

**DEN SKATTEMÆSSIGE BEHANDLING AF
BENEFICIAL OWNER
SET I FORHOLD TIL EU-RETEN OG DBO-RETEN**

**- PÅ BAGGRUND AF DE FØRSTE DANSKE KENDELSER
OM PROBLEMSTILLINGEN**



Skrevet af Marlene Vejrum
Kandidatafhandling foråret 2011
Juridisk Institut – Aalborg Universitet

Titelblad

Afgangsprojekt på den erhvervsjuridiske kandidatuddannelse cand.merc.jur. på Aalborg Universitet

Titel Den skattemæssige behandling af beneficial owner set i forhold til EU-retten og DBO-retten – på baggrund af de første danske kendelser om problemstillingen.

Engelsk titel The tax treatment of beneficial owner in relation to Community law and double tax treaties - in light of the first Danish rulings on the issue.

Vejleder Thomas Rønfeldt

Retsområder Selskabsskatteret, EU-ret

Afleveringsdato 27. maj 2011

Antal sider 92

Afleveret af:

Marlene Vejrum

Indholdsfortegnelse

Afsnit I Indledende bemærkninger	1
1. Indledning.....	1
2. Problemformulering.....	2
3. Afgrænsning	3
4. Metode.....	4
4.1 Afhandlingens opbygning	5
Afsnit II Den EU-retlige vinkel.....	7
5. EU-rettens betydning for de nationale skatteregler	7
5.1 Den frie bevægelighed.....	8
5.1.1 Etableringsfriheden	8
5.2 Diskriminations- og restriktionsforbuddet i en skattemæssig sammenhæng	9
5.3 Hensyn der kan retfærdiggøre en diskrimination/restriktion.....	10
5.4 Proportionalitetsprincippet	11
Afsnit III Beneficial owner	14
6. Beneficial owner	14
6.1 Landskatterettens kendelser om beneficial owner	16
6.1.1 Faktum i SKM 2010.268 LSR	17
6.1.2 Faktum i SKM 2010.729 LSR	17
6.1.3 Sammenholdelse.....	18
6.2 Beneficial owner i OECD's modeloverenskomst.....	18
6.3 Beneficial owner i direktiverne.....	23
6.3.1 Rente-/royaltydirektivet.....	23
6.3.2 Moder-/datterselskabsdirektivet.....	25
6.3.3 Misbrugsbestemmelsen i rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet.....	26
7. EU-rettens forrang	28
7.1 EU-rettens forrang set i forhold til national ret.....	28
7.2 EU-rettens indbyrdes rangorden	29
7.3 EU-rettens forrang set i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne	30

7.4 Sammenholdelse	34
8. Momenter i de danske kendelser om beneficial owner.....	34
8.1 Gennemstrømningsselskaber	34
8.2 Disponeringsret	43
8.3 Skatteunddragelse	46
8.3.1 Rent kunstige arrangementer	48
8.3.2 Reel økonomisk virksomhed.....	53
8.3.3 Mellemløbselskabets aktivitet.....	54
8.3.3.1 De danske regler om mellemholdingselskaber.....	57
8.3.3.2 Sammenholdelse af aktivitets krav og reel økonomisk virksomhed	62
8.3.4 Manglende forretningsmæssig begrundelse for transaktionen.....	64
8.3.4.1 Den reelle betydning af kravet om forretningsmæssig begrundelse	67
8.4 International retspraksis	68
9. Hvordan vil EU-retten fortolke beneficial owner?	72
Afsnit IV Retspolitisk afsnit	77
10. Retspolitisk afsnit.....	77
Afsnit V Afrunding	81
11. Konklusion	81
12. Summary	84
13. Litteraturliste	86

Afsnit I Indledende bemærkninger

1. Indledning

Den stigende globalisering har medført, at selskaber i større grad end hidtil etablerer sig over landegrænserne. I takt med dette har landenes skattegrundlag derfor været under et stigende pres. Dette ses både EU-medlemsstaterne imellem samt når et selskab i en EU-medlemsstat foretager en etablering videre til et tredjeland.

Inden for EU har blandt andet den frie bevægelighed for personer, varer, tjenesteydelser og kapital medført, at transaktioner over landegrænserne er blevet nemmere. Dertil kommer også, at den frie bevægelighed sikrer, at selskaber inden for EU har frihed til at bestemme, hvor de ønsker at etablere sig.

På det EU-retlige niveau er der endnu ikke sket en harmonisering af direkte skatter, idet det ikke har været muligt at nå til enighed medlemsstaterne imellem. Dette medfører forskelligt udformede skatteregler i hver medlemsstat. Dette, sammenholdt med retten til fri etablering, har givet selskaberne udnyttelsesmuligheder i forhold til, hvor det er mest fordelagtigt at etablere og drive selskabet således, at der skal betales mindst muligt i skat. Derfor er selskabernes skatteplanlægning kommet i fokus, da dette kan medføre store besparelser for selskaberne og store tab for medlemsstaterne.

Denne mulighed for selskaberne for vilkårligt at flytte deres skattepligtige indkomst til de lande, hvor dette er mest fordelagtigt, er ikke begrænset til kun at omfatte EU. Mange lande har nemlig valgt at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre lande, hvorved det bestemmes hvilket land der har beskatningsretten til en given indkomst. Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne sætter en begrænsning for selskaberne, idet overenskomsterne har til formål både at sikre, at der ikke sker dobbeltbeskatning men også dobbelt ikke-beskatning. Selskaberne har været nødsaget til at indordne sig dette og har i stedet forsøgt at finde huller i disse overenskomster.

Dermed udvides feltet for selskabernes mulighed for skattetænkning, idet en fordelagtig etablering af et selskab dermed ikke er begrænset til EU-landene, men også til de OECD-lande hvorved der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Dette giver dermed selskaberne en langt større mulighed for at ”shoppe rundt”, således at selskaberne kan få kanaliseret en pengestrøm fra et land til et andet på den billigste måde.

Denne kanalisering kan gøres mest mulig fordelagtig ved at tænke i fordele i EU-retten og DBO-retten, hvorved disses samspil bliver bedst muligt. Dette kan gøres ved at lave en selskabskonstruktion som giver mulighed for, at en given pengestrøm ikke føres direkte til modtagerlandet, men i stedet føres igennem et eller flere lande, inden den rammer modtagelseslandet. Gøres dette gennem de rigtige lande vil en sådan konstruktion kunne spare selskabet skat.

Denne skattetænkning har medført en vilkårlig flytning af selskaberne og har fået myndighederne i de enkelte medlemsstater til at frygte en udhuling af deres skattesystem. EU-domstolen har derfor blandt andet anerkendt, at det kan være nødvendigt at give medlemsstaterne mulighed for at opretholde enkelte regler, der strider mod etableringsfriheden, såfremt der er tale om arrangementer, hvor etableringsfriheden bliver misbrugt.

I Danmark synes skattemyndighederne særligt at have fået fokus på selskaber, der stiftes som et mellemliggende led mellem Danmark og et skattelyland, idet anvendelsen af disse selskaber ofte fører til, at dansk kildebeskatning af udbytte skal frafalde. Skattemyndighederne forsøger at få underkendt disse selskabskonstruktioner, da det menes, at de udelukkende er stiftet i EU for at udnytte de fordele, som er hjemlet i fællesskabsretten. Disse mellemholdingselskaber findes ikke at være beneficial owner af de modtagne udbytter eller renter, men derimod de bagvedliggende ejere. De mellemliggende selskaber anses i stedet for at være tomme selskaber uden nogen form for dispositionsret over den modtagne betaling.

2. Problemformulering

På baggrund af ovenstående ønskes det derfor undersøgt, hvornår et selskab kan underkendes som værende beneficial owner. Dette undersøges på baggrund af de første to kendelser fra Landsskatteretten om beneficial owner, hvor det blandt andet vurderes, hvilke momenter der er lagt vægt på i kendelserne, samt om disse momenter er korrekte.

Afklaringen synes at være af afgørende betydning for, hvilke krav et selskab i fremtiden kan blive mødt af, når selskabet ønsker at modtage en pengestrøm fra Danmark via en konstruktion som nævnt ovenstående.

3. Afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i problemstillingen omkring beneficial owner. Denne problemstilling vurderes ud fra selskabsskatteretten, EU-retten og DBO-retten.

Afhandlingen foregår udelukkende på det selskabs niveau, hvorfor der afgrænses væk fra problemstillingerne omkring personbeskatning.

Den nationale ret spiller i afhandlingen en begrænset rolle. Der afgrænses derfor væk fra problemstillingen omkring den intern danske forståelse begrebet, såsom rette indkomstmottager i SL § 4 samt realitetsgrundsætningen.

Afhandlingen tager udgangspunkt i de to første danske kendelser om beneficial owner, hvor påstandene heri vurderes. Efterfølgende er der kommet andre kendelser om samme problemstilling, men retsstillingen heri er den samme, hvorfor disse kendelser ikke behandles i afhandlingen. De to første kendelser er valgt blandt andet fordi anvendelsesområdet for dem er forskelligt. Den første kendelse omhandler udbytte, hvorimod den anden omhandler renter. Dermed belyses beneficial owner-begrebet ud fra begge direktiver.

I de to medtagne kendelser fokuseres udelukkende på en vurdering af begrebet beneficial owner.

Afgørende for den EU-retlige vinkel er EU-rettens grundrettigheder. De fire økonomiske friheder nævnes overordnet kort, men efterfølgende går kun i dybden med etableringsretten, idet denne findes mest interessant for denne afhandling. Dette skyldes, at beneficial owner problematikken i særlig grad omhandler selskabers etablering og holdingstrukturen. Der afgrænses derfor væk fra arbejdskraftens, tjenesteydernes og kapitalens frie bevægelighed.

Derefter vil det primære fokus ligge på skatteunddragelse. Skatteunddragelse foreligger, såfremt der er tale om rent kunstige konstruktioner eller i de tilfælde, hvor der er risiko for dobbeltfradrag. Denne afhandling fokuserer dog kun på kunstige arrangementer, og der afgrænses derfor væk fra dobbelt dip situationer.

På det EU-retlige niveau fokuseres udelukkende på rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet. Dette selvom begrebet beneficial owner også indgår i andre direktiver. Dermed afgrænses der også væk fra direktiver såsom fusionsdirektivet (90/434/EØF) samt direktiv om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden for området for de direkte skatter (77/799/EØF).

I forhold til rente-/royaltydirektivet afgrænses der ligeledes væk fra royalty.

DBO-retten bruges udelukkende til at fastlægge beneficial owner, hvorfor der afgrænses væk fra den øvrige DBO-ret. Dertil tages der udelukkende udgangspunkt i, hvorledes beneficial owner-begrebet anvendes i dag, og der afgrænses dermed væk fra udviklingen i begrebet op gennem tiden.

Der fokuseres udelukkende på selskaber og dermed ikke på faste driftssteder, filialer osv. Derfor afgrænses der også væk fra blandt andet rente-/royaltydirektivets art. 1, stk. 5, som indeholder en definition af retmæssig ejer-begrebet, som omhandler den situation, hvor det er et fast driftssted, der modtager renterne.

Til slut i afhandlingen nævnes aktieavancebeskatningslovens § 4 a for at belyse begrebet reel økonomisk virksomhed samt omstruktureringsreglerne til belysning af begrebet forretningsmæssig begrundelse. Hverken aktieavancebeskatningsloven eller omstruktureringsreglerne er genstand for afhandlingen, hvorfor der afgrænses væk herfra, da disse udelukkende bruges til fortolkning af de pågældende begreber.

4. Metode

I afhandlingen benyttes den retsdogmatiske metode, idet målet med afhandlingen er at beskrive, analysere og fortolke den gældende ret omkring beneficial owner.

De primære retskilder i afhandlingen findes i EU-retten og DBO-retten, hvorimod den interne danske ret bruges mere sparsomt.

I EU-retten bruges både primær og sekundære retskilder i form af Traktaten samt moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet. Dertil bruges også relevante beretninger fra Kommissionen omhandlende beneficial owner.

I DBO-retten lægges vægten på OECD's modeloverenskomst samt kommentarer hertil, idet det er normal praksis, at dobbeltbeskatningsoverenskomster er bygget op ud fra modeloverenskomsten, og at en dobbeltbeskatningsoverenskomst derfor fortolkes ved hjælp af kommentarerne hertil.

I den nationale ret bruges selskabsskattelovens regler om begrænset skattepligt på udbytte og renter. Dertil bruges også diverse forarbejder til lovforslag samt Skatteministerens svar på spørgsmål hertil og relevante bilag til de pågældende lovforslag.

Selvom afhandlingen er opbygget ud fra den retsdogmatiske metode, er der dog indsat et mindre retspolitisk afsnit i slutningen af afhandlingen. Dette skyldes, at området for beneficial owner er i stærk udvikling, og det findes nærliggende at vurdere, hvad fremtiden på området formentlig bringer.

4.1 Afhandlingens opbygning

Afsnit I omhandler de indledende bemærkninger, såsom indledning, afgrænsning og metode.

Afsnit II omhandler den EU-retlige vinkel. Eftersom den pågældende selskabskonstruktion i kendelserne fra Landsskatteretten også opererer inden for EU-retten, synes det særligt nærliggende for afhandlingen at få EU-retten betydning for skatteretten afklaret.

Overordnet gennemgås princippet om EU-rettens frie bevægelighed, hvor det primære fokus er på etableringsretten. Herudover beskrives EU-rettens princip om forbud mod restriktion og diskrimination samt de hensyn der kan retfærdiggøre en sådan hindring, idet dette er af afgørende betydning for afhandlingens efterfølgende behandling af EU-retten.

I afhandlingen findes ikke et tilsvarende afsnit omkring DBO-retten. Dette skyldes, at DBO-retten ikke på samme måde er genstand for afhandlingen. DBO-retten bruges udelukkende til at skrive beneficial owner-begrebet. De få generelle forhold, der beskrives om DBO-retten kommer derfor i stedet løbende igennem afhandlingen, hvor det findes mest naturligt.

Afsnit III omhandler beneficial owner. Indledningsvist vil begrebet beneficial owner kort blive introduceret. Herefter vil faktum i de to danske kendelser fra landsskatteretten om beneficial owner blive gennemgået for at skabe et overblik over hvad kendelserne omhandler, hvorefter de vil blive brugt i den videre analyse i afhandlingen.

Dernæst vil begrebet beneficial owner blive analyseret ud fra EU-retten og DBO-retten. Der er dog ikke tale om en dybdegående analyse af den internationale forståelse af begrebet.

Efterfølgende vil blandt andet sammenspillet mellem EU-retten og DBO-retten være genstand for afhandlingen. Hertil vurderes blandt andet, hvornår den ene retskilde bruges i forhold til den anden, og om de eventuelt kan finde anvendelse sammen. Dette findes relevant, idet parterne i

Landsskatterettens afgørelser både bruger EU-retten og DBO-retten som retskilder til afgørelsens løsning.

På det EU-retlige niveau fokuseres der på moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet, hvorved det blandt andet vurderes, hvilken betydning det har, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke har beneficial owner-begrebet i direktivet, hvorimod dette findes i rente-/royaltydirektivet. Det undersøges derfor, om begrebet kan overføres i moder-/datterselskabsdirektivet. Dernæst vurderes det, om beneficial owner overhoved findes på traktatniveau, og begrebet således overholder EU-retten.

Kendelserne fra Landsskatteretten bruges dernæst til at fastslå, hvilke momenter der spiller ind i vurderingen af, om et selskab er beneficial owner af en given pengestrøm. Begreber såsom gennemstrømningselskab, dispositionsret, kunstige konstruktioner, krav til aktivitet osv. gennemgås dermed i dette afsnit.

I dette afsnit drages der ligeledes en pendant til dansk praksis, hvor der netop er indført en regel vedrørende mellemholdingselskaber i aktieavancebeskatningslovens § 4 a. Denne regel kræver en vis substans af holdingselskabet. Dette substanskrav virker til at minde om det krav som skattemyndighederne har til holdingselskaber i de danske kendelser, hvorfor en sammenholdelse heraf vil ske. Hertil undersøges det dermed, om et sådant krav overhovedet er i overensstemmelse med EU-retten.

Dertil sammenholdes SKATs argumenter i de danske kendelser med den internationale dom *Prévost*. Denne dom er udvalgt, da situationen heri minder mest om situationen i de danske kendelser.

Til slut i afsnittet gives der bud på, hvorledes det må forventes, at EU-domstolen vil fortolke EU-rettens beneficial owner-begreb.

Afsnit IV indeholder et kortere retspolitisk afsnit, hvor Danmarks muligheder for at bekæmpe selskabskonstruktionerne fra kendelserne fra Landsskatteretten behandles.

Afsnit V indeholder en konklusion, som indeholder en sammenfatning af afhandlingen vigtigste konklusioner undervejs, samt et summary.

Afsnit II Den EU-retlige vinkel

5. EU-rettens betydning for de nationale skatteregler

EU-retten har siden Fællesskabets begyndelse haft en stigende betydning for både landene i og uden for EU. Dette gælder på næsten alle lovgivningsområder. Skatteretten er dog et af de få områder, hvor der ikke er sket en detaljeret regulering af EU-retten. Det har på skatteområdet været særlig vanskeligt medlemsstaterne imellem at nå til enighed omkring et fælles skattesystem, idet skattebestemmelser skal vedtages ved enstemmighed medlemsstaterne imellem¹, hvorfor en harmonisering er ganske vanskelig.

På området for de direkte skatter har medlemsstaterne dog truffet en række foranstaltninger, der sigter på at undgå skatteunddragelse og dobbeltbeskatning. Medlemsstaterne er blandt andet på enkelte skatteområder blevet enige om en harmonisering i form af vedtagelse af enkelte direktiver.

I 1977 blev der vedtaget et direktiv om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden for området for de direkte skatter (77/799/EØF).

I 1990 blev yderligere to direktiver vedtaget, nemlig fusionsdirektivet (90/434/EØF) om grænseoverskridende omstruktureringer og moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) om beskattning af udbytte fra et datterselskab til et moderselskab i forskellige medlemsstater.

I 2003 blev rente/royaltydirektivet (2003/49/EØF), omhandlende rente- og royaltybetalinger mellem koncernforbundne selskaber i forskellige medlemsstater, vedtaget. Moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royalty-direktivet vil nedenstående blive uddybet i afsnit 6.3

Dertil kommer også, at selvom de direkte skatter tilhører medlemsstaternes kompetence, så er medlemsstaten stadig forpligtet til at overholde EU-rettens grundprincipper, såsom EU-rettens forrang, den frie bevægelighed samt det EU-retlige diskriminations- og restriktionsforbud.²

Dermed er medlemsstaterne ikke enerådige, når det kommer til at bedømme skattespørgsmål, og EU-retten har derfor en stor betydning også for de direkte skatter.

¹ Traktatens artikel 114

² Jf. bl.a. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 40; sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 29; sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, præmis 44; sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, præmis 26, samt sag C-264/96, ICI, præmis 19

5.1 Den frie bevægelighed

Den frie bevægelighed omfatter, som nævnt ovenstående, fri bevægelighed for personer, varer, tjenesteydelser og kapital. På grund af afhandlingens emne vælges dog udelukkende at beskrive etableringsfriheden, idet den findes at være mest relevant for afhandlingens område, idet beneficial owner problematikken i særlig grad skyldes selskabers ret til frit at etablere sig, jf. afsnittet afgrænsning.

5.1.1 Etableringsfriheden

Etableringsfriheden medfører, at statsborgere og selskaber inden for EU frit kan etablere sig, hvor de måtte ønske, både i deres egen medlemsstat men også i andre medlemsstater. Etableringsfriheden medfører dermed en ret til at optage og udøve selvstændig virksomhed samt til at opretholde og lede virksomheder på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere og selskaber.³ Dermed sikres, at selskaber kan konkurrere på samme vilkår som nationale selskaber samt at statsborger og selskaber fra andre medlemsstater ikke kan blive mødt med restriktioner eller blive diskrimineret på grund af deres oprindelse.

Etableringsfriheden indeholder ikke kun en ret til etablering, men også en ret til selv at vælge etableringsform. Dermed har et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og som har vedtægtsmæssigt hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed inden for Fællesskabet, ret til at udøve deres virksomhed i en anden medlemsstat via et agentur, en filial eller et datterselskab. For selskaber må det nævnes, at deres hjemsted i ovennævnte forstand, i lighed med fysiske personers statsborgerskab, tjener til at bestemme deres tilknytning til en medlemsstats retsorden.⁴

Etableringsfriheden sikrer dermed, at medlemsstaterne ikke vilkårligt kan indføre skatteregler, der medfører, at selskaber afskrækkes fra at foretage en etablering i det pågældende land. Derimod er der intet til hinder for skatteregler, der finder anvendelse på konstruktioner, der ikke har til hensigt at forfølge formålene med etableringsfriheden, da disse ikke kan høre ind under bestemmelsens beskyttelsesområde. Disse situationer uddybes nedenfor i afsnit 8.3.1 om kunstige konstruktioner.

³ Jf. bl.a. sag C-264/96, ICI, præmis 20; sag 79/85, Segers, præmis 12; sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 20, sag C-212/97; Centros, præmis 19

⁴ Jf. bl.a. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 41; sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 30; sag C-167/01, Inspire Art, præmis 97; sag C-212/97, Centros, præmis 20; sag C-264/96, ICI, præmis 20; sag 79/85, Segers, præmis 13

Når en skattesag kommer for EU-domstolen, er behandlingen heraf ikke anderledes end andre sager. Domstolen begynder nemlig med en konstatering af, om der foreligger diskrimination eller en restriktion, og såfremt dette er tilfældet, om denne kan begrundes.⁵ Selvom forskelsbehandlingen kan begrundes tester Domstolen dog, om proportionalitetsprincippet er overholdt. Dette vil nedenstående kortfattet blive gennemgået.

5.2 Diskriminations- og restriktionsforbuddet i en skattemæssig sammenhæng

Eftersom EU-rettens økonomiske friheder også skal overholdes på skatteområdet, medfører dette, at diskriminations- og restriktionsforbuddet også er gældende på skatterettens område.

Forbuddet mod diskrimination medfører, at enhver form for diskrimination begrundet i nationalitet er EU-stridigt. Diskriminationsforbuddet omfatter dermed både skatteregler, der direkte underlægger udenlandske selskaber strengere krav, end dem der tilsvarende gælder for medlemsstaternes egne selskaber, samt skatteregler, der diskriminerer på andre objektive kriterier, men hvor virkningen reelt fører til samme resultat.⁶

En diskriminerende adfærd foreligger, når sammenlignelige situationer behandles forskelligt, eller i tilfælde hvor forskellige situationer behandles ens.⁷

Ud over at de nationale skatteregler ikke må være diskriminerende, indeholder EU-retten også et restriktionsforbud.

Ved en restriktion forstås en national foranstaltning, der gør det mindre attraktivt at udøve de traktatsikrede rettigheder, eller som helt kan afholde den pågældende fra at udøve sine traktatsikrede rettigheder.⁸

Restriktionsforbuddet er bredere end diskriminationsforbuddet, idet diskriminationsforbuddet kun anvendes i situationer, hvor varer, personer, selskaber, tjenesteydelser eller kapital behandles anderledes på grund af deres oprindelse. Dermed beskytter diskriminationsforbuddet alene

⁵ Jf. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 820

⁶ Jf. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 237

⁷ Jf. Sag C-279/93, Schumacker, præmis 30

⁸ Jf. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 248

udenlandske selskaber, der ønsker at etablere et selskab på en medlemsstats område mod foranstaltninger iværksat af etableringsstaten.

Restriktionsforbuddet rækker derimod videre end det, idet der ikke er krav om, at der har fundet en forskelsbehandling sted. Restriktionsforbuddet kan dermed anvendes til at tilsidesætte enhver bestemmelse, der hindrer den frie bevægelighed, medmindre hindringen kan begrundes i visse tvingende almene hensyn. Dermed medfører restriktionsforbuddet tillige en beskyttelse af selskaber, der ønsker at etablere sig på andre medlemsstaters område mod foranstaltninger iværksat af oprindelsesstaten.⁹

Som eksempel på nationale skatteregler, som er uforenelig med EU-retten, kan nævnes tilfælde, hvor de nationale skatteregler er arrangeret således, at personer og selskaber, der er hjemmehørende uden for den pågældende medlemsstat, får en dårligere skattemæssig behandling end personer og selskaber, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat. Altså dermed en diskrimination på baggrund af nationalitet.

