlig belysning", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2010

Winther-Sørensen, Niels; Bundgaard, Jakob; Wittendorff, Jens; mfl. "Skatteretten 3", Karnov Group, København 2013

Andet:

COM(2009) 179 final, Report from the Commission to the Council in accordance with Article 8 of Council Directive 2003/49/EC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States

KOM(2009) 179 endelig, Beretning fra Kommissionen til Rådet i henhold til artikel 8 i Rådets direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, Bruxelles, den 17.04.2009

Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", adopted by the OECD Council on 27 November 1986; OECD 2015

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

Rådets Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (omarbejdning)

Rådets Direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015 om ændring af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater

Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, "Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande, Bruxelles, den 10.12.2007, KOM(2007) 785 endelig

Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde

Retspraksis:

Sag C-6/64, Costa mod Enel

Sag C-106/77, Simmenthal

Sag 218/82, Kommissionen mod Rådet

Sag C-205/84, Kommissionen mod Tyskland

Sag C-221/89, Factortame

Sag C-246/89, Kommissionen mod England

Sag C-72/95, Kraaijeveld

Sag C-264/96, ICI

Sag C-212/97, Centros

Sag C-294/97, Eurowings

Sag C-311/97, Royal Bank of Scotland

Sag C-397/98, Metallgesellschaft

Sag C-110/99, Emsland-Stärke

Sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst

Sag C-436/00, X og Y

Sag C-9/02, du Saillant

Sag C-171/02, Kommissionen mod Portugal

Sag C-255/02, Halifax m.fl.

Sag C-446/03, Marks & Spencer

Sag C-196/04, Cadbury Schweppes

Sag C-425/06, Part Service Srl

Sag C-277/09, RBSD Deutschland