Et andet eksempel kan være, at oprindelsesstaten underlægger visse aktiviteter, med et grænseoverskridende element, en beskatning, som dermed medfører, at det er mindre attraktivt at handle over grænsen, og dermed foreligger der en restriktion.

Det er ikke afgørende for dommen resultat, om en national skatteregel er i strid med diskriminations- eller restriktionsforbuddet. Dette skyldes, at forskellen mellem diskriminations- og restriktionsforbuddet efterhånden er ved at være udlignet i EU-domstolens praksis vedrørende direkte skatter, og dermed vil EU-domstolen normalt nå frem til det samme resultat uanset om diskriminations- eller restriktionsforbuddet er påberåbt.¹⁰

5.3 Hensyn der kan retfærdiggøre en diskrimination/restriktion

I helt særlige situationer foreligger der hensyn, der kan medføre, at en diskrimination eller en restriktion kan opretholdes. Disse hensyn har derfor stor bevågenhed fra medlemsstaternes side. Dette skyldes, at såfremt EU-domstolen konstaterer, at der foreligger en diskrimination eller en restriktion, så vil denne som udgangspunkt kunne tilsidesættes som værende EU-stridig. I særlige tilfælde kan en hindring af etableringsfriheden dog tillades, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med Traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn. Det kræves i så

⁹ Jf. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 233

¹⁰ Jf. Niels Winther-Sørensen mf., Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 440 f.

fald også, at foranstaltningens gennemførelse er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det forfulgte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.¹¹

Gennem tiden har medlemsstaterne forsøgt sig med forskellige hensyn for at begrunde en skatteretlig restriktion. Domstolene har gentagne gange afvist hensynet til tab af statens skatteindtægter som et alment hensyn.¹² Til gengæld har EU-domstolen tilkendegivet, at hensyn såsom hensynet til sammenhængen i skattesystemet¹³, hensynet til skattekontrol¹⁴ og hensynet til at forhindre skatteunddragelse og skattesvig¹⁵, kan være legitime hensyn, som i visse tilfælde kan begrunde en foranstaltning, der hindrer retten til fri bevægelighed.

EU-domstolen har dog særligt i de seneste år accepteret flere nye hensyn som relevante og har endda accepteret, at flere hensyn i en samlet helhed kan retfærdiggøre en restriktion.¹⁶

Afhandlingen vil efterfølgende kun omhandle hensynet til at forhindre skatteunddragelse og skattesvig.

5.4 Proportionalitetsprincippet

Såfremt EU-domstolen konstaterer, at der foreligger et hensyn, der kan retfærdiggøre en restriktion eller en diskrimination, skal der herefter undersøges, om det EU-retlige proportionalitetsprincip er overholdt. Det er her dels et krav, at de restriktive regler er egnede til at nå det tilstræbte mål, og dels et krav, at de ikke er mere vidtgående end nødvendigt for at nå målet.¹⁷

Konsekvensen af, at proportionalitetsprincippet ikke er iagttaget medfører, at handlingen alligevel anses for EU-stridig.

Domstolen prøver formentlig om proportionalitetsprincippet er overholdt i alle sager. Dog er der forskel på, hvor tydeligt denne prøvelse er angivet i dommen. I nogle domme udtaler domstolen

¹¹ Jf. bl.a. sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, præmis 49; sag C-436/00, X og Y, præmis 49

¹² Jf. bl.a. sag C-264/96, ICI, præmis 28; sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, præmis 60; sag C-315/02, Lenz, præmis 40; sag C-446/03, Marks & Spencer

¹³ Jf. bl.a. sag 300/90, Kommissionen mod Belgien; sag 204/90, Bachmann

¹⁴ Jf. bl.a. sag C-250/95, Futura Participations

¹⁵ Jf. bl.a. sag C-436/00, X og Y, præmis 62; sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 43 ff.

¹⁶ Jf. Niels Winther-Sørensen mf., Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 512

¹⁷ Jf. bl.a. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 47; sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 35

direkte, at der testes for proportionalitetsprincippet. I andre domme indgår kravet om proportionalitet mere indirekte i prøvelsen af sammenligneligheden og hensynene.

For at proportionalitetsprincippet anses for overholdt er det dels et krav, at de restriktive regler er egnede til at nå det tilstræbte mål samt et krav, at de restriktive regler ikke er mere vidtgående end nødvendigt for at nå målet. Her vurderer EU-domstolen, om de relevante hensyn kan varetages på en mindre indgribende måde, f.eks. ved at indrette skattereglerne på en anden måde.¹⁸ Domstolen har til dette dog udtalt, at ”etableringsfriheden ikke skal forstås således, at en medlemsstat er forpligtet til at fastsætte sine skatteregler i forhold til en anden medlemsstats skatteregler med henblik på i alle situationer at sikre en beskatning, der udviser enhver ulighed som følge af nationale skatteregler, idet de beslutninger, som et selskab træffer med henblik på etablering af kommercielle strukturer i udlandet, alt efter omstændighederne kan være mere eller mindre fordelagtige eller ufordelagtige for et sådant selskab”.¹⁹ Dette er dog ikke udtryk for, at medlemsstaterne nu er underlagt frie tøjler til at indrette sine skatteregler uden hensyntagen til Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed, idet det forsat må anses som Domstolens udgangspunkt, at der stilles strenge krav til medlemsstater, der gør gældende, at formålet bag restriktive skatteregler ikke kan varetages på en mindre indgribende måde.²⁰

Rækkevidden af proportionalitetsprincippet ses særligt i C- 446/03, Marks & Spencer, hvor EU-domstolen konstaterede, at de engelske regler om overførelse af underskud udgjorde en restriktion. Reglerne medførte, at såfremt et engelsk moderselskab havde datterselskaber i England, kunne disses underskud modregnes i moderselskabet. Havde moderselskabet derimod datterselskabet uden for England kunne underskud heri ikke modregnes.

Restriktionen ansås dog for at være begrundet i det tvingende almene hensyn ”dobbel dip”, dog mente EU-domstolen, at den engelske underskudsoverførelsesordning var uproportional. Dette skyldes, at en mindre restriktiv foranstaltning kunne opstilles i de tilfælde, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskabet ikke har kunnet anvende underskuddet i hjemlandet. Domstolen fastslog derfor, at der kunne opstilles en generel regel, hvorefter der ikke umiddelbart er ret til at fradrage underskud i ikke-hjemmehørende datterselskaber, men at denne generelle nægtelse bliver uvirksom i de tilfælde, hvor moderselskabet kan påvise, at alle muligheder for at anvende underskuddet i den anden medlemsstat er udtømt.

¹⁸ Jf. Niels Winther-Sørensen mf., Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 511 ff.

¹⁹ Jf. Sag C-157/07, præmis 50

²⁰ Jf. Niels Winther-Sørensen mf., Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 511 ff.

Marks & Spencer viser, at medlemsstaterne taber sager på trods af, at der varetages legitime hensyn, simpelthen fordi medlemsstaterne ikke tager proportionalitetsprincippet med i deres overvejelser. Dette medfører, at medlemsstaterne reelt varetager legitime hensyn, men disse kunne være foretaget på en mindre indgribende måde, som ville indebære færre ulemper for den frie bevægelighed, og dermed kan hindringen ikke retfærdiggøres alligevel.

Afsnit III Beneficial owner

6. Beneficial owner

Beneficial owner omhandler problematikken om, hvornår et selskab kan anses som værende retmæssig ejer af en betaling fra et andet selskab. Om et selskab klassificeres som beneficial owner af en betaling er særdeles afgørende, idet det har stor indvirkning på selskabets skattebetaling. Dette skyldes, at de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster samt rente-/royaltydirektivet indeholder et krav om, at et selskab skal være beneficial owner af en rente- eller udbyttebetaling for at kunne nyde godt af fordele hjemlet i overenskomsterne eller direktiverne.

Beneficial owner-begrebet blev introduceret i 1977 i OECD's modeloverenskomst. Inden dette var begrebet dog set i et antal dobbeltbeskatningsoverenskomster.²¹ På trods af dette er de første kendelser i Danmark om problematikken først blevet afsagt i 2010 og EU-domstolen har endnu ikke taget stilling til begrebet. Selvom begrebet har været kendt i mange år er der derfor ikke endnu kommet en endelig afklaring på, hvad begrebet helt konkret omfatter. Internationalt synes der heller ikke at være en afklaring på, hvad begrebet præcist omfatter. Der synes dog at være enighed om, at det reelle ejerskab skal tillægges afgørende betydning frem for det formelle. Dette vil blive uddybet nedenstående.

Herudover synes der dog ikke at være en yderligere afklaring af begrebet. Det ses derfor ofte, at der henvises til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, hvorfor de synes at være af afgørende betydning for fastlæggelsen af begrebet.²²

Beneficial owner-begrebet tiltrækker sig dog mere og mere opmærksomhed såvel i Danmark som i udlandet. Dette skyldes i særlig grad udviklingen den internationale udvikling, hvor det er blevet langt mere almindelige med grænseoverskridende selskabsstrukturer, hvilket medfører en

²¹ Jf. bl.a. Luc De Broe, "International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies", IBFD, 2008, side 663; J. David B. Oliver, Jerome B. Libin, Stef van Weeghel and Charl du Toit, "Beneficial owner", *Bulletin* 2000 (based on an IFA seminar in 1999), side 310

²² Jf. bl.a. Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.395 "Retmæssig ejer ved international concern-finansiering – 1. del"; J. David B. Oliver, Jerome B. Libin, Stef van Weeghel and Charl du Toit, "Beneficial owner", *Bulletin* 2000 (based on an IFA seminar in 1999), side 320

større skatteplanlægning hen over landegrænserne for at opnå den mest gunstige skattebetaling for den pågældende koncern.

I den dansk skatteret er begrebet blevet mere interessant efter, at der i 2001 og 2004 blev indført begrænset skattepligt for udbytter og renter. Særligt efter 2007 synes skattemyndighederne at have koncentreret sig om begrebet, hvilket blandt andet har medført en stor kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af danske koncerner. Denne skattekontrol har den dag i dag stadig stor bevågenhed fra SKATs side.²³

Grunden til, at skattemyndighederne tillagde beneficial owner langt større betydning efter indførslen af den begrænset skattepligt på udbytter og renter, er, at dette begreb er med til at sikre, at selskaberne ikke opretter en struktur som gør, at selskabet kan omgå reglerne om begrænset skattepligt.

I medfør af SEL § 2, stk. 1, litra c er der begrænset dansk skattepligt på udbytte, der betales fra et dansk selskab til udenlandske personer. SEL § 2, stk. 1, litra d foreskriver ligeledes, at der er begrænset skattepligt for renter, der betales fra et dansk selskab til udenlandske juridiske personer, såfremt der er tale om renter af kontrolleret gæld som nævnt i skattekontrollovens § 3 B. Dette medfører som udgangspunkt, at såfremt et udenlandsk selskab har et datterselskab i Danmark, vil det udenlandske selskab blive beskattet her i landet af udbytter og renter, som datterselskabet betaler til det udenlandske moderselskab.

Indførelsen af den begrænsede skattepligt har dog kun medført begrænset skattepligt i særlige situationer. Afgørende for den begrænsede skattepligt er, hvor selskabet er beliggende og om der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende land.

Såfremt selskabet ligger i EU eller i et land, hvormed der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er der ikke begrænset skattepligt på udbytte og renter, hvis beskatningen heraf skal frafalde eller nedsættes efter rente-/royaltydirektivet, moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor det modtagende selskab er hjemmehørende.

²³ Notat fra SKAT (20/03/07), ”Status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner” samt pressemeddelelse fra SKAT (01/04/11), ”Skattekontrol af kapitalfonde har høj prioritet”

Den begrænsede skattepligt omfatter dermed kun betalinger til koncernselskaber, der er hjemmehørende i lande uden for EU, hvormed der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det betyder dermed, at såfremt en betaling skal gå fra et selskab i Danmark til det pågældende udenlandske selskab, vil den begrænsede skattepligt i Danmark betyde, at det udenlandske moderselskab bliver beskattet af udbytte og renter modtaget fra det danske datterselskab, idet denne struktur ikke er omfattet af de fordele som en dobbeltbeskatningsoverenskomst og de EU-retlige direktiver indeholder.

Det vil være helt naturligt, at ovenstående koncern påtænker, om ikke også denne betaling vil kunne blive omfattet af EU-rettens og DBO-rettens fordele. En måde at omgå denne situation på er ved at der mellem det danske selskab og udenlandske moderselskab indskydes et eller flere mellemliggende holdingselskaber i et land, som har fordelagtige direktivet/overenskomster med begge lande. Dette kan enten være i et EU-land, hvilket medfører at det mellemliggende holdingselskab bliver omfattet af de ovennævnte EU-direktiver, eller i et land, hvormed Danmark har indgået en gunstig dobbeltbeskatningsoverenskomst, som holdingselskabet dermed bliver omfattet af. Dermed undgås eller minimeres den danske kildeskat, og indkomsterne fra det danske selskab kan via det indskudte holdingselskab kanaliseres videre til det udenlandske moderselskab.

Det centrale spørgsmål bliver derfor, hvilket selskab der må anses som værende den beneficial owner af den pågældende betaling. Det mellemliggende holdingselskabet hvortil betalingen først bliver udbetalt, eller om der i stedet skal ses igennem det mellemliggende holdingselskab og det i stedet er de bagvedliggende ejere, der egentlig må anses som værende beneficial owner, således at der alligevel udløses begrænset skattepligt til Danmark. Princippet om beneficial owner er dermed et værn imod, at en koncern blot indskyder et mellemliggende holdingselskab blot for at undgå/minimere en skattebetaling.

6.1 Landskatterettens kendelser om beneficial owner

I 2010 er de første danske kendelser om beneficial owner blevet afsagt. I afhandlingen tages udgangspunkt i de første to kendelser omkring problemstillingen, nemlig SKM2010.268 LSR og SKM2010.729 LSR. Disse kendelser er de første, hvor skattemyndighederne har forsøgt sig med at påberåbe begrebet beneficial owner som grundlag for at tilsidesætte en pengestrøm ud af Danmark.

6.1.1 Faktum i SKM 2010.268 LSR

Kendelsen omhandler spørgsmålet om indeholdelsespligt for en udbytteudlodning fra et dansk selskab til dets moderselskab i Luxembourg.

En række kapitalfonde havde etableret en struktur, hvor de igennem et holdingselskab i Luxembourg købte et dansk selskab (A A/S). Kapitalfondene ejede derud over også endnu et dansk selskab (D A/S) som blev opkøbt af A A/S. D A/S skulle fungere som holdingselskab for A A/S. Efterfølgende stiftede kapitalfondene et nyt dansk selskab, S A/S. I forbindelse med stiftelsen blev D A/S apportindskudt, således at D A/S blev et helejet datterselskab af S A/S, og der var dermed tale om en dobbelt dansk holdingstruktur. Den danske holdingstruktur blev efterfølgende indskudt i en Luxembourg dobbelt holdingstruktur.

Kort tid herefter blev der aflagt årsrapport for S A/S, og der blev afholdt ordinær generalforsamling i S A/S, hvor det blev besluttet at udbetale udbytte til luxembourgske moderselskabet. Straks efter denne udlodningen ydede det luxembourgske moderselskab to lån til S A/S (et konvertibelt lån og et ikke-konvertibelt lån) som omtrent svarede til hele det deklarerede udbytte.

6.1.2 Faktum i SKM 2010.729 LSR

Kendelsen omhandler spørgsmålet om indeholdelsespligt af renteskat af renter udbetalt fra et dansk selskab til sit moderselskab i Luxembourg.

En række kapitalfonde købte via et luxembourgsk holdingselskab et danske selskab (H1 A/S). Kapitalfondene ejede yderligere et dansk selskab (G2 A/S) som blev opkøbt af H1 A/S. G2 A/S skulle fungere som holdingselskab for det oprindelige danske selskab. Kapitalfondene stiftede herefter selskabet H1 A/S. I forbindelse med stiftelsen blev G2 apportindskudt, således at G2 A/S blev et helejet datterselskab af H1 A/S. Her var der således også tale om en dobbelt dansk holdingstruktur.

Efterfølgende blev den danske holdingstruktur indskudt i en Luxembourg dobbelt holdingstruktur.

Kort tid herefter blev der aflagt årsrapport for H1 A/S og der blev afholdt ordinær generalforsamling i selskabet, hvor det blev besluttet at udbetale udbytte til det luxembourgske moderselskabet. Straks efter udlodningen ydede det luxembourgske moderselskab to lån til H1 A/S (et konvertibelt lån og et ikke-konvertibelt lån).

6.1.3 Sammenholdelse

I begge kendelser har SKAT argumenteret for, at det mellemliggende holdingselskab i Luxembourg ikke var beneficial owner af den modtagne betaling, hvorfor betalingen skulle anses som værende gået direkte fra det danske selskab til holdingselskabets ultimative ejere på Cayman Island. SKAT mener, at den pågældende selskabskonstruktion udelukkende går ud på at finde frem til den mest gunstige skattemæssige løsning for de ultimative ejer via udnyttelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster, moder-/datterselskabsdirektivet eller rente-/royaltydirektivet.

I kendelserne fra Landsskatteretten inddrages både moder-/datterdirektivet, rente-/royaltydirektivet samt OECD's modeloverenskomst til at fastlægge beneficial owner-begrebet. Særligt interessant er det, at begrebet beneficial owner er nævnt i rente-/royaltydirektivet samt i de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster. Derimod er begrebet ikke at finde hverken i intern dansk skatteret eller i moder-/datterselskabsdirektivet.

Disse vil nedenstående blive analyseret sammen med andre vigtige momenter i kendelserne.

6.2 Beneficial owner i OECD's modeloverenskomst

En dobbeltbeskatningsoverenskomst er en folkeretlig bindende traktat indgået mellem to eller flere stater. Det primære formål med en dobbeltbeskatningsoverenskomst er at forhindre international dobbeltbeskatning. Dette gøres ved at dobbeltbeskatningsoverenskomsten regulerer de pågældende landes beskatningsret som ellers ville følge af deres interne ret.²⁴

De fleste danske dobbeltbeskatningsoverenskomster er opbygget ud fra OECDs modeloverenskomst, hvorfor denne også nedenstående bruges til fortolkning af beneficial owner. OECD's modeloverenskomst udgør dog ikke en folkeretlig forpligtigelse, hvorfor den udelukkende er vejledende for de pågældende lande. Modeloverenskomsten er dog stadig et vigtigt fortolkningsbidrag. Dertil skal man dog være opmærksom på, at da DBO-retten ikke er en retsorden men derimod en aftale mellem de pågældende stater, så er det ikke sikkert, at samme udtryk i to forskellige overenskomster nødvendigvis skal fortolkes ens, da der i princippet er aftalefrihed herfor.

Dobbeltbeskatningsoverenskomster udgør heller ikke i sig selv en hjemmel for beskatning, idet der blot er tale om en aftale. Dermed er der krav om en udtrykkelig hjemmel i den nationale skattelovgivning. Denne findes blandt andet i selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra c og d, som

²⁴ Jf. Niels Winther-Sørensen mf., Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 26

angiver at der ikke er begrænset skattepligt for udbytte og renter, hvis beskatningen heraf skal frafalde eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.²⁵

For at være omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst skal selskabet været hjemmehørende i en af eller begge de kontraherende stater, jf. modeloverenskomstens artikel 1. Dobbeltbeskatningsoverenskomster giver selskaber nogle helt særlige muligheder for at omgå den nationale lovgivning. Dette kan blandt andet gøres ved at et selskab indskyde som et mellemlid i et land udelukkende for at opnå fordele i den dobbeltbeskatningsoverenskomst, som det pågældende selskab nu bliver omfattet af. Det at selskaberne vælger at etablere sig i de lande, hvor de kan blive omfattet af den mest fordelagtige dobbeltbeskatningsoverenskomst kaldes treaty shopping.²⁶ Som et værn mod dette blev begrebet om beneficial owner indsat i OECD's modeloverenskomst.

Den første version af OECD's modeloverenskomst udkom i 1963, men denne indeholdt ikke udtrykket beneficial owner. Begrebet beneficial owner blev først indført i OECD's modeloverenskomst ved revisionen i 1977. Begrebet var dog ikke defineret i modeloverenskomsten, og vejledning hertil måtte derfor søges i kommentaren til OECD's modeloverenskomst fra 1977. Heri fandtes dog heller ikke megen vejledning til forståelsen af beneficial owner-begrebet. The Committee on Fiscal Affairs udarbejdede i 1987 rapporten "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", som efterfølgende er blevet brugt som vejledning til begrebet. OECD reviderer dog løbende modeloverenskomsten og de tilhørende kommentarer. Kommentaren er blevet revideret i 2003 og 2005, hvor der er blevet indsat væsentlige bidrag til forståelsen af begrebet beneficial owner. Men en egentlig definition af begrebet er endnu ikke indsat. Der er i de senere versioner foretaget mindre ændringer af kommentarerne, også i 2010-versionen, men ikke af væsentlig betydning for begrebet.

Dermed er begrebet beneficial owner fortsat hverken defineret i modeloverenskomsten eller i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, som kendelserne fra Landsskatte retten omhandler.

²⁵ I den dansk/Luxembourgiske modeloverenskomst er følgende bestemt om beskatningen af udbytte og renter:

Artikel 10, udbytte: Kildelandet har beskatningsretten til udbytte med 5 pct. i moder-/datterselskabsforhold og med 15 pct. i andre tilfælde. Hvis betingelserne i EU's moder-/datterdirektiv er opfyldt, har den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende ingen beskatningsret til udbytte, der udloddes til moderselskabet.

Artikel 11, renter: Renter kan kun beskattes i bopælslandet.

²⁶ Jf. Aage Michelsen, International skatteret, 3. udgave 2003, Thomson, s. 419 ff.

Efterhånden er det også blevet muligt at søge vejledning i den internationale retspraksis, som er mere righoldig på området end EU-domstolens praksis.

Det er i dansk skatteretlig praksis, som nævnt, fast antaget, at OECD's kommentarer til modeloverenskomsten kan inddrages som supplement til fortolkningen af til de dobbeltbeskatningsoverenskomster som Danmark har indgået. Såfremt modeloverenskomsten, efter indgåelse af den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst, er ændret, opstår spørgsmålet om, hvilken version af modeloverenskomsten der skal indgå ved fortolkning.

Udgangspunktet er, at man ved fortolkningen skal tage udgangspunkt i den version af modeloverenskomsten med kommentarer, som var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den konkrete overenskomst. Dette ses blandt andet også i Landsskatterettens kendelser.

OECD's kommentarer angiver dog, at man så vidt muligt bør fortolke overenskomster i overensstemmelse med nyere kommentarer, såfremt de nye kommentarer ikke er udtryk for en egentlig ændring af modeloverenskomsten. Nye kommentarer kan meget vel være udtryk for en præcisering og ikke en ændring i forhold til tidligere. Såfremt nye kommentarer er udtryk for en ændring i forhold til tidligere versioner og ikke blot en præcisering, kan de nye kommentarer til modeloverenskomsten næppe lægges til grund. Det er derfor af central betydning, om de nye kommentarer kan anses som udtryk for en præcisering eller en ændring.²⁷

Eftersom beneficial owner-begrebet ikke har haft noget klart indhold i de tidligere versioner af kommentarerne, og da de nye kommentarer ikke kan anses som særligt vidtgående, må det antages, at de danske domstole formentlig vil anse de nye kommentarer om beneficial owner-begrebet som præciseringer.²⁸ Dette følger også af kendelserne fra Landsskatteretten om beneficial owner, hvor Landsskatteretten henviser til kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003, selvom dobbeltbeskatningsoverenskomsten i afgørelsen var fra 1980, hvorfor der her må være lagt en dynamisk fortolkning til grund.²⁹

²⁷ Jf. bl.a. Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.395, "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del"; Niels Winther-Sørensen mf., Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 49

²⁸ Jf. Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.395, "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del"

²⁹ Jf. bl.a. Jakob Bundgaard i SU 2010, 144, "Første slag om "beneficial owner" er udkæmpet – det endelige venter forude"

I den skatteretlige litteratur er det også meget omdiskuteret, om begrebet beneficial owner skal fortolkes autonomt, altså uden anvendelse af intern ret, eller om begrebet skal fortolkes via den interne ret.

Der er store problemer forbundet med begge fortolkningsmetoder. Såfremt begrebet skal fortolkes via den interne ret, vil dette medføre en usikkerhed i begrebet, da den interne fortolkning med al sandsynlighed vil medføre, at begrebet fortolkes forskelligt i de to stater, hvilket både kan føre til en dobbeltbeskatning og en dobbelt ikke-beskatning.

Hvis der derimod skal foretages en autonom fortolkning, altså uden inddragelse af intern ret, der opstår spørgsmålet, hvilken international fortolkning, der skal anvendes, idet det er svært at nå frem til en fælles international betydning.

I dansk retspraksis har domstolene traditionelt udvist tilbageholdenhed med at foretage autonome overenskomstfortolkninger, når resultatet ikke fremgik relativt klart af overenskomsten. På baggrund af den danske praksis er Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen mest tilbøjelige til i hvert fald i en vis udstrækning at fortolke begrebet i overensstemmelse med intern dansk skatteret.³⁰

Det er derfor væsentligt for sagen, at indholdet af begrebet den retmæssige ejer ikke er defineret i den dansk/luxembourgiske overenskomst eller i OECD's modeloverenskomst, at modeloverenskomstens kommentarer er meget upræcise, og at begrebet fortolkes forskelligt i international retspraksis og teori. Der kan således næppe mønstres international konsensus om andet og mere end, at begrebet kan anvendes i forhold til en "a nominee or an agent", dvs. en mellemmand.³¹

De danske domme om beneficial owner synes dog at indikere, at Landsskatteretten har tilsluttet sig synspunktet om, at der skal foretages en autonom fortolkning af beneficial owner-begrebet, idet Landsskatteretten henviser til OECD's kommentarer.³²

Beneficial owner står i modeloverenskomsten nævnt i artikel 10 om udbytte og artikel 11 om renter og blev indført i modeloverenskomsten med henblik på imødegåelse af skatteunddragelse.³³

³⁰ Jf. Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.395, "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del"

³¹ Jf. Committee on Fiscal Affairs, "International tax avoidance and evasion: four related studies", 1987, side 93.

³² Jf. bl.a. Jakob Bundgaard i SU 2010, 387, "Beneficial owner – nyt nederlag og skærpende regler på vej"

Forståelsen af begrebet beneficial owner er navnlig behandlet under kommentarerne til udbytte, hvorfor der primært tages afsæt heri. Forståelsen af begrebet er dog det samme uanset om, der er tale om udbytte eller renter.

Af kommentarerne til artikel 10 fremgår, at kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i modeloverenskomsten for at tydeliggøre, at kildestaten ikke er forpligtet til at give afkald på sin beskatningsret, blot fordi indkomsten umiddelbart blev betalt til en person, der er hjemmehørende i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.³⁴ Begrebet er dermed indsat som et værn mod treaty shopping for at sikre at borgere i tredjelande ikke opretter gennemstrømningsselskaber for at nyde overenskomstens fordele. Endvidere fremgår det, at begrebet retmæssig ejer ikke er anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse. Dermed vil det ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, at kildelandet indrømmer lempelse eller skattefritagelse, såfremt indkomsten betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, og som handler i sin egenskab af agent eller mellemmand.

Dette støttes også af rapporten fra The Committee on Fiscal Affairs, som anfører:

“The Commentaries mention the case of a nominee or agent. The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has similar function to those of a nominee or an agent. Thus, a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, through the formal owner of certain assets, it has very narrow powers, which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company).”³⁵

Rapporten fastslår dermed, at en ”nominee” eller ”agent” aldrig kan anses som værende beneficial owner af en pengestrøm. På niveau hermed findes det dog, at et selskab som har en lignende funktion heller ikke kan være beneficial owner. Dette kan f.eks. være et gennemstrømningssel-

³³ OECD's modeloverenskomst 2010 – med kommentarer, kommentarer til art. 1, pkt. 10

³⁴ OECD's modeloverenskomst 2010 – med kommentarer, kommentarer til art. 10, pkt. 12

³⁵ Jf. Committee on Fiscal Affairs, ”International tax avoidance and evasion: four related studies”, 1987, side 93.

skab uden reelle beføjelser, men som blot anses som værende en ren administrator, der handler på baggrund af interesseforbundne parter.

Afslutningsvis kan således konkluderes, at kommentarerne til modeloverenskomsten ligger dermed vægt på det reelle forhold frem for det formelle forhold. Dette ses blandt andet ud fra følgende:

*”Når en indkomst betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat og som handler i sin egenskab af agent eller mellemand, vil det ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, at kildestaten indrømmer lempelse eller skattefritagelse **alene** på grundlag af den umiddelbare indkomstmodtagers status som person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat.”* (Min fremhævning)

Dermed er det ikke afgørende for lempelsen af kildeskatten, om modtageren af betalingen har indrettet sig i en stat, hvormed kildelandet har indgået en overenskomst, udelukkende for at denne kan nyde godt af overenskomsten fordele. Dermed er det ikke nok for at få lempelse, at man blot opretter et selskab i det land, hvormed kildelandet har en gunstig dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det er tillige et krav, at modtageren også er den retmæssige ejer af betalingen, således at man ikke blot udnytter disse dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dermed er det ikke nok, at modtageren er den formelle modtager. Der skal også være realitet her bag.

Andre relevante kommentarer i modeloverenskomsten vurderes senere i afhandlingen i forbindelse med gennemgang af de danske kendelser om beneficial owner.

6.3 Beneficial owner i direktiverne

6.3.1 Rente-/royaltydirektivet

Formålet med rente-/royaltydirektivet har været at sikre, at samme beløb kun beskattes en gang, hvorfor man har ønsket at ophæve dobbeltbeskatning for at sikre det indre marked. Dette gøres ved at give beskatningsretten til den medlemsstat, hvor den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er hjemmehørende. Når en indtægt kun beskattes en gang medfører dette, at virksomhederne i medlemsstaterne bedre kan drage fordel af mulighederne på det indre marked, som jo netop er et af hovedformålene med Fællesskabet.³⁶

³⁶ Jf. Forslag til Rådets direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, KOM1998,67

Rente-/royaltydirektivet finder anvendelse, når et moderselskab der hjemmehørende i EU, modtager renter og royalty fra sit datterselskab, som er hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat. Når sådan en EU-retlig transaktion finder sted, medfører direktivet, at der ikke sker en kildebeskatning på koncerninterne renter og royalties.

Anvendelsesområdet for rente-/royaltydirektivet stiller krav til, at der er tale om en grænseoverskridende transaktion, således at det er et selskab i en anden medlemsstat, der modtager renterne samt at det modtagne selskab skal være et associeret selskab.³⁷

Særligt interessant for denne afhandlingen er det ligeledes en betingelse for fritagelse af kildebeskatning, at selskabet der modtager renter, er den retmæssige ejer, jf. art 1. Et selskab kan i medfør af definitionen af retmæssig ejer-begrebet i art. 1, stk. 4, kun anses for at være den retmæssige ejer af renterne, hvis selskabet modtager renterne til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.

Formålet med at have indsat begrebet retmæssig ejer i direktivet er at sikre, at fritagelse for kildebeskatning kun finder sted, hvis den faktiske ejer af rente- eller royaltybetalingerne opfylder kravene i direktivet. Dermed finder direktivet ikke anvendelse i de situationer, hvor en mellemmand, som f.eks. en agent, en repræsentant eller en mandatar, er koblet ind mellem modtageren og betaleren, men hvor betingelserne for anvendelse af direktivet ikke er opfyldt.³⁸ I forlængelse heraf stiller direktivet også krav om, at betalingerne skal være til eget brug for det modtagende selskab.

Direktivet må derfor på baggrund af ovenstående søge at værne mod tilfælde, hvor et mellemlid kunstigt er skudt ind mellem modtageren og betaleren, altså som en form for proforma, hvorved den faktiske ejer ikke opfylder kravene til kildebeskatningsfritagelse.

Direktivets definition af retmæssig ejer er ikke udtømmende. Dertil kommer ligeledes, at begrebet heller ikke er særlig uddybet i forarbejderne til direktivet. EU-domstolen har spillet en fremtrædende rolle ved fortolkning og udfyldning af Traktatens bestemmelser, og derfor spiller EU-

³⁷ Udtrykket associeret selskab er i rente-/royaltydirektivets art. 3, litra v, defineret som et selskab, der er associeret med et andet selskab, som minimum ved at 1) det direkte besidder en anden på mindst 25 pct. af det andet selskabs kapital, eller 2) det andet selskab direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af dets kapital, eller 3) et tredje selskab direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af både dets kapital og af det andet selskabs kapital. Kapitalandelene må kun angå selskaber, der er hjemmehørende i Fællesskabet.

³⁸ Jf. Forslag til Rådets direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, KOM1998,67

domstolens fortolkning af begrebet en afgørende betydning. Indtil videre har EU-domstolen dog ikke taget stilling til domme vedrørende beneficial owner. Det kan derfor være interessant at vurdere, hvortil EU-domstolen eventuelt ville skele ved fortolkning af begrebet. For en uddybning heraf se afsnit 9.

6.3.2 Moder-/datterselskabsdirektivet

Moder-/datterselskabsdirektivet har, ligesom rente-/royaltydirektivet til formål at hindre dobbeltbeskatning på udbytte for at sikre et effektivt indre marked. Dette gøres ved at fritage det modtagende moderselskab for kildeskat af udloddede udbytter fra datterselskabet. Gøres dette ikke vil der kunne finde en dobbeltbeskatning sted, idet et datterselskab beskattes af sin indkomst, men samtidig hermed beskattes et moderselskab også af sin andel af det pågældende udbytte, når et datterselskab udlodder det.

Moder-/datterselskabsdirektivet finder anvendelse, når et moderselskab hjemmehørende i EU modtager udbytte fra sit datterselskab, som er hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat. Det er tillige et krav, at moderselskabet ejer minimum 10 pct. af kapitalen i datterselskabet.

Til forskel fra rente-royaltydirektivet indeholder moder-/datterselskabsdirektivet ingen bestemmelse omkring beneficial owner. På trods af dette påberåbes netop beneficial owner-begrebet i SKM 2010.268 LSR, som omhandler udbytte, og som dermed alene er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Spørgsmålet må derfor være, om SKAT forsøger at indfortolke et beneficial owner-begreb i moder-/datterselskabsdirektivet.

Denne indfortolkning synes støttet af Skatteministeren, som blandt andet har udtalt, at *”et rent gennemstrømningsselskab i f.eks. et EU-land vil derfor ikke være beneficial owner af udbyttet. Det skal i den forbindelse nævnes, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke indebærer, at udbyttebetalingerne gennem gennemstrømningsselskaber skal anerkendes”*.³⁹

Skatteministeren synes her blot at antage, at der i moder-/datterdirektivet også findes en hjemmel til at sidesidesætte arrangementer, hvor ejerskabskravet ellers er opfyldt, ud fra en betragtning som, at det indskudte selskab ikke er beneficial owner.⁴⁰

³⁹ Jf. Skatteministerens svar på spørgsmål fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, L213 (2006/2007), bilag 26, side 20

⁴⁰ Mads Severin Hansen i ”Beneficial owner”, TfS 2010/10, særtillæg, Magnus Informatik

Der vil klart være fordele ved at indfortolke beneficial owner til også at være omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, idet direktiverne derved får et mere ens anvendelsesområde, hvilket vil være nærliggende, da formålet med begge direktiver er at sikre et effektivt indre marked, og derfor burde de samme forhold også kunne nægtes efter begge direktiver.

I SKM 2010.268 LSR påberåber selskabets repræsentanter sig også moder-/datterselskabsdirektivet, og fastslår hermed, at eftersom holdingselskabet opfylder både kapitalkrav og ejertidskrav i moder-/datterselskabsdirektivet, har selskabet et ubetinget krav på at blive fritaget for kildeskat på udbytter fra det danske selskab.

Selskabets fortolkning af direktivet må klart kunne tiltrædes, idet på baggrund af den ovenstående gennemgang af EU-rettens fortolkningsprincipper synes en indfortolkning af beneficial owner dog ikke at kunne tiltrædes. Dette kan blandt andet begrundes i, at et yderligere krav for direktivets anvendelse vil stride imod direktivets fortolkning.

Udgangspunktet må derfor være, at selskaber, der opfylder moder-/datterselskabsdirektivets ejerskabskrav, kan påberåbe sig direktivets beskatningsfordele, uanset om det indskudte selskab ikke kan betragtes som værende beneficial owner. Dermed kan beneficial owner ikke bruges til at nægte direktivet skattefordele.⁴¹ Det eneste, der i så fald ville kunne bruges, er den generelle misbrugsbestemmelse i direktivet, såfremt der f.eks. er tale om skatteunddragelse.

6.3.3 Misbrugsbestemmelsen i rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet

Både rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet indeholder en generel misbrugsbestemmelse, som giver medlemsstaterne mulighed for at indføre nationale bestemmelser, der skal hindre svig eller misbrug, jf. moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2 og rente-/royaltydirektivets art. 5.

Direktivet misbrugsartikel er dog ikke i sig selv en hjemmel for medlemsstaterne til at hindre svig og misbrug. I SKM 2010.268 LSR synes SKAT at forudsætte, at EU-domstolens praksis i sig selv afgiver det fornødne grundlag for at kunne gribe ind over for misbrugstilfælde. Dette er dog ikke korrekt. Misbrugsbestemmelsen giver alene mulighed for, at direktivets fordele kan

⁴¹ Dette støttes blandt andet også af Martin Poulsen i SU 2009, 278, ”Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber” der blandt andet fastslår at ”Sådanne udbytteudlodninger omfattes nemlig af anvendelsesområdet for moder-/datterselskabsdirektivet, der – I modsætningen til de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster – ikke indeholder et krav om retmæssig ejer som en forudsætning for fritagelse for kildeskat på udbytte”. Dette støttes ligeledes af Mads Severin Hansen i ”Beneficial owner”, TfS 2010/10, særtillæg, Magnus Informatik

nægtes, såfremt der er intern hjemmel hertil. Dette støttes blandt andet også af Landsskatteretten i SKM 2010.268 LSR. En intern hjemmel behøver dog ikke være en national lovbestemmelse, men kan også være indeholdt i almindelige internretlige uskrevne principper om omgåelse og misbrug. I dansk ret forsøges princippet om rette indkomstmodtager og realitetsgrundsætningen at danne grundlag herfor.⁴² På baggrund af ovenstående afgrænsning, vil disse dog ikke blive uddybet yderligere i afhandlingen.

Konklusionen er altså, at direktivernes misbrugsbestemmelser ikke kan anvendes af EU-domstolen, men derimod i stedet må anses som en bemyndigelse til medlemsstaterne til at indføre eller opretholde nationale misbrugsregler.⁴³ Bemyndigelsen er dog ikke ubegrænset, idet de nationale regler skal overholde EU-rettens misbrugsbegreb. Dette begreb uddybes i afsnit 8.3 om skatteunddragelse.

Dermed er der i rente-/royaltydirektivet en væsentlig forskel på bestemmelsen om beneficial owner, art. 1, stk. 4 og den generelle misbrugsbestemmelse i art. 5, idet bestemmelsen om beneficial owner fortolkes uafhængigt af intern ret, hvorimod misbrugsbestemmelsen kræver en intern hjemmel.

Som nævnt ovenstående indeholder både moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet en generel misbrugsbestemmelse. Derimod indeholder rente-/royaltydirektivet som det eneste også en bestemmelse om beneficial owner. Derfor er en afgrænsning mellem misbrugsbestemmelse og bestemmelse om beneficial owner i rente-/royaltydirektivet af særlig interesse, idet dette også kan have stor betydning for anvendelsen af moder-/datterselskabsdirektivet.

Den omstændighed, at rente-/royaltydirektivet indeholder begge bestemmelser, må betyde, at der kan ske en opdeling af situationer, hvor de to bestemmelser finder anvendelse. Dermed må der kunne forekomme situationer, hvor der er en problematik om beneficial owner, men hvor denne ikke nødvendigvis er omfattet af en misbrugssituation. Bestemmelsen om beneficial owner må derfor udelukkende skulle bruges i tilfælde, hvor der ikke er tale om misbrug, da det ellers ville være langt mere nærliggende at bruge misbrugsbestemmelsen.

⁴² Jf. Jakob Bundgaard i SU 2009,61 ”Rente-/royaltydirektivet i national kontekst”

⁴³ Jf. bl.a. sag C-321/05, Kofoed, præmis 46-48

Selvom moder-/datterselskabsdirektivet omhandler udbytter og rente-/royaltydirektivet omhandler renter og royalties, så er formålet med direktiverne den samme, nemlig at hindre dobbeltbeskatning for at sikre et effektivt indre marked. Derfor er det særligt interessant, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke indeholder en tilsvarende bestemmelse om beneficial owner. Det virker meget mærkværdigt, at dette er tilfældet, og man fristes derfor til at tro, at dette måske ikke er bevist fra lovgivers side. Der er i hvert fald ikke noget, der tyder på, at der er en særlig grund til at undlade bestemmelsen i moder-/datterselskabsdirektivet, og det vil da også have været nærliggende, at direktiverne netop på dette område havde været ens på grund af det fælles anvendelsesområde og formål.

Man vil derfor kunne fristes til at tro, at misbrugsbegrebet i moder-/datterselskabsdirektivet er bredere end i rente-/royaltydirektivet, således at dette også omfatter beneficial owner. Dette er der dog intet der tyder på, idet en ordlydsfortolkning som udgangspunkt må lægges til grund.

Man må derfor gå ud fra, at misbrugsbestemmelserne i de to direktiver har samme anvendelsesområde, og at hensynet til at undgå misbrug først og fremmest anses for varetaget af misbrugsbestemmelsen i begge direktiver, og dermed ikke af rente-/royaltydirektivets bestemmelse om retmæssig ejer.⁴⁴

Dette bevirker dermed, at bestemmelsen om beneficial owner i rente-/royaltydirektivet formentlig må have et meget begrænset anvendelsesområde.

7. EU-rettens forrang

EU-rettens forrang er et af de vigtigste principper i EU-retten, idet dette er med til at sikre EU-rettens effektivitet og ensartet anvendelse i EU-medlemsstaterne. Princippet regulerer både situationen mellem EU-retten og national ret, EU-retten og folkeret samt EU-rettens indbyrdes rangorden.

7.1 EU-rettens forrang set i forhold til national ret

Princippet om EU-rettens forrang blev første gang slået fast i EU-dommen Costa mod ENEL, sag 6/64, hvor EU-rettens forrang blev afprøvet. EU-domstolen slog i denne sag fast, at medlemsstaterne ved at indgå i Fællesskabet har opgivet en vis suverænitet inden for særligt afgrænsede områder. Dertil kommer, at EU ville miste sin virkning, såfremt at medlemsstaterne ved

⁴⁴ Jf. Jakob Bundgaard i SU 2009,61 ”Rente-/royaltydirektivet i national kontekst”

egen national lovgivning efterfølgende kunne ændre en EU-lovgivning. Dermed ville retsordenen i EU blive vilkårlig, og dette vil bringe Fællesskabets formål i fare.

Dertil kommer også, at en uens behandling af EU-retten vil kunne medføre en forbudt forskelsbehandling, idet nogle medlemsstater således ville følge EU-retten, mens andre stater i stedet på samme område ville følge en national regel.

På baggrund af dette fastslår EU-domstolen, at EU-retten må gå forud for hvilken som helst national bestemmelse, idet EU-retten ellers ville miste sin fællesskabskarakter, og idet selve retsgrundlaget for Fællesskabet ellers ville blive bragt i fare. Derfor kan en ensidig national foranstaltning, der er uforenelig med fællesskabet, ikke gøres gældende.

Princippet skyldes, at såfremt det ikke gjaldt, så ville dette kunne medføre, at EU-retten kunne blive fortolket forskelligt alt efter hvilken medlemsstat, man indfandt sig i. Dette ville både skabe stor usikkerhed for EU-borgerne, men tillige også medføre, at den frie bevægelighed ikke ville kunne opretholdes, idet dette ville medføre en klar forskelsbehandling af EU-borgerne.

Dette medfører dermed, at EU-retten har forrang frem for al national lovgivning, også de nationale grundlove. Dette aspekt af forrangsprincippet har været vanskeligt for en del af medlemsstaterne at acceptere. EU-domstolen har valgt en pragmatisk løsning på dette problem i håb om at en eventuel konflikt mellem EU-retten og en national grundlov ikke vil ske. EU-domstolen har derfor valgt at gøre de nationale grundrettigheder til en del af EU-retten. Traktaten indeholdt nemlig ikke sådanne rettigheder. Det kan dog ikke udelukkes, at der ikke vil opstå konflikter mellem EU-retten og de nationale grundlove. Det er således ikke alle medlemsstaternes enkelte grundrettigheder, der er blevet en del af EU-retten, men alene de rettigheder der er fælles.⁴⁵

EU-rettens forrang medfører dermed, at nationale regler, der strider mod EU-retten, ikke kan anvendes.

7.2 EU-rettens indbyrdes rangorden

Traktaten er EU-rettens øverste retskilde, men langt fra den eneste vigtige retskilde i EU. Den sekundære ret, såsom direktiver, spiller nemlig også en afgørende rolle i EU. Eftersom EU-retten har så mange forskellige retskilder, er det vigtigt at have styr på den indbyrdes rangorden

⁴⁵ Jf. Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 172 f.

herimellem. Alle sekundære retskilder skal overholde Traktaten, idet disse blot supplerer Traktaten, men ikke kan ændre ved bestemmelser heri.

I denne afhandling bruges, inden for det EU-retlige område, direktiverne som retskilde til at analysere begrebet beneficial owner. Det er her særligt interessant, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke indeholder begrebet beneficial owner, hvorimod rente-/royaltydirektivet gør.

Eftersom beneficial owner er nævnt i en sekundær retskilde, burde EU-rettens rangorden medføre, at dette ligeledes er omfattet af Traktaten.

Begrebet beneficial owner står ikke nævnt i Traktaten. Dermed virker det som en udvidelse af Traktatens område, at rente-/royaltydirektivet har indført begrebet beneficial owner i dette direktiv.

At et begreb ikke står der direkte er dog ikke ensbetydende med, at det alligevel ikke er omfattet. De ovenstående nævnte tvingende almene hensyn må anses som værende ophøjet på traktatniveau gennem EU-domstolens praksis vedrørende etableringsfriheden osv., idet dette er en del af Traktatens undtagelsesbestemmelser. Indtil videre har EU-domstolen, som nævnt, ikke taget stilling til beneficial owner. Når dette engang sker vil det kunne medføre, at beneficial owner i sig selv bliver et tvingende alment hensyn, hvormed det således er i overensstemmelse med Traktaten.

Med dette ønskes blot at gøre gældende, at der kan stilles spørgsmålstegn ved, om rente-/royaltydirektivet overhovedet overholder Traktaten. Dette vil dog ikke efterfølgende være genstand for behandling i afhandlingen.

7.3 EU-rettens forrang set i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

En anden særlig problemstilling opstår, når det skal vurderes, hvordan forholdet mellem EU-retten og dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem EU-medlemsstaterne er, idet der også her vil kunne opstå spørgsmål omkring rangorden. I kendelserne fra Landsskatteretten bruges både EU-retten og DBO-retten, hvorfor det synes nærliggende at afklare rangen imellem dem.

Når rangordenen mellem EU-retten og DBO-retten skal sammenholdes er det et vigtigt moment, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst er en folkeretlig bindende traktat, altså en aftale indgået af den enkelte medlemsstat med en anden stat, hvorimod EU-retten er en retsorden vedtaget af alle medlemsstaterne. Allerede dette moment taler for EU-rettens forrang. Det er også særdeles afgørende for EU-rettens virke, at den ikke kan blive underkendt af en aftale indgået af den en-

kelte medlemsstat enten med en anden EU-medlemsstat eller et tredjeland. Dette ville mindske EU-rettens effektivitet, hvis den blot kunne tilsidesættes af en dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået af den enkelte medlemsstat. EU-rettens forrang må derfor også i høj grad gælde i forhold til medlemsstaternes dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Dette understøttes blandt andet af Thomas Rønfeldt⁴⁶ som fastslår, at EU-retten har forrang i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Ligeledes Anders Nørgaard Laursen i SU 2010, 70⁴⁷ som konkludere, at *"EU-rettens forrangsprincip vil som udgangspunkt medføre, at DBO'erne må vige for EU-retten, i det omfang en bestemmelse i en DBO strider mod en af frihedsrettighederne..."*

EU-rettens forrang må ligeledes Erik Werlauff og Nikolaj Vinther indirekte argumentere for i TfS 2006, 603⁴⁸, hvori de kommenterer OECD's arbejde med modeloverenskomster. *"Ganske vist er de formålstjente, f.eks. til beskyttelse mod udhuling af skattegrundlaget gennem regler om tynd kapitalisering, eller som her til beskyttelse mod udnyttelse af lavskatteindkomst til skattebesparelse, men de tager ikke altid fornøden højde for fællesskabsrettens vidtgående frihedsrettigheder."*

Forfatterne ønsker hermed at gøre opmærksom på, hvor vigtigt det er, at OECD er opmærksom på EU-retten, hver gang de udsteder en anbefaling eller model. *"Det er meget ubehageligt, når en enkelt stat får underkendt dele af sin skattelovgivning som fællesskabsstridigt og måske skal genoptage tusinder af selskabers skatteansættelser, men det er mangedobbelt uheldigt, når en lang række stater kollektivt må skrotte deres lovgivning, fordi de kollektivt har ladet sig lede i fordærv."*

Dermed må forfatterne tilslutte sig ovenstående holdning, idet den nationale lovgivning kendes fællesskabsstridig på baggrund af, at medlemsstaterne har fulgt en OECD anbefaling eller model. Derfor må staterne lave deres lovgivning om, således at den igen overholder EU-retten og dermed se bort fra OECD. Dermed har EU-retten forrang.

⁴⁶ Jf. bl.a. Thomas Rønfeldt, Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 41 ff. samt TfS 2011, 403, "Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer"

⁴⁷ Jf. Anders Nørgaard Laursen i SU 2010, 70 "Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten"

⁴⁸ Jf. Erik Werlauff og Nikolaj Vinther i TfS 2006, 603, "Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten"

Dertil skriver Peter Loft i SU 2000, 325⁴⁹ at *”...dobbeltbeskatningsoverenskomsterne mellem EU-landene blot vil være af supplerende karakter på de punkter, man ikke har kunnet enes om, eller hvor EU-Domstolen (endnu) ikke har talt”*.

Dermed understreger forfatteren, at dobbeltbeskatningsoverenskomster kun er et supplement til EU-retten.

Til EU-rettens forrang overfor dobbeltbeskatningsoverenskomster er der dog en mindre undtagelse, idet ældre folkeretlige forpligtigelser med tredjeland, der er indgået før tiltrædelsen af EU, kan opretholdes. Dette gælder dog udelukkende aftaler indgået med tredjeland og dermed ikke aftaler, som er indgået internt af medlemslandene uanset om disse er indgået før tiltrædelsen af EU.

Folkerettens forrang har dermed kun gennemslagskraft i forhold til aftaler med tredjelande, der er ældre end tidspunktet for fællesskabets opståen eller det enkelte lands tiltræden.

Det må dog følge af grundlæggende EU-retlige principper, at selvom medlemsstaterne i dette særlige tilfælde lovligt kan fravige EU-rettens forrang, er medlemsstaterne alligevel forpligtet til at gøre, hvad de kan for, at deres bilaterale overenskomster med et tredjeland er i overensstemmelse med EU-retten. EU-retten har selvfølgelig ingen indvirkning på tredjelandet, hvorfor dette land derfor heller ikke forpligtet til at acceptere EU-rettens forrang. Dermed er der ikke nogen sikkerhed for, at den enkelte aftale mellem medlemsstaten og tredjelandet bliver indrettet på en måde, der medfører at aftalen iagttager medlemsstatens forpligtelser i henhold til EU-retten.⁵⁰

Konsekvensen af, at EU-retten tillægges forrang er dermed, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst, såfremt denne strider mod EU-retten, bliver uvirksom i den forstand, at den ikke kan opretholdes. Det er dog ikke hele dobbeltbeskatningsoverenskomsten, der bliver uvirksom, kun den bestemmelse, der strider mod EU-retten.

I Landsskatterettens kendelser om beneficial owner argumenteres der både ud fra EU-retten og DBO-retten. Her er det dog vigtigt at have for øje, at selvom selskabskonstruktionen både omfatter lande i EU og et land uden for EU, så skal der ske en opdeling, således at de enkelte transaktioner vurderes hver for sig. Den transaktion som SKAT ønsker at underkende er pengestrømmen fra Danmark til Luxembourg, idet det er denne som medfører fritagelse for kilde-

⁴⁹ Jf. Peter Loft i SU 2000, 325, ”Har vi behov for dobbeltbeskatningsoverenskomster”

⁵⁰ Jf. bl.a. Thomas Rønfeldt, Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 41 ff.; Wolfgang Gassner, Michael Lang, Tax treaties and EC law, Kluwer Law International, 1997, side 3

landsbeskatning. Der er derfor tale om et internt EU-retligt forhold, som skal vurderes. Eftersom det ovenstående er slået fast, at EU-retten har forrang også sammenholdt med en dobbeltbeskatningsoverenskomst, virker det derfor underligt, at begge parter primært har argumenteret ud DBO-retten og kun i begrænset omfang EU-retten.

DBO-retten kan dermed kun bruges til supplerings af det EU-retlige begreb, såfremt den holder sig inden for EU-rettens rammer. Dette er særdeles relevant i forhold til kendelsen fra Landskatteretten vedrørende udbytter, hvor sagens parter både argumenterer ud fra DBO-retten og EU-retten. Dette skyldes, at moder-/datterselskabsdirektivet, som fastslået ovenstående, ikke indeholder et beneficial owner begreb, hvorfor en argumentation ud fra et DBO-retligt beneficial owner-begreb må være en udvidelse af moder-/datterselskabsdirektivets anvendelsesområde samt tillige en udvidelse af selve EU-retten at argumentere ud fra et DBO-retligt beneficial owner-begreb.⁵¹

Selvom selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra c om udbytter henviser til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, åbner dette ikke op for ubegrænset brug af DBO-retten. DBO-retten vil kun kunne bruges i den pågældende situation, såfremt det er i overensstemmelse med EU-retten.

Dette skal ses sammen med den gyldne regel for dobbeltbeskatningsoverenskomst, nemlig at disse ikke udgør en selvstændig hjemmel for beskatning. Dermed kan en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke virke skærpende.⁵²

SKM 2010.729 LSR omhandler derimod renter. Beneficial owner direkte er nævnt i rente-/royaltydirektivet og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d om renter henviser til dobbeltbeskatningsoverenskomst. Eftersom EU-domstolen endnu ikke har taget stilling til det EU-retlige beneficial owner-begrebet vil det derfor være nærliggende at inddrage det DBO-retlige beneficial owner-begreb til supplerings.

Det er dog vigtigt at huske på, at selvom begrebet står nævnt i direktivet, så har EU-retten stadig forrang, hvorfor det DBO-retlige beneficial owner-begreb udelukkende må anvendes, såfremt dette holder sig inden for EU-rettens anvendelsesområde. Dette er nødvendigvis ikke er tilfæl-

⁵¹ Martin Poulsen udtaler i SU 2009, 278, ”Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber” at fastlæggelsen af indholdet af retmæssig ejer primært må være relevant i forhold til kildebeskatning af rente- og royaltybetalinger samt eventuelt i forhold til udbytteudlodninger til holdingselskaber, der ikke er beliggende i EU. Her synes Martin Poulsen at støtte netop det faktum, at diskussionen om beneficial owner ikke kan bruges, såfremt en sag udelukkende omhandler udbytte.

⁵² Jf. Niels Winther-Sørensen mf., Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 32 f.

det, idet det EU-retlige begreb, som nævnt, endnu ikke er fastlagt af EU-domstolen, hvorfor det på nuværende tidspunkt ikke vides, om det EU-retlige beneficial owner-begreb fortolkes i overensstemmelse med det DBO-retlige begreb. Selvom det derfor er korrekt at inddrage det DBO-retlige beneficial owner begreb i en sag vedrørende renter, skal det dog gøres med stor varsomhed, således at EU-retten ikke overtrædes.

Sammenholdelse af det EU-retlige begreb og det DBO-retlige begreb følger nedenstående i afsnit 9.

7.4 Sammenholdelse

Formålet med dette afsnit er at gøre rede for min fortolkning af hvilke retsgrundlag, der skal anvendes i den konkrete konstruktion. Eftersom det ovenstående er fastslået, at EU-retten har forrang, både over for national ret men også over for andre folkeretlige aftaler, såsom dobbeltbeskatningsoverenskomster, mener jeg derfor, at kendelserne fra Landsskatteretten skulle have været løst udelukkende efter EU-retten. I sagen om udbytte vil beneficial owner-begrebet slet ikke kunne anvendes, hvorimod i sagen om rente ville begrebet kunne anvendes, såfremt det holder sig inden for anvendelsesområdet af EU-retten.

Eftersom kendelserne fra Landsskatteretten både vurderes ud fra EU-retten og DBO-retten inddrages de DBO-retlige synspunkter også i afhandlingen, og kendelserne fra Landsskatteretten bruges derfor som en indgangsvinkel til at vurdere de aspekter, som parterne i kendelserne finder afgørende.

8. Momenter i de danske kendelser om beneficial owner

I det følgende vil de momenter, som parterne i kendelserne fra Landsskatteretten har lagt vægt på under sagens fremstillingen, blive gennemgået.

Eftersom der i kendelserne sker en sammenblanding af EU-retten og DBO-retten, vil der i dette afsnit ikke være en streng opdeling herimellem.

8.1 Gennemstrømningselskaber

Sammen med beneficial owner er gennemstrømningselskab et centralt begreb i den skatteretlige litteratur. Dette skyldes, at det er af afgørende betydning for en medlemsstats beskatning, hvor et selskab er hjemmehørende. Der er således kommet langt større fokus på, at gennemstrømningselskaber kan bruges til at minimere et selskabs skattebetaling ved at minimere den kildeskat, der opkræves på udbytter og renter.

Myndighederne er derfor særligt interesserede i at tilsidesætte transaktionen til det mellemliggende holdingselskab, som de mener er et ulovligt gennemstrømningsselskab, således at den bagvedliggende ejer af gennemstrømningsselskabet gøres begrænset skattepligtig af udbytte eller rente, som gennemstrømningsselskabet modtager.

Derfor er gennemstrømningsproblematikken også særlig interessant i forhold til de danske kendelser om beneficial owner, idet kvalificeringen, af hvornår et holdingselskab kan anses som blot værende et gennemstrømningsselskab, kan have afgørende betydning for selskabet.

I kendelserne fra Landsskatteretten om beneficial owner tillægger SKAT begrebet gennemstrømningsselskab afgørende betydning, idet SKAT mener, at det luxembourgske holdingselskab alene kan anses som værende et gennemstrømningsselskab. Dette begrundes af SKAT med, at selskabet alene er indskudt som et mellemliggende holdingselskab, der reelt er uden dispositionsbeføjelser, og derfor ikke har rådighed over selskabets egne betalingsstrømme. Dertil kommer, at konstruktionen ikke anses for at være forretningsmæssigt begrundet, hvilket blandt andet vurderes ud fra, at holdingselskabet ikke har den nødvendige aktivitet. Dermed anser SKAT det luxembourgske selskab som et gennemstrømningsselskab, idet SKAT mener, at selskabet udelukkende har de formelle ejerbeføjelser, men ikke også de reelle ejerbeføjelser. SKAT anser således ikke holdingselskabet som værende beneficial owner af udbyttet eller renterne.

Selskabskonstruktionen indbefatter, som nævnt, et mellemliggende holdingselskab i Luxembourg. At selskabet er et holdingselskab er dog ikke ensbetydende med, at holdingselskabet automatisk kan anses som værende et ulovligt gennemstrømningsselskab. Der kan være mange grunde til, hvornår man netop vælger den pågældende struktur. Et holdingselskab stiftes med fordel, når flere kapitalejere ønsker at eje et fælles selskab. Dette skyldes blandt andet, at indsættelsen af et holdingselskab giver mere overskuelighed, idet det er langt mere praktisk at investeringer foretages gennem et fælles holdingselskab. I kendelserne fra Landsskatteretten har de pågældende kapitalfonde hundredvis af investorer, der er hjemmehørende mange forskellige steder i verden, blandt andet i de nordiske lande, herunder Danmark, i EU og i USA osv., hvorfor holdingstrukturen med fordel kan vælges.

Derudover giver holdingstrukturen også mange andre fordele, blandt andet at kapitalejerne ikke personligt ejer deres kapitalandele i et selskab, men at disse i stedet ejes gennem et holdingselskab. Dertil kommer også, at beskatning af overskud først sker, når pengene trækkes ud af holdingselskabet.

Dermed kan et valg af en holdingstruktur være begrundet i mange forskellige momenter.

Det diskvalificerer derfor ikke et selskab fra at være beneficial owner, at det alene driver virksomhed som holdingselskab.

Dette understøttes også af The Committee on Fiscal Affairs rapport ”Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, som fastslår følgende:

*“...The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary”.*⁵³

Rapporten fastslår dermed, at selvom et holdingselskabs eneste aktivitet er at eje aktier i andre selskaber, er dette ikke tilstrækkeligt til at anses selskabet blot som værende et mellemed.

Skatteministeren har tillige bekræftet, at et udenlandsk holdingselskab, der besidder aktier i et dansk selskab, som udgangspunkt må anses for beneficial owner, og dermed har krav på de rettigheder, der følger af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Skatte ministeren har udtalt følgende herom: ”... en agent eller en mellemmand (f. eks. en bank) for en person i et tredjeland vil ikke være berettiget til nedsættelse af udbytteskatten selvom agenten eller mellemmanden er hjemmehørende i et aftaleland. Dette følger af, at agenten eller mellemmanden ikke anses for ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvori han er hjemmehørende.

Et gennemstrømningselskab (holdingselskab) kan imidlertid ikke sidestilles med en agent eller en mellemmand. Et sådant selskab er indregistreret og fuldt skattepligtigt i det land, hvori det er hjemmehørende og udgangspunktet er helt klart, at et holdingselskab har krav på aftalebeskyttelse”.⁵⁴ (min fremhævning)

Dermed kan en holdingstruktur i sig selv ikke være afgørende for, om et selskab er beneficial owner af en given pengestrøm. Der skal altså noget mere til for at underkende, at et holdingselskab er beneficial owner, end blot dens status som holdingselskab. Dette uddybes senere.

I modeloverenskomsten er begrebet gennemstrømningselskab nævnt. Modeloverenskomsten slår fast, at ”det ville ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskom-

⁵³ Committee on Fiscal Affairs, ”International tax avoidance and evasion: four related studies”, 1987, side 93

⁵⁴ L 213 (2006/2007), Skatteministerens svar på spørgsmål 86 af 21. maj 2007

sten, 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".⁵⁵

Modeloverenskomsten fastslår dermed, at kildestaten må nægte lempelse, hvis modtageren blot fungerer som et mellemlid. Dette uanset om der er tale om et lovligt oprettet selskab.

Hertil kommer spørgsmålet, om en egentlig gennemstrømning til de bagvedliggende ejere er afgørende for, om et holdingselskab er beneficial owner og dermed kan opnå dobbeltbeskatningsoverenskomstens fordele.

I kendelserne fra Landsskatteretten er der nemlig ikke sket en gennemstrømning fra Danmark gennem det luxembourgske selskab videre til Cayman Island. Selskabet har hertil blandt andet anført, at ikke nok med at betalingen ikke er videreudloddet til de bagvedliggende ejere, så har holdingselskabet tværtimod selv beholdt den pågældende betaling. Selskabet benyttede betalingen til udlån til det danske selskab og konverterede tilmed senere tilgodehavender til aktiekapital. Dermed blev den betaling, som holdingselskabet modtog fra det danske selskab, geninvesteret i det danske selskab, og udgør derfor forsat en del af egenkapitalen i holdingselskabet. Det luxembourgske holdingselskab har derfor fået den fulde glæde af pengestrømmen og de bagvedliggende ejere har dermed på intet tidspunkt siden købet af det danske selskab modtaget penge herfra. Dermed fungerer det mellemliggende holdingselskab ikke som gennemstrømningsenhed.

SKAT mener, at kommentarerne til modeloverenskomsten skal forstås således, at det ikke er afgørende for om holdingselskabet anses for beneficial owner og dermed kan opnå fordele, om betalingerne er blevet videreført til de bagvedliggende ejere eller ej. Afgørende er i stedet den formelle beløbsmodtagers manglende beføjelse til selv at råde over de udbetalte beløb.

Dette mener SKAT blandt andet bakkes op af Committee on Fiscal Affairs rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", som konkluderer følgende:

*"...Thus, a conduit company can normally not be regarded as beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very **narrow powers** which render it a mere fiduciary or an administrator acting on the account of the interested parties (most likely the shareholders of*

⁵⁵ OECD's modeloverenskomst med kommentarer 2010 – artikel 10, pkt. 12.1

*the conduit company). In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary*⁵⁶ (min fremhævning)

Dette er direkte indført i kommentarerne til modeloverenskomsten i form af følgende:

*”Et gennemstrømningsselskab normalt ikke kan anses for den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget **snævre beføjelser**, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en ”nullitet” eller administrator, der handler på vegne af andre parter.*”⁵⁷
(min fremhævning)

Rapporten fastslår dermed, at der er et krav om snævre beføjelser for at kunne underkende et gennemstrømningsselskab som værende beneficial owner. Dertil står rapporten dog også fast, at det rent faktisk kun er i meget få tilfælde, hvor gennemstrømningsselskabet kan nægtes at være beneficial owner.⁵⁸

Selskabet mener også, at omfanget af rådighedsretten, er et af de elementer, som kan indgå i vurderingen af, om et gennemstrømningsselskab er beneficial owner af en indkomst. Men allerede af den grund, at der ikke er sket en gennemstrømning, kan holdingselskabet ikke karakteriseres som et gennemstrømningsselskab, hvorfor holdingselskabet er beneficial owner af pengestrømmen, og derfor er det ikke i denne sag aktuelt at vurdere selskabets rådighed af pengestrømmen. Selskabets repræsentanter fastslår dermed, at afgørende for, om et selskab er beneficial owner, er, at der er sket en egentlig gennemstrømning.

SKAT mener dog, at selvom rapporten specifikt omhandler de tilfælde, hvor der sker en faktisk gennemstrømning, er der ikke grundlag for at hævde, at det er den faktiske gennemstrømning,

⁵⁶ Jf. Committee on Fiscal Affairs, ”International tax avoidance and evasion: four related studies”, 1987, side 93

⁵⁷ Jf. OECD’s modeloverenskomst med kommentarer 2010 – artikel 10, pkt. 12.1

⁵⁸ Dette støttes blandt andet også af Philip Baker, ”Beneficial owner: After Indofood” February 2007, side 17, som blandt andet udtaler, at OECD er nået til en vis enighed om begrebet i form af at en kildeskat kun kan begrænses ud fra beneficial owner-begrebet i meget indlysende tilfælde. Ønsker nogle stater at gå videre end dette, så må de selv opstille værn.

der er afgørende for, om de kontraherende stater er forpligtet til at give afkald på kildebeskatning. SKAT mener derfor, at både rapporten og kommentarerne til modeloverenskomsten slår fast, at en egentlig gennemstrømning ikke er afgørende for om selskabet er beneficial owner. SKAT mener kun, at dette er et moment, der kan tale for, at modtageren af betalingen har haft meget snævre beføjelser i relation til det pågældende beløb, men at gennemstrømning dermed ikke kan opstilles som en betingelse for, at det modtagende selskab af pengestrømmen ikke er beneficial owner.

SKAT henviser ligeledes til Skatteministerens kommentar til L 202 som synes at støtte synspunktet om, at der ikke kan opstilles en betingelse om, at det modtagne beløb faktisk er blevet videreført til de bagvedliggende ejere. Skatteministeren var blevet bedt om at kommentere et eksempel, hvor alle aktierne i et dansk driftsselskab var ejet af et holdingselskab i Luxembourg, der igen var helejet af et selskab i Panama. I eksemplet modtog selskabet i Luxembourg et udbytte, der blev anvendt til indfrielse af gæld i en ekstern bank. Skatteministeren bemærkede i denne forbindelse følgende: *“Det er ikke muligt ud fra oplysningerne i eksemplet at be- eller afkræfte, at Lux anses for “beneficial owner”. Det bemærkes, at det ikke udelukker, at PA anses som “beneficial owner”, at Lux ikke faktisk videreudlodder udbyttet, men i stedet anvender udbyttet til indfrielse af gæld til en ekstern bank.”*⁵⁹

Denne udtalelse fra Skatteministeren står dog i kontrast til ministerens svar i SKM2008.728.DEP, hvor ministeren havde *”vanskeligt ved at se, hvordan det i det nævnte eksempel kan påvises, at Cayman Island-selskabet er et gennemstrømningselskab, idet der (...) ikke rent faktisk føres en pengestrøm gennem Cayman Island-selskabet”*.

Bemærkningen fra Skatteministeren til L 202 er dog offentliggjort på et tidspunkt, hvor SKAT allerede havde besluttet sig for at føre sagerne om beneficial owner. Selskabets repræsentanter mener derfor ikke, at dette indlæg kan bruges, idet der må være tale om et partsindlæg.

Der er ikke tvivl om, at de to udtalelser fra Skatteministeren er modstridende, dette kunne derfor tyde på en praksisændring fra ministerens side.

Selskabet holding må klart kunne tilsluttes. Dette understøttes i særlig grad af ovenstående formulering fra Committee on Fiscal Affairs. *”...et “gennemstrømningselskab” normalt ikke kan*

⁵⁹ L 202 (2008/2009), Skatteministerens kommentar på henvendelse af 20. maj 2009 fra Kromann-Reumert, Bilag

anses for den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter".

Dette viser dermed, at diskussionen om selskabets rådighed bruges til at afgøre, om et gennemstrømningsselskab er beneficial owner, og ikke til at afgøre, om et selskab på baggrund af manglende rådighed er et gennemstrømningsselskab.

Dermed synes pointen i kommentaren at være, at først når det modtagende selskab har viderekaliseret den modtagne pengestrøm til de bagvedliggende ejere, kan der lægges vægt på, om dette er et udslag af, at de bagvedliggende ejere har indskrænket selskabets rådighed over pengestrømmen. De bagvedliggende ejeres beslutning om, at den modtagne betaling skal forblive i det mellemliggende holdingselskab, gør ikke de bagvedliggende ejere til beneficial owner af udbyttet. SKAT har således overset, at den manglende rådighedsret over betalingen skal have relation til viderekaliseringen af betalingen til de bagvedliggende ejere.

Landsskatteretten fastslår ligesom selskabet, at det er af afgørende betydning for, om der er tale om et gennemstrømningsselskab, at der rent faktisk er sket en gennemstrømning. Landsskatteretten lægger til grund, at holdingselskabet har oppebåret den pågældende betaling. Dette blandt andet ud fra betragtningen om, at holdingselskabet ikke har viderekaliseret det pågældende beløb til dets moderselskab eller dets aktionærer, men i stedet har anvendt det til udlån til selskabet, hvorfra det er anvendt til kapitalforhøjelse i det danske selskab D A/S, der endeligt har anvendt beløbet til køb af A A/S. Dermed er der ikke sket en gennemstrømning ud til aktionærerne, og dermed slår Landsskatteretten fast, at holdingselskabet må anses som værende den beneficial owner af betalingen.

Landsskatteretten vurderer dermed sagen udelukkende ud fra en gennemstrømningsproblematik og lægger ikke vægt på holdingselskabets råderet over pengestrømmen.

Landsskatterettens konklusion må siges at være korrekt. Det må klart være et nødvendigt element i gennemstrømningsbetragtningen, at der er en anden, der rent faktisk modtager den pågældende betaling. Betalingen skal være kommet den retmæssige ejer til gode, hvilket også synes at fremgå af kommentarerne til modeloverenskomsten. Det ville samtidig virke ligegyldigt at tale om gennemstrømningsselskab, hvis der rent faktisk ikke er sket en gennemstrømning.

Landsskatterettens kendelser giver ikke megen hjælp ikke til forståelse af, hvad der skal til, for der er tale om en egentlig gennemstrømning.

Eftersom der på nuværende tidspunkt kun er afsagt få kendelser om beneficial owner, hvorfor begrebet endnu ikke er endeligt klarlagt, må det forventes, at der i fremtiden vil blive afsagt langt flere kendelser herom for at få retstilstanden klarlagt. Derfor vil der formentlig også være kendelser, hvor der er sket en form for gennemstrømning, og hvor det derfor skal vurderes, om denne gennemstrømning kan betyde, at det pågældende holdingselskab bliver karakteriseret som et gennemstrømningsselskab. Spændende er det derfor at vurdere, hvad der egentlig kan klassificeres som gennemstrømning. I denne sondring ses der bort fra andre krav til et gennemstrømningsselskab end gennemstrømning, disse gennemgås i det følgende.

Der er ingen tvivl om, at såfremt 100 pct. af betalingen strømmer igennem et mellemliggende holdingselskab, så vil dette kunne karakteriseres som et gennemstrømningsselskab. En problemstilling opstår dog i situationer, hvor der ikke er tale om 100 pct. gennemstrømning, for hvor stor en andel skal gennemstrømme, for at et selskab kan karakteriseres som et gennemstrømningsselskab.

Det kan derfor tænkes, at SKAT i fremtiden vil arbejde med en bestemt procentsats over, hvor mange procent af den endelige pengestrøm, der reelt skal strømme igennem, for at selskabet kan blive karakteriseret som værende et gennemstrømningsselskab.

Såfremt SKAT opererer med en bestemt procentsats, vil det dog kunne give andre problemer, idet skatteyderen i så fald blot vil kunne indrette sig herefter, således at de altid sørger for at overholde den pågældende procentsats. Det kunne derfor være nærliggende at diskutere, om det i stedet for andelen af gennemstrømningen skal være formålet bag gennemstrømningen, f.eks. hvis man helt proforma lader noget blive tilbage for ikke at blive karakteriseret som et gennemstrømningsselskab.

Selvom en bestemt procentsats virker som en objektiv måde at vurdere en gennemstrømning, vil sandsynligvis blive for usikkert, idet en procentsats vil være mulig at omgå. Derfor vil en sådan procentsats for SKAT udelukkende kunne virke som en intern vejledning, idet der må kræves et konkret skøn, hvor andre momenter også spiller ind. Dermed vil gennemstrømningssandelen ikke være afgørende, men også vurderinger om mellemliggende selskabets beføjelser, transaktionens formål osv.

Afslutningsvis skal nævnes, at man kan foranlediges til at tro, at et gennemstrømningsselskab er lig med misbrug, men dette er ikke tilfældet. Gennemstrømning er ikke i selv ulovligt, når blot der er en legitim grund herfor. Først når konstruktionen er sat i verden udelukkende for at spare skat via et kunstigt arrangement vil gennemstrømning være lig med misbrug, men ikke før.

Dette ses også i en udtalelse fra Skatteministeren til L 213: ”*Et gennemstrømningsselskab (holdingselskab) kan imidlertid ikke sidestilles med en agent eller en mellemmand. Et sådant selskab er indregistreret og fuldt skattepligtigt i det land, hvori det er hjemmehørende og udgangspunktet er helt klart, at et holdingselskab har krav på aftalebeskyttelse*”.⁶⁰

Skatteministeren fastslår, at et gennemstrømningsselskab godt kan være lovligt, idet dette ikke nødvendigvis kan sidestilles en med agent eller en mellemmand. Dermed gør Skatteministeren det klart, at et gennemstrømningsselskab ikke behøver at være et selskab, som blot er indsat som et kunstigt element i en konstruktion. Dog har Skatteministeren tidligere udtalt modstridende heraf, hvorfor ovenstående kommentar eventuelt lægger mere vægt på ordet holdingselskab end gennemstrømningsselskab.

Skatteministeren har nemlig tidligere udtalt, at ”*Et rent gennemstrømningsselskab, som er hjemmehørende i udlandet, f.eks. Luxembourg vil ikke være retmæssig ejer af udbyttet*”.⁶¹ Dette understøttes af en tidligere udtalelse: ”*Et rent gennemstrømningsselskab i eksempelvis Luxembourg kan efter min opfattelse næppe være retmæssig ejer af renteindkomsten*”.⁶²

Disse udtalelser synes at modsige ovenstående udtalelse i L 213, men i stedet kan det måske udledes, at Skatteministeren her åbner op for en sondring af ”et gennemstrømningsselskab” og ”et rent gennemstrømningsselskab”. Dermed må Skatteministeren forudsætte, at et rent gennemstrømningsselskab er lig med misbrug. Hertil skal det dog konkluderes, at dette ikke er korrekt, idet et rent gennemstrømningsselskab ikke nødvendigvis ikke er beneficial owner, der skal noget mere til for at underkende dette.

⁶⁰ L 213 (2006/2007), Skatteministerens svar på spørgsmål 86 af 21. maj 2007

⁶¹ Jf. L 30 (2006/2007), Skatteministerens svar på spørgsmål 5 af 21. november 2006

⁶² Jf. L 116 (2005/2006), Skatteministerens svar på henvendelse af 24. februar 2006 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 9

8.2 Disponeringsret

Som fastslået ovenstående i afsnittet omkring gennemstrømningsselskaber er det kun relevant at foretage en vurdering af selskabet rådighedsret, såfremt der er sket en gennemstrømning.

At der er sket en gennemstrømning er ikke ensbetydende med, at selskabet ikke er beneficial owner heraf. Såfremt der er sket en gennemstrømning, er det i stedet afgørende om rådigheden er tilstrækkelig. I så fald vil selskabet blive anset som værende beneficial owner, på trods af at der er sket en gennemstrømning af midlerne. Dermed vil selskabet blive anset som et almindeligt holdingselskab, som blot har de nødvendige beføjelser, f.eks. i form af en forretningsmæssig begrundelse.

I kendelserne fra Landsskatteretten mener SKAT ikke, at holdingselskabet har haft en selvstændig disponeringsret over betalingen, der er gået fra det danske selskab til det luxembourgske holdingselskab. Dette begrundes af SKAT med, at de bagvedliggende ejere fuldstændig har afgjort, hvorledes der skal disponeres over betalingen, da pengestrømmen har været forudbestemt, således at udlodningen til det mellemliggende holdingselskab skulle modsvares af et samtidigt genudlån af næsten hele det udloddede beløb. Derfor har holdingselskabet ikke haft nogen praktisk mulighed for at disponere på anden måde end fastlagt af ejerne og holdingselskabet ses i relation til disse dispositioner kan hævdes at være en ren ”administrator” eller et rent ”redskab” for de bagvedliggende ejeres dispositioner.

Hertil skal det dog erindres, at et selskabs beslutninger altid vil blive truffet af selskabets bagvedliggende ejere. At træffe beslutninger hører med til en ejers beføjelser. Såfremt dette ikke var muligt som ejer, ville en investering virke særdeles risikabel, idet man i større grad ikke ville vide i hvilken retning, den ville udvikle sig. Dermed er det helt naturligt, at det selvfølgelig er ejerne af holdingselskabet, der træffer beslutninger om, hvad der skal ske dette selskab. SKAT virker derfor til at ligge mere vægt på et selskabs selvstændige beføjelser end der egentlig må kunne kræves.

Når SKAT mener, at selskabet selv skal kunne træffe beslutninger, så SKAT må mene, at disse beslutninger enten skal træffes af bestyrelsen, eller endda måske af direktionen. Det er dog ikke korrekt antaget, at et selskabs beslutninger skal træffes på disse niveauer, idet det er helt naturligt, at disse beslutninger træffes på et højere niveau.

Generalforsamlingen er det øverste ledelsesorgan, hvor samtlige ejere har en plads. Da et selskab kan ejes af mange kapitalejere nedsættes ofte underorganer, som er med til at varetage selskabets ledelse og drift, således at den ofte store generalforsamling ikke skal træffe beslutninger om alle selskabets aktiviteter.

Generalforsamlingen nedsætter derfor en bestyrelse, som varetager selskabets overordnede og strategiske ledelse og sikrer en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed, jf. selskabsloven § 115. Under bestyrelsen findes en direktion som varetager den daglige ledelse af selskabet. Alle store beslutninger i et selskab træffes som udgangspunkt på generalforsamlingsniveau, såsom beslutning om udlodning af udbytte, vedtægtsændringer osv., hvorimod mindre beslutninger træffes af bestyrelsen eller direktionen. Dertil kommer at generalforsamlingen kan vælge at bemyndige enten bestyrelsen eller direktionen til at træffe beslutninger, som generalforsamlingen normalt ville træffe, hvis dette findes nødvendigt.⁶³ Det vil dermed sige, at såfremt bestyrelsen eller direktionen står til at skulle træffe vigtige afgørelser for selskabet, som SKAT åbenbart mener, at de skal. Så vil også disse beslutninger reelt komme fra generalforsamlingen i form af en bemyndigelse, og dermed vil ejerne indirekte have medbestemmelse også på beslutninger truffet af bestyrelsen eller direktionen.

I kendelserne fremhæver selskabets repræsentanter, at holdingselskabet ikke var bundet af beslutningerne. Selvom dispositionerne var planlagt af ledelsen i holdingselskabet, før de blev gennemført, mener selskabet ikke, at dette er ensbetydende med, at selskabets ledelse ikke kunne have disponeret anderledes. Dertil bestrides det, at genudlånet til det udbytteloddende selskab ikke på nogen måde var en beslutning, som selskabet var involveret i. Dette gøres formentlig for at vise, at holdingselskabet indeholder visse beføjelser, og dermed ikke blot er et tomt selskab. Dette burde dog ikke være nødvendigt at bevise, idet det er helt naturligt at en større beslutning i en koncern træffes af selskabets ejere, og ikke af det enkelte selskab. Alle selskaber er et værktøj for ejernes ønsker.

Var dette ikke tilfældet, ville det medføre, at det, der er en sædvanlig beslutningsprocedure i enhver koncern, automatisk diskvalificerer koncernens datterselskaber fra at være beneficial owner af modtagne pengestrømme.

På trods af at kendelserne fra Landsskatteretten er 'allerede fordi' afgørelser, så giver Landskatteretten dog et mindre indblik i, hvilke momenter der formentlig vil blive lagt vægt på, hvis der i

⁶³ Jf. Erik Werlauff, Selskabsret, 8. udgave 2010, Thomson Reuters, side 379 ff.

fremtiden afsiges kendelser, hvori der er sket en gennemstrømning. Her tillægges rådighedsretten blandt andet betydning.

Landsskatteretten udtaler følgende:

*”Som følge heraf anses udbyttmodtagere, der er agenter, mellemænd og ’gennemstrømnings-selskaber’, ikke for retmæssige ejere af udbyttet. For så vidt angår gennemstrømningselskaber er det dog en betingelse, at selskabet har meget **snævre beføjelser**, som, i relation til udbyttet, gør det til en **’nullitet’** eller **administrator**. Det forhold, at en udbyttmodtager har meget snævre beføjelser i relation til udbyttet, kan ikke i sig selv medføre, at det ikke er retmæssig ejer.”*
(min fremhævning)

Denne fortolkning støttes både af OECD’s modeloverenskomst og rapporten fra The Committee on Fiscal Affairs.

Ud fra Landsskatterettens udtalelse formodes det, at disse snævre beføjelser skal være meget snævre, idet Landsskatteretten udtaler, at selskabet skal udgøre en nullitet eller administrator. Dermed er der lagt op til situationer, hvor selskabet blot er en skal. Et gennemstrømningselskab må derfor kunne anses som beneficial owner, såfremt holdingselskabet har tilstrækkelige beføjelser over pengestrømmen.

Landsrettens udtalelse giver dog ikke megen hjælp til en egentlig fortolkning af begrebet snævre beføjelser. Begrebet henviser til, hvor meget holdingselskabet selv kan bestemme. Dette kolliderer dog med ovenstående afsnit, da det konkret vil være en afvejning, hvor meget man kan forlange af et selskabs beføjelser. Som nævnt ovenstående er det ikke selskabet selv, der har beføjelser men derimod selskabets ejere. Det må derfor være svært at finde et selskab, som ikke har snævre beføjelser, idet et selskab altid styres af de bagvedliggende ejere.

Som et eksempel på snævre beføjelser mener jeg, at man vil kunne nævne rene proforma tilfælde, hvor et holdingselskab blot er indsat for at opnå en bedre retsstilling, idet aktiviteten ligeså godt kunne have været i moderselskabet frem for at blive henført til holdingselskabet. Holdingselskabet vil derfor blot være et selskab, der handler på andres vegne formentlig med det formål at opnå en utilsigtet skatteunddragelse. Holdingselskabet er blot indsat som et tomt led med det formål at misbruge den nationale lovgivning.

Anvendelsesområdet for snævre beføjelser virker ikke særlig stort. Snævre beføjelser er en forudsætning for at underkende et selskab som beneficial owner, men kan dog ikke i sig selv medføre, at selskab ikke er beneficial owner. Derimod er der tale om en konkret vurdering, hvor flere momenter spiller ind.

8.3 Skatteunddragelse

I Landsskatterettens kendelser mener SKAT, at der foreligger en skatteunddragelse, idet SKAT mener, at selskabskonstruktionen må anses som værende kunstig udelukkende med en skatteunddragelse for øje.

Det er korrekt af SKAT at inddrage dette, idet EU-domstolen har anerkendt misbrug i form af skatteunddragelse som et tvingende alment hensyn. Dette medfører, at en medlemsstat i helt særlige tilfælde har ret til at træffe foranstaltninger, der strider mod etableringsfriheden, såfremt dette kan hindre, at statsborgere gennem misbrug af Traktatens fordele forsøger at unddrage den nationale lovgivning.⁶⁴ For medlemsstaterne er det derfor af afgørende betydning, hvornår noget lovligt kan underkendes i EU, idet dette kan medføre, at de må opretholde en særlig beskyttelse af deres skatteprovenu.

Det er dog ikke muligt for medlemsstaterne vilkårligt at anvende misbrugsbegrebet. Skatteunddragelse foreligger, hvis der er tale om en rent kunstig konstruktion, eller hvor der er risiko for dobbelt dip. I sådanne tilfælde er EU-domstolen villig til at lade hensynet til medlemsstaternes beskyttelse af beskatningsbasen overgå sikringen af borgernes rettigheder.⁶⁵

For at en medlemsstats nationale lovgivning kan være begrundet i hensynet til at forebygge skatteunddragelse, må den ikke begrænses til at vedrøre en alment defineret situation, som tager et generelt sigte på enhver situation. Den nationale bestemmelse skal i stedet give de nationale domstole mulighed for i konkrete tilfælde at afvise, at skatteyderen kan drage fordel af de påberåbte fællesskabsretlige forskrifter, når der foreligger tilfælde af misbrug eller svigagtig adfærd, hvor eneste formål er at omgå den nationale skattelovgivning. Dermed skal de nationale domstole have mulighed for at foretage en sådan konkret undersøgelse under hensyn til de særlige omstændigheder i hver enkelt sag.⁶⁶

⁶⁴ Jf. sag bl.a. C-167/01, Inspire Art, præmis 136; sag C-212/97, Centros, præmis 24

⁶⁵ Jf. Thomas Rønfeldt, Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 573

⁶⁶ Jf. bl.a. sag C-436/00, X og Y, præmis 42-43 samt sag C-212/97, Centros, præmis 25

Dette ses blandt andet i sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, som omhandlede en national regel, som medførte, at beskatning af avancer, ved flytning af det skattemæssige hjemsted fra Frankrig til en anden medlemsstat, var fællesskabsstridig. Den franske bestemmelse tog sigte på enhver situation, hvori en skattepligtig, der er indehaver af en væsentlig andel af et selskabs-skattepligtigt selskab, af en hvilken som helst grund flytter sit skattemæssige hjemsted fra Frankrig.

EU-domstolen fastslog, at der ikke kan opstilles en generel formodning om, at der er tale om skatteunddragelse eller skattesvig, når en fysisk persons hjemsted flyttes til en anden medlemsstat, og en sådan formodning kan ikke tjene som begrundelse for en skattemæssig foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, der er sikret ved Traktaten.

I sag C-436/00, X og Y tog den nationale bestemmelse også sigte på en generel situation, hvilket medførte, at såfremt aktier blev overdraget til underpris til et svensk selskab med udenlandske ejere, kunne aktiernes ejere ikke udskyde beskatningen af kapitalgevinster af disse aktier, som var det tilfældet, hvis overdragelsen skete til et svensk selskab uden udenlandske ejere. Dermed en mindre fordelagtig beskatning af overdragelser af aktier til underpris til svenske selskaber med udenlandske ejere.

Igen i denne dom fastslog EU-domstolen, at der ikke kan opstilles en generel formodning om, at der er tale om skatteunddragelse eller skattesvig, når det erhvervede selskab eller dets moderselskab er etableret i en anden medlemsstat, og en sådan formodning kan ikke tjene som begrundelse for en skattemæssige foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, der er sikret ved Traktaten.

EU-domstolen fastslog ligeledes i dommene sag C-264/96, ICI og sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, at den situation, at et flertal af koncernens datterselskaber af en eller anden grund er blevet etableret uden for en medlemsstat, ikke i sig selv indebærer, at der er tale om en skatteunddragelse, idet det pågældende selskab under alle omstændigheder er omfattet af skattelovgivningen i etableringsstaten.

Dermed skal de nationale regler om skatteunddragelse være begrænset til konstruktioner, hvis formål er at omgå anvendelsen af lovgivningen i den pågældende medlemsstat. For at være lovlige skal nationale skatteregler være forholdsmæssige og specielt have til formål at udelukke rent kunstige arrangementer. Afgørende er, om en regel kun rammer kunstige konstruktioner,

eller om den også rammer lovlige konstruktioner. Såfremt den kun rammer de kunstige konstruktioner, så er den nationale regel i orden. Rammer den derimod også lovlige konstruktioner, så er reglen for generel og anses derfor ikke for at være forholdsmæssig i forhold til, hvad formålet er med reglen. Dermed bliver formålet som i nogle af ovenstående domme, f.eks. at hindre al skattemæssig fraflytning fra en medlemsstat, og ikke blot den fraflytning som skyldes skatteunddragelse. EU-domstolen er meget opmærksom herpå, da medlemsstaterne for så vidt det er muligt, ønsker at hindre al skatteflugt fra staten, ulovligt som lovligt.

8.3.1 Rent kunstige arrangementer

Første gang EU-domstolen nævner begrebet rent kunstige konstruktioner er i sag C-264/96, ICI, som omhandlede de engelske sambeskatningsregler. ICI var et engelsk moderselskab som havde datterselskaber både i England og i andre medlemsstater. Nogle af datterselskaberne havde driftstab, som ICI ønskede at få fradrag for. ICI kunne dog kun få fradrag for driftstab i datterselskaber i England, men fik afslag for de udenlandske datterselskaber.

EU-domstolen fastslog, at det var i strid med etableringsfriheden kun at tillade skattefradrag, såfremt datterselskabet var hjemmehørende i England, idet formålet med etableringsfriheden netop medfører, at selskaber har ret til at benytte deres ret til fri etablering i andre medlemsstater, og derfor skal behandles på lige vilkår uanset, hvor etableringen finder sted.

Hensynet til skatteunddragelse påberåbes af de engelske myndigheder i dommen, og hertil slår EU-domstolen fast, at rent kunstige konstruktioner kan begrunde, at medlemsstaterne opstiller hindringer for den frie bevægelighed. I dommen kunne hindringen dog ikke opretholdes, idet den nationale bestemmelse var for generel, da den ramte alle selskaber, der blev oprettet uden for England. Dermed havde bestemmelsen ikke specielt til formål at udelukke rent kunstige konstruktioner, og blot det at et selskab var etableret uden for England kunne ikke i sig selv medføre, at der var tale om skatteunddragelse.

I Dommen C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant blev begrebet rent kunstige arrangementer påberåbt af den franske regering. Dommen omhandlede, som nævnt ovenstående, en national regel, som medførte en avancebeskatning, når det skattemæssige hjemsted blev flyttet fra Frankrig til en anden medlemsstat. Den franske regering mente, at denne nationale regel var begrundet i tvingende almene hensyn, idet lovgivningen specifikt havde til formål at udelukke, at rent kunstige arrangementer, hvis formål var at omgå skattelovgivningen, vil kunne give en skattefordel. Herved har den franske regering forsøgt at bruge principperne fra den føromtalte sag ICI, om at der skal være tale om en specifik regel, der udelukker kunstige arrangementer og ikke en generel regel. Kommissionen anførte dog, at den nationale regel var af generel karakter og derfor ikke

gjorde det muligt fra sag til sag at afgøre, om flytningen faktisk er begrundet i, at den skattepligtige har til hensigt at unddrage skat. Dette tiltræder EU-domstolen og anfører, at bestemmelsen ikke specielt har til formål at udelukke, at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå skattelovgivningen, kan give en skattefordel, men generelt tager sigte på enhver situation, hvori en skattepligtig, der besidder en væsentlig andel i et selskabsskattepligtigt selskab, af en hvilken som helst grund flytter sit skattemæssige hjemsted fra Frankrig.

En anden interessant afgørelse er sag C-196/04 Cadbury Schweppes, hvor EU-domstolen fik mulighed for yderligere at uddybe indholdet af begrebet kunstige arrangementer. Denne dom påberåbes også af SKAT i kendelserne fra Landsskatteretten.

Cadbury Schweppes omhandler spørgsmålet om, hvorvidt de engelske regler om CFC-beskatning er en hindring for den frie bevægelighed. Reglerne medførte, at et moderselskab, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, under visse betingelser er omfattet af CFC-lovgivningen og dermed skal beskattes af overskud i et datterselskab. Beskatningen finder sted, når moderselskabet har oprettet et datterselskab i en medlemsstat, hvori selskabet beskattes på et lavt niveau. Dette er i tilfælde, hvor den skat, som CFC-selskabet har betalt, er mindre end tre fjerdedele af den skat, der skulle have været betalt i England. Når datterselskabet derimod oprettes i England eller i en medlemsstat, hvor der ikke sker beskatning på lavt niveau, finder CFC-lovgivningen ikke anvendelse, og moderselskabet beskattes dermed ikke af datterselskabets overskud. Dette skaber en skattemæssig ulempe for det hjemmehørende moderselskab, der er omfattet af CFC-lovgivningen.

Den engelske regering påberåbte sig rent kunstige arrangementer som begrundelse for CFC-lovgivningen. Regeringen argumenterede for, at CFC-lovgivningen havde til formål at bekæmpe skatteunddragelse, idet den skulle hjælpe med at modvirke, at hjemmehørende selskaber kunstigt overfører overskud fra den medlemsstat, hvori overskuddet er optjent, til en skat, der beskatter på et lavere niveau, ved at oprette et datterselskab i sidstnævnte stat og ved at foretage transaktioner, hvis hovedformål er at gennemføre en sådan overførsel til gavn for dette datterselskab. Dertil skal det også bevises at det ikke har været formålet med transaktionen at man har ville nedsætte skattebetalingen.⁶⁷

⁶⁷ Jf. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 48-49

Til CFC-beskatningen fandtes dog en række undtagelser, som kunne medføre, at et selskab ikke alligevel var omfattet. Dette var blandt andet tilfældet, såfremt det kunne udelukkes, at der forelå et kunstigt arrangement, f.eks. i form af at der aktivt udøves erhvervsmæssig virksomhed i værtsmedlemsstaten. Derudover var nogle lande automatisk er fritaget, således at man kunne oprette datterselskaber heri uden at blive omfattet af CFC-lovgivningen.⁶⁸

EU-Domstolen fastslog, at de engelske CFC-regler udgjorde en forskelsbehandling som skabte en skattemæssig ulempe og udgjorde således en hindring for etableringsfriheden, da hjemmehørende selskaber afholdtes fra at oprette, erhverve eller opretholde et datterselskab i en medlemsstat, hvori dette beskattes på et sådant niveau.⁶⁹ EU-domstolen fastslog dog, at en sådan forskelsbehandling dog kunne opretholdes, såfremt der forelå et kunstigt arrangement, dette selvom selskabet reelt var etableret i værtsmedlemsstaten og der faktisk udøvedes økonomisk virksomhed.

Når EU-domstolen skal vurdere, om der foreligger skatteunddragelse i form af en kunstig konstruktion gøres dette på baggrund af to kumulative betingelser. For det første skal det undersøges om formålet med arrangementet har været at undgå en national beskatning. Dette kaldes den subjektive betingelse. For det andet skal den pågældende skattefordel, som arrangementet har givet anledning til, være opnået i strid med formålet med etableringsfriheden. Dette kaldes den objektive betingelse. At den subjektive betingelse er opfyldt medfører ikke i sig selv, at der er tale om en skatteunddragelse.⁷⁰ Derfor skal både den subjektive og den objektive betingelse være opfyldt for at der foreligger en skatteunddragelse.

For at vurdere om en skattefordel er opnået i strid med formålet med etableringsfriheden, altså den objektive betingelse, skal det vurderes, om den pågældende etablering er reel, eller om den er kunstig. For at vurdere dette ses på formålet med etableringen. Dette blev blandt andet fastslået i Cadbury Schweppes, hvori EU-domstolen angiver, at formålet med etableringsfriheden er at give en fællesskabsborger mulighed for på en stabil og vedvarende måde at deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf. Begrebet forudsætter dermed, at det pågældende selskab faktisk befinder sig i værtsmedlemsstaten og faktisk udøver er-

⁶⁸ Jf. sag C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 61

⁶⁹ Jf. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 45-46

⁷⁰ Jf. bl.a. sag C-264/96, ICI, præmis 26; sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, præmis 50; sag C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 75

hvervsmæssig virksomhed i denne.⁷¹ Af dommen må det derfor kunne udledes, at der skal være tale om en reel etablering i en anden medlemsstat. Dertil fastslås også, at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne begrundes, såfremt denne restriktion hindrer adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomheder, der udføres på det nationale område. Med dette må EU-domstolen have indført en form for et skatteretligt substanskrav til selskaberne.

På dette punkt ses der dermed en forskel mellem selskabsretten og skatteretten, idet der civilretligt kan opereres med tomme selskaber, og dermed finder det skatteretlige substanskrav ikke anvendelse i civilretten.

EU-domstolen har i flere sager fastslået, at en medlemsstat civilretligt kun kan kræve, at et selskab er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og at deres vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet. Når disse betingelser er opfyldt, er den omstændighed, at selskabet alene er stiftet i en medlemsstat med henblik på gennem et agentur, en filial eller et datterselskab at udøve sin virksomhed i en anden medlemsstat, uden betydning for, om der er tale om en reel etablering.⁷²

Dermed er den omstændighed, at et selskab ikke driver virksomhed i den medlemsstat, hvor det har sit hjemsted, men udelukkende eller hovedsageligt driver virksomhed i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende, ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at der foreligger et misbrug, som kan danne grundlag for, at denne medlemsstat afskærer det pågældende selskab fra at gøre brug af fællesskabsbestemmelserne om etableringsretten.⁷³

Den civilretlige acceptering af tomme selskaber ses blandt andet i C-212/97, Centros, hvori EU-domstolen fastslog, at det ikke kan anses som værende misbrug, at et selskab etableres i England udelukkende med det formål efterfølgende at oprette et datterselskab i Danmark, hvorfra al aktivitet udøves, således at selskabets tilstedeværelse i England udelukkende er en formalitet, hvorfra der ingen aktivitet drives. Dette på trods af at det erkendtes at selskabet udelukkende var stiftet i England, da England havde langt gunstigere regler for selskabsstiftelse end Danmark.

⁷¹ Jf. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 53-54

⁷² Jf. bl.a. sag C-212/97, Centros, præmis 17; sag 79/85, Segers, præmis 16

⁷³ Jf. bl.a. sag C-167/01, Inspire Art, præmis 139.; sag C-212/97, Centros, præmis 2.; sag 79/85, Segers, præmis 16

Dette ses blandt andet også i Inspire Art, sag C-167/01, hvor den omstændighed, at Inspire Art blev stiftet med den hensigt at undgå den nederlandske selskabslovgivning, som stiller strengere krav til selskabet, navnlig hvad angår størrelsen af mindstekapitalen og indbetaling af selskabsandele, ikke havde nogen betydning for, at selskabets oprettelse af en filial i Nederlandene var omfattet af etableringsfriheden.

Centros og Inspire Art fastslår dermed, at det ikke udgør misbrug af fællesskabsretten, at et selskab alene er blevet stiftet i en bestemt medlemsstat med henblik på at benytte en mere fordelagtig lovgivning. Dette skyldes, at Traktatens bestemmelser om etableringsfrihed netop har til formål at sætte selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, i stand til at udøve virksomhed i andre medlemsstater gennem et agentur, en filial eller et datterselskab.

Dermed har årsagerne til, hvorfor man har valgt at stifte et selskab i en bestemt medlemsstat, således ingen konsekvenser for anvendelsen af reglerne om etableringsfriheden, dog bortset fra tilfælde af svig.⁷⁴ Et selskab kan således stiftes i den medlemsstat, hvis selskabsretlige regler findes at være de mindst byrdefulde for det pågældende selskab.

Formålet med etableringsfriheden er at give selskaber mulighed for at udøve virksomhed i andre medlemsstater gennem et agentur, en filial eller et datterselskab, når blot det pågældende selskab er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet.⁷⁵ Dermed er det en del af EU-rettens formål, at selskaber kan vælge at etablere sig, hvor de ønsker, og på baggrund af de regler som de finder fordelagtige for deres selskab. Dermed kan den omstændighed, at et selskab opretter en sekundær etablering i en anden medlemsstat, ikke danne grundlag for en generel formodning om, at der er tale om misbrug, og dette kan derfor ikke tjene som en begrundelse for en foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, som er sikret ved Traktaten.

Formålet med etableringsfriheden er også, at når en statsborger har foretaget en sekundær etablering i en anden medlemsstat, så har denne statsborger mulighed for at udøve sin virksomhed der og således inden for Fællesskabet at begunstige det økonomiske og sociale samarbejde.

⁷⁴ Jf. bl.a. sag C-167/01, Inspire Art, præmis 95; sag C-212/97, Centros, præmis 18

⁷⁵ Jf. bl.a. sag C-167/01, Inspire Art, præmis 139; sag C-212/97, Centros, præmis 29; sag 79/85, Segers, præmis 16

Misbrug af etableringsfriheden foreligger heller ikke, selvom et selskab er blevet oprettet i den pågældende medlemsstat, hvor eneste formål hermed, er at drage fordel af en mere fordelagtig skattelovgivning. Når blot formålet med etableringsfriheden er opfyldt, er skattetænkning i sig selv ikke tilstrækkeligt til, at der foreligger misbrug af etableringsfriheden.⁷⁶ Derfor er hensigten med en etablering som udgangspunkt ikke relevant, men i stedet er det afgørende, om der foreligger en reel etablering i en anden medlemsstat, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten.

Når blot den reelle økonomiske aktivitet foreligger, har formålet med at opnå en skattefordel ingen betydning, selvom hensigten om at reducere skat overskygger hensigten om udøvelse af den økonomiske virksomhed.⁷⁷ Dermed er det ikke afgørende, om skattetænkning er det overvejende moment i valget af etablering, når blot der også er en økonomisk realitet bag valget.

Grænsen mellem en skattetænkning og en skatteunddragelse overskrides først, hvor en etablering ikke er reel, men hvor den udelukkende er sat i verden for at omgå en national skat.⁷⁸ Derfor må et selskab godt tænke i skat, når blot dette gøres som en almindelig overvejelse i selskabet og der ikke udelukkende på baggrund af dette, sættes en kunstig konstruktion i verden. Hensigten er dermed kun væsentlig, hvis der foreligger rent kunstige arrangementer. Dette ligger ligeledes i ordet ”rent” i rent kunstige arrangementer, der antyder, at oprettelsen af et sådant selskab udelukkende skal have skattemæssige bevæggrunde og ingen økonomisk realitet.⁷⁹

8.3.2 Reel økonomisk virksomhed

For at vurdere om et arrangement er kunstigt, er det, jf. ovenstående, afgørende om der ligger en økonomisk realitet bag arrangementet.

Dette ses blandt også i sagerne C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group*, hvor i fastslås, at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet,

⁷⁶ Jf. bl.a. sag Centros, præmis 27 og 49; sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 36-37; sag C-167/01, *Inspire Art*, præmis 96

⁷⁷ Jf. Mette Knudsen og Kia Pham i “Misbrug af de økonomiske frihedsrettigheder”, TfS 2009/15, s. 38

⁷⁸ Jf. Nikolaj Vinther og Erik Werlauff i TfS 2006,603, ”Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten”

⁷⁹ Jf. Mette Knudsen og Kia Pham i “Misbrug af de økonomiske frihedsrettigheder”, TfS 2009/15, s. 38

med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.⁸⁰

Det samme kommer til udtryk i sag C-105/07, Lammers & Van Cleeff, hvor EU-domstolen fastslår, at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.⁸¹

Dermed er det afgørende, om selskabet aktivitet er tilstrækkelig til, at det EU-retlige begreb om reel økonomisk aktivitet er opfyldt.

8.3.3 Melleholdingselskabets aktivitet

Ovenstående er det fastslået, at for at vurdere om et arrangement er kunstigt, skal det foreligge en reel økonomisk virksomhed. Dette skal blandt andet vurderes ud fra selskabets aktivitet.

I kendelserne fra Landsskatteretten mener SKAT ikke, at holdingselskabet er beneficial owner blandt andet ud fra den betragtning, at holdingselskabet ikke har den tilstrækkelige aktivitet, som blandt andet er krævet i Cadbury Schweppes, for at arrangementet ikke anses for at være kunstigt. Spørgsmålet er derfor, om der overhovedet kan kræves en aktivitet i et holdingselskab, og såfremt det kan, hvilken aktivitet der i så fald kan kræves, hvis EU-domstolen tillægger substansen i selskaberne en afgørende betydning.

EU-domstolen fastslog i Cadbury Schweppes, at substanskravet medfører, at der er krav om en reel etablering i en anden medlemsstat, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed. En etablering skal anses for at være reel, når den på grundlag af en evaluering af objektive omstændigheder afspejler en økonomisk realitet. Det kan ofte være vanskeligt at fastslå omfanget af den økonomiske tilstedeværelse og arrangementets reelle kommercielle elementer. Objektive faktorer til at afgøre, om der er tilstrækkelig substans, kan blandt andet være en undersøgelse af, hvor den reelle placering af administrationen og virksomhedens fysiske tilstedeværelse er samt den reelle kommercielle risiko. Dermed ser man blandt andet på tegn på fysisk eksistens såsom lokaler, personale og udstyr.

⁸⁰ Jf. sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group, præmis 74

⁸¹ Jf. sag C-105/07, Lammers & Van Cleeff, præmis 28

Dommen C-246/89, Kommissionen mod England angiver, at en reel etablering kan omfatte den faktiske udøvelse af en økonomisk aktivitet ved hjælp af en fast indretning i en anden medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidspunkt.⁸² I denne dom lægges der dermed vægt på, at der skal være noget fast og fysisk til stede. Tidsfaktoren synes også at spille ind. Det er derfor ikke tilstrækkeligt til, at der foreligger en reel etablering, at denne kun skal eksisterer i en tidsbestemt periode. Heri må også ligge, at tidsperioden ikke nødvendigvis er afgørende for etableringen, men i højere grad selve formålet med etableringen på etableringstidspunktet. Såfremt selskabet på etableringstidspunktet mener, at etableringen skal vare i mange år, men kort efter går konkurs, så vil etableringen ud fra et tidsmæssigt hensyn stadig være reel, idet formålet har været en tidsubegrænset etablering og ikke blot en kortvarig.

Substanskravet bruges derfor til at afdække de situationer, hvor et selskabs etablering udelukkende må anses for at være en fiktiv etablering, hvorfra der ikke udøves nogen faktisk økonomisk virksomhed på værtsmedlemsstatens område, såsom f.eks. et postkasse- eller et skærmselskab.⁸³

I kendelserne fra Landsskatteretten påberåber SKAT sig dette substanskrav i forhold til mellemholdingselskabets aktiviteter. Det er dog ikke korrekt at bringe substanskravet i anvendelse i disse. Dette skyldes, at substanskravet i Cadbury Schweppes er rettet mod et almindeligt selskab og ikke et holdingselskab, som kendelserne fra Landsskatteretten omhandler. Der er væsentlig forskel på et selskabs og et holdingselskabs aktivitet, idet et holdingselskabs eneste selvstændige aktivitet ofte vil være at eje aktier i andre selskaber. Såfremt substanskravet i Cadbury Schweppes også omfatter holdingselskaber, vil dette i så fald kunne medføre, at holdingselskaber aldrig ville kunne nyde godt af EU-rettens fordele, idet deres aktivitet ikke er tilstrækkelig herfor.

Holdingselskabet som etableringsform er dog fuldt ud anerkendt af EU-domstolen, der blandt andet i sagerne Segers, Centros og Inspire Art har fastslået, at selskaber kan stiftes i en medlemsstat for herefter at etablere sig i en anden medlemsstat gennem f.eks. et datterselskab.⁸⁴ Dermed har et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og

⁸² Jf. C-246/89, Kommissionen mod England, præmis 21 og 23

⁸³ Jf. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 68

⁸⁴ Jf. bl.a. sag 79/85, Segers, præmis 16; sag C-212/97, Centros, præmis 17-18 samt sag C-167/01, Inspire Art, præmis 95-96

som har vedtægtsmæssigt hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed inden for Fællesskabet, ret til at udøve deres virksomhed både i stiftelsesstaten men også i en anden medlemsstat via et agentur, en filial eller et datterselskab. Dette skyldes, at den traktatsikrede etableringsfrihed netop har til formål at give sådanne selskaber mulighed for at udøve virksomhed i andre medlemsstater gennem et andet selskab.⁸⁵

Eneste kriterium for stiftelsen af et selskab er således, at det er stiftet i en medlemsstat, hvor denne etablering er en godkendt etableringsform. Medlemsstaterne kan derfor ikke vilkårligt underkende selskaber, blot fordi et selskab ikke vil kunne etableres i den pågældende stat ud fra selskabets valgte etableringsform. Et holdingselskab, hvis eneste selvstændige aktivitet er at eje aktier i andre selskaber, kan dermed ikke nægtes Fællesskabets fordele alene af den grund, at det anses som værende et tomt selskab. Det diskvalificerer derfor ikke et selskab fra at være beneficial owner, at det alene driver virksomhed som holdingselskab.

Selskabets repræsentanter fastslår også, at de fysiske rammer og den fysiske aktivitet i ethvert selskab vil være afpasset efter karakteren af den virksomhed, som det pågældende selskab skal varetage. Melleholdingselskabet, hvis eneste formål er at eje og finansiere det danske datterselskab, har præcis den aktivitet, som et rent holdingselskab sædvanligvis har. Et sådant selskab vil have en begrænset aktivitet. Der skal afholdes en generalforsamling og ganske få bestyrelsesmøder om året for at træffe de beslutninger, som holdingselskabet skal træffe. Der er derfor hverken behov for et selvstændigt kontor eller for fastansatte medarbejdere. Den løbende administration varetages i stedet – omkostningseffektivt – af et administrationsselskab.

Melleholdingselskabets aktivitet svarer således fuldstændig til den aktivitet, der er i andre danske og udenlandske holdingselskaber, som de danske skattemyndigheder efter fast praksis har anset for beneficial owner af udbytter eller renter fra datterselskaber.

SKATs krav til holdingselskabets aktivitet stemmer således ikke overens med ovenstående redegørelse af holdingselskaber. Holdingselskabets eneste formål er at eje og finansiere et andet selskab og holdingselskabets aktivitet svarer dermed fuldstændig til, hvad der normalt kendetegner et holdingselskab, idet sådan et selskab vil have begrænset aktivitet. Dertil er der ikke behov for hverken forretningslokaler eller medarbejdere.

⁸⁵ Jf. bl.a. sag C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 41; sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 30; sag C-167/01, Inspire Art, præmis 97; sag C-212/97, Centros, præmis 20; sag C-264/96, ICI, præmis 20; sag 79/85, Segers, præmis 13

Konklusionen er derfor, at der ikke kan opstilles krav om nævneværdig substans i holdingselskaber som en forudsætning for, at selskabet kan anses som værende beneficial owner og dermed opnå fritaget for kildeskat. De etableringskrav, som EU-domstolen blandt andet anvender i Cadbury Schweppes, og som både SKAT og skattemyndighederne forsøger at bringe i anvendelse i relation til anvendelsen af udenlandske holdingselskaber, kan således på baggrund af en korrekt fortolkning af fællesskabsretten ikke gøres gældende i relation til holdingselskaber, der er stiftet i en anden medlemsstat, idet de fysiske rammer og den fysiske aktivitet for et sådant selskab lovligt vil være afpasset efter karakteren af virksomheden, som det pågældende selskab varetager.⁸⁶

SKATs krav i kendelserne fra Landsskatteretten om en reel aktivitet i et holdingselskab virker særdeles aggressivt i forhold til, hvad der på EU-retligt niveau allerede er fastslået omkring holdingselskabers aktivitet.

Denne holdning stemmer dog overens med lovgivers i Danmark, idet der også her er anlagt en meget aggressiv taktik overfor netop den ovenstående selskabsstruktur, hvor en pengestrøm går fra Danmark videre til Luxembourg og med mulighed for at gå videre til et skattelyland. Dette kunne tyde på, at Danmark ønsker at gribe ind over for selskabsstrukturen og i stedet beskatte individet.

Dette har resulteret i, at Danmark har indført en regel i aktieavancebeskatningsloven som netop er møntet på mellemholdingselskaber. Denne regel kunne eventuelt have noget at gøre med SKATs aggressive adfærd mod holdingselskaberne i de danske kendelser om beneficial owner.

8.3.3.1 De danske regler om mellemholdingselskaber

Danmark har indført mellemholdingreglen i aktieavancebeskatningsloven § 4 a og b. Selve mellemholdingreglen er ikke genstand for min afhandling, hvorfor indholdet af denne blot kort nævnes. I stedet ønskes afklaret, om kravet om 'reel økonomisk virksomhed' i denne regel kan have haft betydning for de danske kendelser om beneficial owner.

I aktieavancebeskatningslovens § 4 a og b er indsat som en værnsregel mod mellemholdingselskaber, som er indskudt uden en reel forretningsmæssig begrundelse.

⁸⁶ Martin Poulsen i SU 2009, 278 "Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber"

Lovændringen har medført, at 3-års-regel i aktieavancebeskatningsloven nu er blevet ophævet, således at reglen nu i stedet er, at gevinster og tab ved afståelse af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 8. I stedet er der indført en generel skattepligt for aktier, der ikke er datterselskabs- eller koncernselskabsaktier, jf. ABL § 9. Afgørende for skattefriheden er dermed, om aktierne lever op til betingelsen om, at der skal være tale om datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 a eller koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 b.⁸⁷ Efterfølgende fokuseres udelukkende på datterselskabsaktier.

Ved datterselskabsaktier forstås aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet. For at opfylde dette kapitalkrav er det ikke tilstrækkeligt, at selskabet alene er indsat som ejer af datterselskabsaktierne med henblik på at opfylde dette krav. Reglen skal dermed hindre at flere porteføljeaktionærer lægger deres aktiebesiddelser i et fælles holdingselskab, der dermed kommer til at eje mere end 10 pct. af aktiekapitalen.⁸⁸

Dette formål er sikret gennem indsættelsen af en værnsregel i ABL § 4 a, stk. 3, som siger, at datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af moderselskabets selskabsaktionærer omfattet af selskabsskatteovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, i tilfælde hvor (1) moderselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, (2) moderselskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen og (3) mere end 50 pct. af aktiekapitalen i moderselskabet direkte eller indirekte ejes af selskaber omfattet af selskabsskatteovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, der ikke ville kunne modtage udbytte skattefrit ved direkte ejerskab af aktierne i det enkelte datterselskab, og (4) aktierne i moderselskabet ikke er optaget til handel på et reguleret marked eller en multilateral handelsfacilitet.

Det, der er særligt interessant for denne afhandling, er, at mellemholdingreglen medfører, at datterselskabsaktierne anses for ejet direkte af moderselskabets selskabsaktionærer, såfremt moderselskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen. Det er derfor interessant at finde ud af, hvad der kræves af reel økonomisk virksomhed, jf. ABL § 4 a, for derved at sammenholde det med SKATs krav i Landsskatterettens kendelser.

⁸⁷ Jf. Jakob Bundgaard i SU 2010, 111, ”Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber?”

⁸⁸ Jf. Jakob Bundgaard i SU 2010, 111, ”Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber?”

Til forståelse af, hvad reel økonomisk virksomhed konkret omfatter kan der findes hjælp i Skatteministerens udtalelser i forbindelse med L 202, hvor Skatteministeren har givet særdeles fyldige udtalelser omkring reel økonomisk virksomhed.

Sammenfattende kan nævnes, at det afgørende er, at selskabets aktivitet vedrørende aktiebesiddelsen giver anledning til reel økonomisk virksomhed. At selskabet blot ejer aktier er dog ikke tilstrækkeligt, selvom dette er tilstrækkeligt til, at selskabet anses for at være erhvervsdrivende.⁸⁹

Reel økonomisk virksomhed vil derfor kun foreligge i tilfælde, hvor mellemholdingselskabet har egne lokaler til rådighed. Dertil er det et krav, at selskabet har ansat personale til at varetage de nødvendige administrative opgaver, som følger af at drive reel økonomisk virksomhed. Derfor skal selskabets personale ligeledes have det nødvendige udstyr til at udøve reel økonomisk virksomhed samt have den nødvendige ledelsesmæssige kompetence til at udøve den reelle økonomiske virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen. Personalet skal også varetage forvaltning af mellemholdingselskabets investeringer i datterselskabet ved aktiv deltagelse i bestyrelsesmøder og/eller direktion.

Skatteministeren udtaler derimod, at der ikke er tale om reel økonomisk virksomhed i tilfælde, hvor mellemholdingselskabet har outsourcet alle administrative funktioner til en professionel udbyder og er hjemmehørende hos denne. Postkasse- eller skærmselskaber udøver dermed ikke reel økonomisk virksomhed.⁹⁰

Skatteministerens udtalelser omkring reel økonomisk virksomhed bakkes også op af den danske retspraksis på området, idet der også her tages udgangspunkt i ovenstående gennemgåede bilag 41 til lovforslaget. Disse momenter tillægges derfor afgørende betydning af Skatterådet i de pågældende domme.

I dommene SKM 2010.538.SR og SKM 2010.410.SR ansås mellemholdingselskaberne for ikke at udøve reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelserne i datterselskaberne. Skatterådet har i begge sager lagt vægt på substansen i mellemholdingselskabet. I SKM2010.410.SRI var det de øverste anpartshavere, der fungerede som direktører i mellemholdingselskabet. Disse

⁸⁹ Jf. L 202 (2008/2009), Skatteministerens svar på henvendelse fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 41, side 24

⁹⁰ Jf. L 202 (2008/2009) Skatteministerens svar på henvendelse fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 41, side 25

var ulønnede, og der var intet personale, og selskabet havde adresse hos anpartshaverne. Manglende lokaler og ansatte var også afgørende i SKM2010.538.SR.

Tilsvarende i de domme, hvor selskabet har fået medhold i, at der drives reel økonomisk virksomhed, lægges der vægt på, om selskaberne har lokaler til rådighed og ansat medarbejdere. I forhold til medarbejderne lægges der vægt på, at disse har den nødvendige faglige indsigt samt hvor stor en arbejdsindsats, der vil være forbundet med dette arbejde. Skatterådet går dermed ind og sikrer, at de ansatte ikke blot er indsat som kransekagefigurer, men at de rent faktisk både har kvalifikationer samt muligheden for at bruge disse i forhold til de arbejdsopgaver, der kræves af dem, således at arbejdsindsatsen også er afgørende. Dermed kræves der, at der deltages aktivt i driften af selskaber, at der er løbende kontakt med datterselskaber, og at der deltages i bestyrelsesmøder osv.

Der skal som minimum være tale om, at selskabet har indflydelse på ledelsen af datterselskabet.⁹¹

Et andet vigtigt moment i dommene er, om selskabet har fokus på udvikling af datterselskaberne, blandt andet i form af administrative opgaver vedrørende varetagelsen af selskabets investeringer.⁹²

Afgørende er derfor, om transaktionen afviger så meget fra forretningsmæssige vilkår, at dispositionen alene kun begrundes i aktionærernes interesse og ønske om at undgå beskatning i forbindelse med en påtænkt omstrukturering af koncernen.

Som tidligere fastslået i afhandlingen, er det begrænset hvor meget aktivitet der kan kræves af et mellemholdingselskab, idet de fysiske rammer og den fysiske aktivitet vil være afpasset efter karakteren af den virksomhed, som det pågældende selskab skal varetage. Skatteministeren lægger afgørende vægt på, om selskabet selv står for den løbende administration eller om dette er outsourcet.

I kendelserne fra Landsskatteretten er det luxembourgiske holdingselskabs eneste formål at eje og finansiere et andet selskab. Det er derfor helt nærliggende, at et sådant holdingselskab vil have en begrænset aktivitet. Der skal afholdes en generalforsamling og ganske få bestyrelsesmøder

⁹¹ Jf. bl.a. SKM2010.263.SR, SKM2010.33.SR, SKM2011.14.SR, SKM2010.33.SR, SKM2011.13.SR

⁹² Jf. bl.a. SKM2010.263.SR, SKM2010.33.SR, SKM2011.13.SR

om året for at træffe de beslutninger, som holdingselskabet skal træffe. Der er derfor hverken behov for et selvstændigt kontor eller for fastansatte medarbejdere. Den løbende administration varetages i stedet af et administrationsselskab.

Holdingselskabet har dermed outsourcet deres administration, hvilket, Skatteministeren i ovenstående udtrykkeligt har lagt vægt på, kan betyde at selskabet ikke driver reel økonomisk virksomhed.

Det kunne derfor være nærliggende at antage, at den mindste aktivitet som Danmark kræver i kendelserne fra Landsskatteretten om beneficial owner, egentlig er reel økonomisk virksomhed fra ABL § 4 a.

Som fast antaget i EU udtaler Skatteministeren i bilag 41 til L 202, at såfremt ”*melleholdingsselskabet er indsat som mellemed af erhvervmæssige grunde, må det formodes, at det har reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen – og i givet fald finder bestemmelsen jo ikke anvendelse*”.⁹³

Der må derfor kunne ses bort fra kravet om reel økonomisk virksomhed, såfremt selskabsstrukturen er begrundet. Skatteministeren afviser dog, at en sådan begrundelse kan være skattemæssig og fastslår følgende: ”*...værnsreglen er indsat for at målrette den til de tilfælde, hvor flertallet af aktionærerne har en interesse i melleholdingsselskabets eksistens af skattemæssige årsager. Det er således et forsøg på at fritage de tilfælde, hvor det (i hver fald i fremtiden) må formodes, at melleholdingsselskabet eksisterer af andre grunde end af skattemæssige*”.⁹⁴

Dermed accepterer Skatteministeren kun, at indskydelsen af et holdingselskab kan være begrundet, såfremt der er andre motiver herfor end skattemæssige. Dette er dog ikke helt korrekt antaget, idet et selskab ved etablering godt må tænke i skat, jf. ovenstående. Dermed kan Skatteministeren ikke generelt afvise skattetækning, men skal i hvert enkelt forhold foretage en konkret vurdering.

Begrebet forretningsmæssig begrundelse vil blive uddybet nedenstående i afsnit 8.3.4.

⁹³ Jf. L 202 (2008/2009), Skatteministerens svar på spørgsmål fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 41, side 28

⁹⁴ Jf. L 202 (2008/2009), Skatteministerens svar på spørgsmål fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 41, side 28

8.3.3.2 Sammenholdelse af aktivitets krav og reel økonomisk virksomhed

I kendelserne fra Landsskatteretten fik selskabet, som tidligere nævnt, medhold allerede fordi der ikke var sket en gennemstrømning. Landsskatteretten tager derfor ikke stilling til, om selskabet har haft substans nok til at være retmæssig ejer, såfremt der var sket en gennemstrømning.

I ABL § 4 stilles der strenge krav til substansen i et holdingselskab. Situationen med mellemholdingreglen minder, som nævnt, meget om de krav SKAT stiller til holdingselskaberne i sagerne om beneficial owner. Såfremt disse danske substanskrav viser Danmarks nye holdning til holdingselskaber, må det forventes, at disse krav til holdingselskabets substans vil blive overført på alle situationer omhandlende holdingselskaber, da der ellers vil være en forskelsbehandling.

Såfremt der i kendelserne fra Landsskatteretten var sket en gennemstrømning og SKATs krav til substans var blevet lagt til grund, så ville disse sager formentlig være blevet tabt, idet holdingselskabet formentlig ikke ville kunne opfylde disse strenge krav til substansen.

Dette syn støttes af flere af Skatteministerens kommentarer, blandt andet i bilag 26 til L 213, hvor Skatteministeren på foranledning af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer har svaret på konkrete spørgsmål omhandlende forskellige konstruktioner opstillet af FSR. Eksemplerne omhandler en gennemstrømning gennem et selskab, som ikke har nogen aktivitet ud over at eje aktier i et andet selskab. Selskaberne er uden ansatte og har adresse hos en advokat. I begge eksempler svarer Skatteministeren at det pågældende selskab er et gennemstrømningsselskab og derfor ikke er beneficial owner.⁹⁵

Dermed stiller Skatteministeren et større krav til selskabets aktivitet end blot at eje aktier i et andet selskab.

Ovenstående tyder på, at Danmark er i gang med at underkende holdingstrukturen. Dette fremføres også af selskabets repræsentanter i kendelserne fra Landsskatteretten. Her stiller selskabets repræsentanter nemlig spørgsmålstejn ved, om det overhovedet er muligt at pege på et mellemliggende holdingselskab, som SKAT vil kunne acceptere som beneficial owner af et udbytte eller rente, såfremt et holdingselskab skal opfylde substanskravet udledt af Cadbury Schweppes-

⁹⁵ De omtalte eksempler findes i Skatteministerens svar på spørgsmål fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, L213 (2006/2007), bilag 26, side 20-23

dommen. Hvad enten udbyttet eller renterne anvendes af selskabet selv, f.eks. til køb af en virksomhed, eller skal viderekaliseres til de bagvedliggende ejere, fører SKATs opfattelse vedrørende substanskravet til holdingselskaber således til, at holdingselskabet ikke er beneficial owner.

Som tidligere nævnt er holdingstrukturen dog allerede accepteret af EU-domstolen, og Danmarks holdning må derfor siges at være særdeles stridende herimod. Dertil kommer også spørgsmål om, hvorfor Danmark tror, at dette er i overensstemmelse med EU-retten.

I bilag 41 til L202, Skatteministerens svar på henvendelse fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, er Skatteministeren blevet bedt om at uddybe det nærmere indhold af begrebet reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelsen. Skatteministeren svarer blandt andet hertil, at *”det er en forudsætning for fritagelse for CFC-beskatning, at den skattepligtige kan dokumentere, at selskabet reelt er etableret i den pågældende EU/EØS medlemsstat og dér udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende CFC-indkomsten. Kriteriet blev indsat i ligningslovens § 16 H som opfølgning på EF-domstolens dom i Cadbury Schweppes sagen (C-196/04) og skal fortolkes i overensstemmelse med den EU-retlige afgrænsning vedrørende rent kunstige arrangementer/svig eller misbrug. På denne baggrund er det Skatteministeriets opfattelse, at bestemmelsen er i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet.”*

Substanskravet i ABL § 4 a er således hentet fra Cadbury Schweppes, og Skatteministeren mener derfor, at dette er i overensstemmelse med EU-retten. Dertil skal det blot huskes, jf. ovenstående, at substanskravet i Cadbury Schweppes netop ikke omhandler et substanskrav til holdingselskaber men til almindelige selskaber.

Substanskravet i aktieavancebeskatningslovens § 4 a er ikke i overensstemmelse med EU-retten, idet reglen kræver et langt mere aktivt aktivitetskrav, end der kan kræves af et holdingselskab.

Det skal dog afslutningsvis nævnes, at der i princippet ikke er nogen i vejen for at have et substanskrav til holdingselskaber. Der, hvor SKAT går galt i byen, er ved at kræve det samme substanskrav til holdingselskaber, som der kræves til et almindeligt selskab. Dermed vil man i realiteten godt kunne forestille sig et krav om reel økonomisk virksomhed til et holdingselskab, når blot dette er særligt afpasset til holdingselskabets struktur. Dermed vil der i dette substanskrav

ikke kunne kræves fysisk aktivitet i form af medarbejdere, lokaler osv., som er tilfældet i Cadbury Schweppes.

Såfremt et sådant særligt substanskrav bliver aktuelt for holdingselskaber, er det dog vanskeligt at vurdere, hvilke krav der reelt kan stilles et holdingselskab, såfremt disse stadig skal være i overensstemmelse med EU-retten. Der kan formentlig ikke stilles mange krav til substansen, når den eneste aktivitet i selskabet er at eje aktier i et andet selskab.

8.3.4 Manglende forretningsmæssig begrundelse for transaktionen

At en konstruktion er forretningsmæssigt begrundet kan være af afgørende betydning for et selskab. Dette skyldes, at såfremt det konstateres, at et arrangement er uden økonomisk realitet og dermed kunstigt, så er dette ikke ensbetydende med, at selskabets adgang til at påberåbe sig direktivet afskæres. Dette skyldes, at der efter EU-retten skal foretages en bedømmelse af, om sådanne konkrete transaktioner har et sådant reelt kommercielt indhold, så de alligevel skal accepteres af medlemsstaterne. En forretningsmæssig begrundelse for arrangementet kan dermed redde selskabet fra at blive frataget direktivets rettigheder.

Begrebet forretningsmæssig begrundelse påberåbes også af selskabet i kendelserne fra Landskatteretten. Derudover kommenterer Skatteministeren også på begrebet i forhold til aktieavancebeskatningslovens § 4 a.

I kendelserne fra Landsskatteretten mener SKAT ikke, at den pågældende disposition har haft et reelt forretningsmæssigt formål. SKAT mener derimod, at den dispositionen alene har haft til formål at undgå dansk kildestatsbeskatning. Dette vurderer SKAT blandt andet på baggrund af, at det ikke kan ses som værende led i en almindelige kommerciel transaktion, at der er sket en udlodning fra det danske selskab, men at pengene samme dag er genudlån til det danske selskab. Dette må være foretaget uden nogen forretningsmæssig begrundelse.

SKAT mener, at dette understreges af, *”at det udbyttedtagende selskab faktisk var forpligtet til at viderekanalisere beløbet, at viderekanaliseringen skete samme dag, som udbyttet blev modtaget, at udbyttet ikke blev beskattet i modtagerstaten, at de implicerede selskaber ikke havde nogen driftsmæssig aktivitet ud over ejerskab og finansiering af koncernselskab, og at de implicerede selskaber hverken havde kontorfaciliteter til rådighed eller ansatte, samt at det cirkulære arrangement med udlodning og samtidig genudlån endda var fastlagt allerede inden stiftelsen af de luxembourgiske mellemholdingselskaber”*.⁹⁶

⁹⁶ Jf. SKM 2010.268 LSR

SKAT lægger herved ikke vægt på egentlige grunde, som kan tale for eller imod, om der er tale om en forretningsmæssig begrundelse, men opridser blot generelle oplysninger om holdingselskabet. I princippet bruger SKAT de samme begrundelse herfor, som bruges til at begrunde, hvorfor holdingselskabet ikke er beneficial owner.

SKAT mener, at formålet med arrangementet i stedet har været at udnytte dobbeltbeskatningsoverenskomsten og fællesskabsretten, dels til at etablere en fradragsret for renteudgifter uden derved at udløse kildeskat i Danmark eller beskatning i udlandet, dels til at undgå betaling af kapitaltilførselsafgift i Luxembourg.

Hjælp til at vurdere omfanget af begrebet forretningsmæssig begrundelse kan blandt andet findes i omstruktureringsreglerne. Tidligere har det nemlig været således, at tilladelse til en skattefri omstrukturering kun kunne opnås, såfremt den påtænkte disposition var forretningsmæssigt begrundet. SKATs krav om, at der skal være en tilstrækkelig forretningsmæssig begrundelse kan ikke udledes af fusionsskatteoven, men udspringer af artikel 11 i fusionsdirektivet. I følge denne artikel skal der gives afslag på en skattefri omstrukturering, såfremt der foreligger skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Såfremt omstrukturen ikke har en forretningsmæssig begrundelse, kan der efter artikel 11 *”være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse”*. Reglerne er efterfølgende blevet ændret med L 110, hvorefter der ikke længere stilles krav om, at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse. Den forretningsmæssige begrundelse for en given omstrukturering er i det nye regelsæt afløst af objektive regler til imødegåelse af skatteundgåelse og skatteunddragelse.⁹⁷ Reglerne om omstrukturering er ikke relevante for denne afhandling, hverken de tidligere eller de nye, hvorfor disse ikke uddybes nærmere. Relevant for denne afhandling er derimod begrebet forretningsmæssig begrundelse, hvorfor retspraksis omkring det tidligere krav om forretningsmæssig begrundelse til en skattefri omstrukturering må kunne bruges til at fortolke det pågældende begreb.

I 1996 udsendte Skatteministeriet, Departementet en udtalelse om behandling af sager om skattefrie omstruktureringer.⁹⁸ Af udtalelsen fremgik, at *”som eksempel på forsvarlige forretnings-*

⁹⁷ Jf. Susanne Kjær i RP.2007.06.0014, *”Nye regler om skattefrie omstruktureringer og sambeskatning i forbindelse hermed”*

⁹⁸ Jf. TfS 1996.899

*mæssige betragtninger kan nævnes omstrukturering, rationalisering, risikoafvejning, generationsskifteplaner*⁹⁹ m.v.” Der udtales tillige, at udskillelse af finansielle aktiver og passiver ud fra kriterier, der giver grundlag for at antage, at formålet alene eller efter al sandsynlighed er at spare skatter, realrenteafgift m.v., ikke vil kunne give en tilladelse.

Retspraksis på området viser blandt andet, at såfremt det indskydende selskab efter en udspaltning af et aktiv ikke har nogen resterende tilbageværende aktivitet, og udspaltningen er sket med henblik på, at det modtagende selskab efterfølgende skal sælge aktivet, synes der ikke at være nogen forretningsmæssig begrundelse for denne udspaltning. Ud fra en samlet konkret vurdering var det Told- og Skattestyrelsens opfattelse, at hovedformålet med spaltningen og det efterfølgende salg af aktivet i det modtagende selskab var at konvertere den ellers skattepligtige afståelse af ejendommen i det indskydende selskab til en skattefri afståelse.¹⁰⁰

Dommen viser dermed, at såfremt en omstrukturering skal være forretningsmæssigt begrundet, skal der være tale om, at både det indskydende og det modtagne selskab fortsætter sin erhvervs-mæssige aktivitet, og omstruktureringen skal dermed ikke blot bruges til at være den mest fordelagtige måde at foretage en afståelse på.

Netop dette gælder generelt for vurderingen af, om en aktivitet er forretningsmæssigt begrundet, idet retspraksis generelt kræver, at transaktionen ud fra en konkret vurdering ikke foretages for at undgå en umiddelbar beskatning f.eks. ved afståelse af aktivet, og dermed bruger omstruktureringen som en omgåelse af skattereglerne.¹⁰¹

Når SKAT derfor i kendelserne fra Landsskatteretten kræver, at indsættelsen af holdingselskabet skal være forretningsmæssigt begrundet, er dette et legitimt krav.

En forretningsmæssig begrundelse kan dog være mange forskellige ting, hvorfor det for SKAT vil være svært at bevise, at den pågældende transaktion ikke er forretningsmæssigt begrundet. En forretningsmæssig begrundelse kunne blandt andet være et ønske om omkostningsbesparelser, eller muligheden for at forøge værdien af den samlede koncern.

⁹⁹ Udtalelsen fra Skatteministeriet viser, at generationsskifte i en lang årrække har været godkendt som forretningsmæssig begrundelse. Denne praksis er dog efterfølgende blevet ændret, idet SKAT har anlagt en mere restriktiv praksis. For herom se blandt andet Susanne Kjær i SR.2005.348, ”Skattefri omstrukturering – forretningsmæssig begrundelse”

¹⁰⁰ Jf. SKM 2005.184.TSS

¹⁰¹ Jf. Bl.a. TfS 1998.160, SKM 2005.184.TSS

8.3.4.1 Den reelle betydning af kravet om forretningsmæssig begrundelse

I teorien synes den forretningsmæssige begrundelse at være af afgørende betydning for et selskab, idet, som nævnt ovenstående, så kan en forretningsmæssig begrundelse for arrangementet medføre, at på trods af at der ikke foreligger en reel økonomisk aktivitet, så er selskabet alligevel omfattet af direktivets rettigheder.

I praksis synes betydningen af begrebet dog ikke at nå samme højder, idet det synes svært at begrunde over for SKAT, at nogen rent faktisk er forretningsmæssigt begrundet. Dermed synes begrebet forretningsmæssigt begrundet ikke at indeholde den sikkerhed for selskabet, som den egentlig burde efter EU-retten.

Når SKAT træffer beslutninger vedrørende skatteansættelser, så har SKAT særlige pligter i form af sin titel som en offentlig myndighed. Når SKAT skal vurdere en skatteansættelse, f.eks. som i kendelserne fra Landsskatteretten, hvor der er formodning om tilstedeværelsen af et rent kunstigt arrangement, skal skatteyderen have adgang til at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til dette arrangement. Dette er blandt andet fastslået af Kommissionen som mener, at dette er nødvendigt for at sikre, at reelle etableringer og transaktioner ikke straffes uberettiget.¹⁰²

Derfor er det væsentligt at lægge mærke til, at der ikke er noget der tyder på, at SKAT ved ændring af selskabets ansættelse, har givet selskabet mulighed for at begrunde, om der ligger forretningsmæssige begrundelser bag ved indskydelsen af mellemholdingselskabet. Selskaber er individuelle, og det vil derfor være forkert generelt at antage, at en sådan indskydelse af et mellemholdingselskab ikke kan være forretningsmæssigt begrundet, idet der kan ligge forskellige hensyn til grund for indskydelsen, såsom strategiske, civilretlige f.eks. adgang til kapitalmarkeder, regulering af valutakurser, politiske situationer eller behovet for at være til stede i en bestemt stat osv. Dermed er der krav om at SKAT foretager en konkret vurdering hver gang.

Da sagerne er kommet til behandling i Landsskatteretten anfører selskabet at grunden til, at netop Luxembourg er valgt som hjemsted for holdingselskabet, blandt andet skyldes, at investorerne tidligere har foretaget deres investeringer gennem luxembourgske holdingselskaber og derfor har fået opbygget et godt kendskab til de selskabsretlige, regulatoriske og finansielle forhold i Luxembourg. Hertil kommer, at Luxembourg er kendt for at have et politisk stabilt system og er

¹⁰² KOM(2007) 785, ”Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande”

medlem af EU. Det er derfor naturligt, at Luxembourg er blevet anvendt som hjemsted for de øverste holdingselskaber.

Luxembourg er generelt et populært land at stifte holdingselskaber i. Dette må formentlig skyldes, at Luxembourg er kendt for at have et godt netværk af dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dertil argumenterer selskabet også for, at anvendelsen af et luxembourgsk mellemholdingselskab til udlodning ikke generelt indebærer særlige skattemæssige fordele. Luxembourg har således også regler om udbytteskat på udbytter til skattelylande, og Luxembourgs dobbeltbeskatningsoverenskomster er ikke meget anderledes end andre EU-landes overenskomster.

Selskabet bemærker, at det efter EU-domstolens praksis om etableringsfriheden er en helt legitim forretningsmæssig begrundelse for etablering i et andet EU-land, at det pågældende land har særligt gunstige skatteregler, hvilket, jf. ovenstående, kan tilsluttes.

Der synes derfor ikke at være den store sikkerhed i begrebet forretningsmæssig begrundet.

8.4 International retspraksis

Der findes ikke mange domme i international retspraksis, som er relevante for den pågældende problemstilling. Den internationale retspraksis nævnt i kendelserne fra Landsskatteretten synes at ligge langt fra situationen i de danske kendelser. I afhandlingen er derfor valgt udelukkende at fokusere på Prévost¹⁰³ fra februar 2009 fra den canadiske Federal Court Appeal, idet denne findes at være af størst interesse, idet Prévost gør det muligt at sammenligne SKATs krav til beneficial ownership med de krav der stilles hertil i den internationale praksis.

Dommen omhandler dog en situation, hvor der rent faktisk er sket en gennemstrømning, og dette giver derfor mulighed for at slutte modsætningsvis i forhold til de danske kendelser.

Sagen omhandler et canadisk selskab, der udbetalte udbytte til et mellemholdingselskab i Holland. Dette holdingselskab, Prévost Holding, udbetalte herefter udbyttet videre til to selskaber, Volvo og Henlys, som hver især ejede henholdsvis 51 pct. og 49 pct. af aktierne i holdingselskabet.

Skattemyndighederne i Canada mente dog ikke, at Prévost Holding var beneficial owner af udbyttet, blandt andet fordi der mellem Volvo og Henlys var indgået en aktionæroverenskomst, hvorefter mindst 80 % af overskuddet i Prévost Holding skulle uddeles til aktionærene, hvorfor

¹⁰³ Prévost Car Inc. v. The Queen, February 26, 2009, The Federal Court of Appeal

størstedelen af udbyttet nødvendigvis ville ende hos Volvo og Henlys. Derfor mente skattemyndighederne i Canada at selskabet alene skulle anses som værende et gennemstrømningselskab.

The Federal Court af Appeal fandt derimod, at Prévost Holding var beneficial owner af udbyttet. Retten lagde herved blandt andet vægt på, at den retmæssige ejer af et udbytte er den person der modtager udbyttet til eget brug, samt den der bærer risikoen og kontrollen af udbyttet. Den retmæssige ejer er dermed den person, der får alle fordelene af udbyttet.

Retten lægger også vægt på holdingselskabets rådighedsret over udbyttet. Retten fastslog, at Prévost Holding ikke blot har fungeret som et mellemlid, idet holdingselskabet ikke må anses som værende uden beføjelser i forhold til, hvordan udbyttet skal bruges, og i forhold til beslutningen om, at udbyttet har skullet udbetales. Holdingselskabet har dermed ikke blot handlet på aktionærernes vegne.

I kendelserne fra Landsskatteretten mener SKAT ikke, at Prévost-kendelsen kan bruges, idet SKAT mener, at situationen i Prévost afviger fra kendelserne fra Landsskatteretten. Dette begrundes af SKAT med, at betalingen i Prévost ikke var fastlagt på forhånd, hvilket SKAT mener, er tilfældet i kendelserne fra Landsskatteretten.

SKAT må derfor tillægge den bagvedliggende aktionæroverenskomst indgået mellem Volvo og Henlys en anden betydning end den canadiske domstol, idet domstolen netop udtaler, at på trods af bestemmelserne i aktionæroverenskomsten om, at 80 procent af indtægterne i Prévost skal fordeles, var der ingen automatisk strøm af midler fra Prévost Holding til sine aktionærer. Dette udelukkende fordi Prévost Holding ikke var part i aktionæroverenskomsten, og derfor ikke var juridisk bundet til at betale udbytte i henhold til den politik, der var fastsat i aftalen. Derfor havde aktionærerne ikke mulighed for at foretage retlige skridt mod Prévost Holding, hvis selskabet ikke fulgte den udbyttepolitik, som var vedtaget i aktionæroverenskomsten. Dermed anså den canadiske domstol ikke pengestrømmen for forudbestemt. Dette må derfor medføre, at der skal noget mere til for at en betalingsstrøm er forudbestemt, og der må derfor skulle foreligge en klar aftale med holdingselskabet for at denne er omfattet heraf. Hertil skal dog erindres ovenstående afsnit omkring en kapitalejers beføjelser. Når Volvo og Henlys, som ejer 100 pct. af Prévost Holding, har indgået en aftale om udbytte, så synes den særdeles bindende også for Prévost Holding, idet et selskabs ejere bestemmer over pengestrømmen. Dermed synes der ikke at være en mulighed for, at bestyrelsen eller direktionen i Prévost Holding har kunne nægte en udbetaling, hvilket også synes helt naturligt, når man tænker på en ejers beføjelser. Den canadiske

domstol ligger dog vægt på, at Prévost Holding ikke er part i denne overenskomst, og derfor ikke er juridisk bundet til at følge denne.

En anden grund til at SKAT ikke mener, at denne dom kan bruges i de konkrete sager fra Landskatteretten skyldes, at den valgte holdingstruktur i Prévost var begrundet, idet denne etablering skulle danne grundlag for varige aktiviteter, hvortil det forventedes at medføre andre aktiviteter end ejerskabet af det canadiske selskab. I kendelserne fra Landsskatteretten mente SKAT nemlig ikke, at holdingstrukturen var forretningsmæssigt begrundet. For en uddybelse heraf se afsnit 8.3.4.

På trods af, at Prévost adskiller sig væsentligt fra kendelserne fra Landsskatteretten i forhold til, at der i Prévost er sket en gennemstrømning af udbyttet, så er dommen alligevel særdeles relevant i forhold til de danske kendelser om beneficial owner. Dette skyldes særligt, at den giver et indblik i, hvad der i international retspraksis kræves af et selskab for, at det kan anses som værende beneficial owner.

Når man sammenligner SKATs afgørelser om beneficial owner med afgørelsen i Prévost, er det tydeligt at se, at skattemyndighederne i Danmark kræver langt mere af et mellemholdingselskab for, at det kan anses som værende beneficial owner, og disse krav synes ikke understøttet i den internationale retspraksis.

I de danske kendelser har SKAT ikke anset holdingselskabet for beneficial owner, uanset at der ikke er sket en faktisk gennemstrømning, og at betalingen derfor er kommet holdingselskabet til gode, og derfor fortsat indgår i selskabets egenkapital. Dette virker særdeles voldsomt, når man sammenligner med faktum i Prévost, hvor selskabet blev anset for beneficial owner til trods for, at der havde været en faktisk gennemstrømning, og at de ultimative ejere på forhånd havde truffet beslutning om denne gennemstrømning. Dertil kommer også, at Prévost Holding var et rent holdingselskab, som ikke havde anden aktivitet end dem, der følger af at være et rent holdingselskab. Dermed havde Prévost Holding ingen anden aktivitet end at eje aktier og havde derfor ingen fysisk aktivitet i form af ansatte eller lokaler. Til trods for dette har den canadiske domstol alligevel ikke fundet støtte for, at Prévost Holding ikke skulle være beneficial owner af udbyttet, idet domstolen blandt andet fastslog, at Prévost Holding udøvede forretnings- og virksomhedsaktiviteter i overensstemmelse med den hollandske lovgivning, samt at holdingselskabet var lovligt stiftet. Dommen fastslår dermed, at selvom Prévost Holding ikke har andre funktioner end at

være holdingselskab, og dermed hverken har en anden aktivitet eller fysiske rammer, så har dette ingen indflydelse på, om holdingselskabet er beneficial owner eller ej.

På baggrund af dette må der derfor også kunne træffes en konklusion ud fra princippet om 'det mere i det mindre', og eftersom Prévost Holding kan anses for beneficial owner, så må denne dom også støtte, at melleholdingselskabet i kendelserne fra Landsskatteretten er beneficial owner.

Prévost er et eksempel på, at treaty shopping ikke nødvendigvis er misbrug, når blot konstruktionen kan begrundes. At konstruktionen kunne begrundes skyldtes flere ting, blandt andet at det kommercielt er helt normalt, at flere kapitalejere af samme selskab, vælger at bruge et holdingselskab til deres fælles investering. Dertil kommer også, at fordi Volvo og Henlys var baseret i forskellige lande, synes det også begrundet, at holdingselskabet oprettes i et neutralt land.¹⁰⁴

Som afsluttende bemærkning til denne internationale dom skal selvfølgelig nævnes, at denne i sig selv ikke siger særlig meget om begrebet beneficial owner. Der skal flere domme til, før denne praksis endeligt vil kunne understøttes. Dertil kommer også, at denne afgørelse ikke har nogen bindende virkning i Danmark, hvorfor den udelukkende kan bruges som et fortolkningsbidrag, hvilket også ses i de danske kendelser fra Landsskatteretten.

På trods af ovenstående synes dommen dog stadig interessant i forhold til de danske afgørelser, idet det klart ses, at SKAT er særdeles aggressiv over for denne konstruktion i forhold til den canadiske domstol samt i forhold til tidligere praksis i Danmark. Der findes ikke ét eksempel på, at de danske skattemyndigheder tidligere har anfægtet, at et dansk holdingselskab, med samme aktivitet som i kendelserne fra Landsskatteretten, skulle være beneficial owner af udbytter eller renter. Dette selvom SKAT har været fuldt opmærksomme på problemstillingen.¹⁰⁵ Det synes nærliggende at overveje, om det skyldes, at set up'et går igennem Luxembourg, idet SKAT jo netop ikke har forsøgt at ramme samme konstruktion, når den går igennem andre lande. Hertil skal det dog erindres, at Luxembourg er medlem af EU på lige vilkår med de andre medlemsstater, hvorfor EU-retten også skal overholdes her. Såfremt SKAT udelukkende vil ramme konstruktionen, fordi den går igennem Luxembourg medfører dette formentlig, at der foreligger en forskelsbehandling.

¹⁰⁴ Jf. Michael Kandev i "Treaty Shopping After Prévost Car: What Does The Future Hold?"

¹⁰⁵ Jf. L 30 (2006/2007), Skatteministerens svar på spørgsmål 6 af 21. november 2006

9. Hvordan vil EU-retten fortolke beneficial owner?

På nuværende tidspunkt findes der ikke en egentlig EU-retligt fortolkning af begrebet beneficial owner. Dette skyldes blandt andet, at rente-/royaltydirektivets definition heraf ikke kan anses for udtømmende. Dertil kommer ligeledes, at EU-domstolen endnu ikke har taget stilling til begrebet, hvorfor en sammenholdelse af begrebet overfor DBO-retten endnu ikke fuldstændig kan udledes.

Landsskatteretten kommer dog i SKM 2010.729 LSR med en særdeles vidtgående konklusion. Landsskatteretten fastslår nemlig at ”...da begrebet retmæssig ejer i direktivets forstand her må forstås på samme måde som i dobbeltbeskatningsaftalen...”. Dermed sætter Landsskatteretten lighedstegn mellem beneficial owner i direktiverne og i DBO-retten. Landsskatterettens antagelse synes derfor hverken at være støtte for i EU-retten eller DBO-retten, og det synes derfor, at Landsskatteretten i dette tilfælde går for langt i sine antagelser.

Landsskatterettens konklusion kan derfor ikke tiltrædes, idet der allerede på nuværende tidspunkt foreligger momenter som trækker i retning af, at fortolkningen af begreberne formentlig ikke bliver ens.

Dette ses blandt andet ved, at EU-retten og DBO-retten har hvert deres formål. DBO-rettens formål er at sikre, at der ikke sker en dobbeltbeskatning ved at fordele beskatningsretten imellem de berørte stater, da begge stater ønsker at bevare deres ret til at beskatte det pågældende selskab i videst muligt omfang. Det europæiske samarbejde er derimod bredere funderet end dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, hvilket blandt andet ses ved, at OECD ikke tillader tomme selskaber, der udelukkende er sat i værk for at opnå dobbeltbeskatningsoverenskomsternes fordele. EU-retten derimod arbejder ud fra et formål om at sikre den størst mulige fleksibilitet i det indre marked, og da det indre marked er baseret på retten til fri etablering medfører dette en mere liberal brug af de grundlæggende fællesskabsretlige frihedsrettigheder. Dette medfører selvfølgelig ikke, at EU-retten tillader treaty shopping og misbrug, men blot EU-rettens friheder gør det langt sværere at fastlægge et beneficial owner-begreb.¹⁰⁶

Dermed ses det, at DBO-rettens primære formål er at sikre en fair fordeling staterne imellem, hvorimod EU-retten ønsker den størst mulige frihed for statsborgerne.

¹⁰⁶ Jf. bl.a. Thomas Rønfeldt i TfS 2011, 403 ”Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer”; Anders Nørgaard Laursen i SU 2010, 70 ”Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten”; J. David B. Oliver, Jerome B. Libin, Stef van Weeghel and Charl du Toit, ”Beneficial owner”, Bulletin 2000, based on an IFA seminar in 1999), side 324-325

At der arbejdes ud fra to forskellige beskyttelsehensyn kan nemt medføre, at fortolkningen af begrebet bliver anderledes, idet der hele tiden arbejdes ud fra forskellige formål.

Det er ligeledes interessant, at der i rente-/royaltydirektivet samt forarbejderne hertil ved fastlæggelsen af beneficial owner-begrebet ikke henvises til begrebet i OECD's modeloverenskomst. Dette kan antages at være en bevidst tanke fra forfatterens side, såfremt de netop ikke har nemt, at begreberne kan fortolkes overensstemmende.¹⁰⁷

Dertil kommer også, at det er særligt afgørende for sammenligningen, at der i OECD's modeloverenskomst ikke findes en egentlig misbrugsbestemmelse, hvorimod dette er tilfældet i både moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet.

EU-retligt kan det betyde, at fordi man også opererer med en misbrugsbestemmelse, og fordi man eventuelt forsøger at skabe sammenhæng med moder-/datterselskabsdirektivet, så vil dette kunne medføre, at rente-/royaltydirektivets beneficial owner undergives en langt mere indskrænkende fortolkning i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, og dermed kun bruges i helt særlige tilfælde. Hvorimod i OECD-regi vil det være nærliggende at antage, at fordi der ikke findes en generel misbrugsbestemmelse, så vil man her være mere tilbøjelig til at udvide anvendelsesområdet for beneficial owner-begrebet.¹⁰⁸

Det eneste, som begge begreber synes at have til fælles, er selve formålet med indsættelsen af en beneficial owner-bestemmelse. Formålet er nemlig i begge tilfælde at sikre, at selskaber ikke udnytter EU-rettens og DBO-rettens fordele ved at indskyde selskaber. Dermed er beneficial owner indsat for at sikre, at kun den reelle ejer af pengestrømmen får en skattelempelse.

Når EU-retten skal fortolke begrebet, vil den selvfølgelig skele til det DBO-retlige begreb. Men der er ingen tvivl om, at dette kun vil være som inspiration, idet den endelige EU-retlige fortolkning formentlig vil være noget anderledes. Det må blandt andet forventes, at EU-rettens Beneficial owner-begreb kommer til at have et langt mindre anvendelsesområde end i OECD-regi.

¹⁰⁷ J. David B. Oliver, Jerome B. Libin, Stef van Weeghel and Charl du Toit, "Beneficial owner", Bulletin 2000, based on an IFA seminar in 1999), side 324

¹⁰⁸ Jf. Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.508 "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. del"

EU-domstolens fortolkning tager som oftest udgangspunkt i selve ordlyden af retsakterne. Hvor ordlyden er for vagt formuleret anvender EU-domstolen i stedet en formålsfortolkning som det primære fortolkningsprincip.

EU-domstolens fortolkningsstil er udviklings- og målsætningsorienteret. EU-domstolens praksis tager ofte sigter på at sikre, at EU-retten fungerer så effektivt som muligt. Dermed er EU-domstolen ikke bange for at træffe afgørelser, som er nyskabende og politisk kontroversielle og dermed er EU-domstolens praksis løbende under udvikling.

Ved de sekundære retsakter inddrages ofte præambelen i fortolkningen. Ved at inddrage præambelen sikres, at fortolkningen bliver formålsbestemt i tilfælde af en uklar ordlyd.

EU-domstolen inddrager som hovedregel ikke forarbejder ved fortolkning af Traktaten og de sekundære retsakter. EU-domstolens praksis er dog ikke helt entydig på dette punkt, og måske kan der spores en tendens hen imod, at der i videre omfang inddrages forarbejder.¹⁰⁹

Det vil være nærliggende at antage, at EU-domstolen så vidt muligt vil søge vejledning i afgrænsningen af beneficial owner-begrebet i EU-retten. Derved vil det være nærliggende for EU-domstolen at se på de generelle misbrugsbestemmelser i rente-/royaltydirektivet samt EU-domstolens egen praksis vedrørende misbrug.¹¹⁰ De generelle misbrugsbestemmelser i direktiverne fortolkes straks nedenfor.

Når EU-domstolen ikke kan finde mere hjælp i den interne EU-ret, kan det overvejes, om EU-domstolen vil våge sig uden for EU-retten for at finde andre fortolkningsbidrag til beneficial owner-begrebet. Det kunne her være nærliggende at antage, at EU-domstolen vil søge vejledning i OECD's modeloverenskomst med dertil hørende kommentarer. Den omstændighed, at begrebet heller ikke er klart defineret i OECD's modeloverenskomst, begrænser dog naturligvis betydningen heraf.

Dertil er det dog vigtigt at have for øje, at anvendelsesområdet for direktiverne og OECD's modeloverenskomst kan være forskellige, og dette kan derfor have en indvirkning på fortolkningen. Ligeledes har EU-retten og DBO-retten også hvert sit formål, idet DBO-retten skal sikre, at der ikke gennemføres en dobbeltbeskatning, da begge stater ønsker at bevare deres ret til at beskatte det pågældende selskab i videst muligt omfang, så skal EU-retten sikre den størst mulige flexi-

¹⁰⁹ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 124

¹¹⁰ Jf. Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.508 "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. del"

bilitet i det indre marked, hvilket dog til dels også gøres ud fra et formål om at undgå dobbeltbeskatning.¹¹¹

Dertil skal det også huskes, at EU-retten har andre rettigheder, der skal overholdes, såsom den fri bevægelighed, som kan medføre, at EU-retten fortolkes ud fra disse principper, og dermed anderledes end fortolkningen i DBO-retten.

Elementer, der taler imod inddragelsen af DBO-retten, er blandt andet, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst er en aftale, og begreber derfor kan have den mening, som netop de pågældende parter ønsker. Dertil kommer også, at modeloverenskomsten ikke er nævnt i bemærkningerne til art. 1, mens det modsatte er tilfældet i en del af de øvrige bestemmelser i direktivet.¹¹²

At der kun er henvist til OECD i bestemte artikler, vil kunne vurderes at have en betydning for, om der kan søges vejledning heri, idet man må gå ud fra, at såfremt dette har været meningen, så ville det have været indskrevet i art.1, ligesom det er ved mange andre artikler.

Ved den endelige fastlæggelse af direktivets beneficial owner-begreb kunne det endvidere tænkes, at EU-domstolen vil søge vejledning i, hvordan medlemsstaterne har fortolket begrebet, både i forbindelse med gennemførelsen af direktivet samt i deres retspraksis om begrebet. Hertil skal det dog huske, at fordi EU-domstolen endnu ikke har taget stilling til begrebet, så vides det ikke på nuværende tidspunkt, om medlemsstaternes fortolkning af begrebet er i overensstemmelse med EU-retten.¹¹³

Sammenfattende kan det konkluderes, at eftersom beneficial owner ikke er klart defineret i EU-retten, så vil EU-domstolen formentlig bruge ovenstående fortolkningsmidler som bidrag ved en fastlæggende af det EU-retlige beneficial owner-begreb. I denne sammenhæng er det dog vigtigt at have for øje, at EU-domstolen udelukkende vil bruge disse som et bidrag til dennes fortolkning af begrebet, og dermed ikke blot ligge den anden fortolkning til grund. Dette skyldes, at EU-retten har sin egen begrebsdannelse. Dertil kommer, at når EU-domstolen skal fortolke begrebet, så skal EU-retten overholdes. Dette medfører, at mange fortolkningsbidrag i sit hele ikke vil kunne bruges. Derfor ses det ofte, at EU-domstolen kun bruger brudstykker af en allerede fastlagt fortolkning.

¹¹¹ Jf. Thomas Rønfeldt i TfS 2011, 403 "Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer"

¹¹² Jf. Forslag til Rådets direktivet om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, KOM1998,67

¹¹³ Jf. Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.508 "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. del"

Når EU-domstolen vælger at benytte sig af et fortolkningsbidrag gøres dette med forståelsen for de ulemper og misvisninger, som de enkelte fortolkningsbidrag kan have, som også er nævnt ovenstående.

Derfor synes de øvrige fortolkningsbidrag kun at kunne tillægges en begrænset betydning for EU-domstolens fastlæggelse af beneficial owner-begrebet, særligt på grund af EU-rettens komplekse sammensætning.

Afsnit IV Retspolitisk afsnit

10. Retspolitisk afsnit

Som kendelsen i Landsskatteretten viser, vil det være svært at underkende de pågældende konstruktioner, så længe der ikke sker en egentlig gennemstrømning af udbytter eller renter.

Dette betyder, at skatteflugten fra Danmark kan fortsætte gennem disse konstruktioner, og dermed mister de danske skattemyndigheder milliarder i skattebetalinger ved ikke at kunne stoppe disse betalingsstrømme. Det står derfor klart, at hvis de danske skattemyndigheder vil hindre denne skatteflugt, så skal der andre værktøjer i brug.

Det er derfor nærliggende at klarlægge, hvilke interne regler Danmark har mod netop denne form for konstruktion, hvor et mellemed indskydes. Danmark har hverken brugt EU-retten eller DBO-retten til at indføre interne værnsregler, og mulighederne har ellers været tilstede. Den generelle misbrugsbestemmelse i rente-/royaltydirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet har åbnet op for muligheden for i intern ret at fastsætte regler til bekæmpelse af misbrug, jf. afsnit 6.3.3. Dermed står Danmark alene tilbage med muligheden for i helt særlige tilfælde at tilside-sætte sådanne dispositioner ud fra realitetsbetragtninger eller læren om rette indkomstmodtager, jf. SL § 4.¹¹⁴

Danmark har ellers indført værn mod skatteunddragelse, såsom transfer pricing-reglerne i ligningslovens § 2, CFC-reglerne i selskabsskattelovens § 32, rentefradragsbegrænsningsreglerne i selskabsskattelovens §§ 11, 11 B og 11 C osv. Dertil kommer dog, at det eneste værn mod ovenstående konstruktioner, hvor et mellemed indskydes, er princippet om beneficial owner. Her kunne Danmark med fordel på det DBO-retlige niveau oprette regler mod treaty shopping. Dette anbefales endda af OECD.¹¹⁵

Her står Danmark i kontrast til mange andre lande, som allerede på nuværende tidspunkt har indført værn mod blandt andet treaty shopping i deres nationale lovgivning. Dette er sket i erkendelse af vanskelighederne ved at bekæmpe sådanne arrangementer baseret på generelle skat-

¹¹⁴ Jf. bl.a. Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt i SU 2010, 253, ”Dobbeltbeskatningsoverenskomster og skatteundgåelse”; Lena Engdahl i SR.2010.148, “Beneficial owner” – Nogle betragtninger om intern ret”; Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.508 ”Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. del”; Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR.2007.395 ”Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del”

¹¹⁵ Jf. OECD’s modeloverenskomst 2010 – med kommentarer, kommentarer til art. 1, pkt. 9.6

teretlige misbrugsprincipper.¹¹⁶ Det kan derfor undre, at Danmark ikke er fuldt med i denne retning. Det må derfor kunne udledes herudfra, at Danmark må mene, at deres værn mod treaty shopping er tilstrækkelig. Dette understøttes også, at Skatteministeren som i 2009 udtalte, at eftersom der efter gældende ret allerede fandtes et værn i form af overenskomstbegrebet beneficial owner, så var en yderligere indførelse af et værn ikke nødvendigt.¹¹⁷

Som det fremgår af Skatteministerens udtalelse, har han klart ment, at beneficial owner har været tilstrækkelig til at bekæmpe denne form for skatteunddragelse. Kendelserne fra Landskatteretten viser derimod, at dette ikke har været tilfældet, idet SKAT er blevet underkendt. Regeringen har dog i sin handlingsplan¹¹⁸ for beskatning af multinationale selskaber lagt op til, at det danske værn mod treaty shopping fortsat skal hvile på den spinkle retlige konstruktion omkring beneficial owner. Indsatsen skal dog styrkes i forhold til bekæmpelse af beneficial owner, men spørgsmålet er blot, om dette er tilstrækkeligt. Det virker risikabelt forsat at bygge det danske værn mod treaty shopping på et begreb, som Landskatteretten allerede har afvist. Dertil kommer også, at beneficial owner er et særdeles uklart begreb, idet der er stor usikkerhed omkring fortolkningen heraf, både internationalt men også EU-retligt, hvor der endnu ikke er taget stilling til begrebet. Dette kan medføre en stor del usikkerhed, idet såfremt EU-retten ikke fortolker begrebet i overensstemmelse med dansk ret, så vil det medføre, at Danmark skal ændre disse fortolkninger, og dermed er det svært på nuværende tidspunkt at stole på begrebet.¹¹⁹ Dette understøttes tillige af IFA-kongressen 2010, hvortil der blev udarbejdet en generalrapport vedrørende emnet Tax Treaties and Tax avoidance på baggrund af 44 nationalrapporter.¹²⁰ Heri fremgår det blandt andet, at fortolkningen af begrebet beneficial owner frembyder væsentlige problemer i så godt som alle landene. Rapporten foreslår i stedet, at der indsættes et bedre værn mod treaty shopping, og rapporten udtrykker derfor overraskelse over, at kun en lille del af nationalrapporterne

¹¹⁶ Jf. Jens Wittendorff i SR.2010.212, ”International skatteret 2010”

¹¹⁷ L 202 (2008/2009), Skatteministerens svar på spørgsmål fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 41, side 9 samt bemærkningerne til § 1, nr. 1 i betænkningen til L 202. Denne bemærkning blev afsagt i forbindelse med, at Skatteministeren argumenterede for ikke at lade reglerne om mellemholdingselskaber i aktieavancebeskatningsloven gælde for situationer, hvor moderselskabsaktionærerne er hjemmehørende i udlandet.

¹¹⁸ Jf. Skatteministeriets Handlingsplan for beskatning af multinationale selskaber, 9 juli 2010

¹¹⁹ Jf. Jens Wittendorff i SR.2010.212, ”International skatteret 2010”

¹²⁰ Jf. Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt i SU 2010, 253, ”Dobbeltbeskatningsoverenskomster og skatteundgåelse”

indikerer, at indsættelse af bestemmelser såsom limitation on benefits¹²¹ kun i meget begrænset omkring indgår i de enkelte landes generelle politik vedrørende udformning af deres dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹²²

Beneficial owner-begrebet må også anses for utilstrækkeligt i forhold til sager om udbytter på det EU-retlige område, idet moder-/datterselskabsdirektivet ikke anvender beneficial owner, jf. afsnit 6.3.2. Dette kan derfor betyde, at selvom et selskab ikke kan anses for værende beneficial owner, så har dette ingen betydning for selskabets ret til at påberåbe sig direktivets fordele, når blot selskabet opfylder direktivets krav, og dermed kan det ikke kræves, at selskabet er beneficial owner.

Som nævnt viser Landsskatterettens kendelser, at det pågældende set up som udgangspunkt er lovligt, allerede fordi der ikke sker en gennemstrømning. Udelukkende at bruge beneficial owner som værn giver dog visse usikkerheder, idet det formentlig vil være forholdsvis enkelt for selskaberne at indrette sig efter retspraksis, og derved overholde betingelserne for forsat at blive anset som værende beneficial owner, dette også selvom, at der rent faktisk er sket en gennemstrømning. Dette kan blandt andet gøres ved, at mellemholdingselskabet sikrer, at det har tilstrækkelig med beføjelser. Aage Michelsen har ligeledes argumenteret for det samme. I International Skatteret¹²³ fra 2003 fremhæver han, at begrebet beneficial owner i modeloverenskom-

¹²¹ Formålet med bestemmelsen om limitation on benefits (LOB) er at hindre, at personer, der ikke er hjemmehørende i en af de kontraherende stater opnår disses fordele i overenskomsten ved at modtage en pengestrøm gennem et selskab, som ikke har andet formål end at minimere skatten via udnyttelse af de kontraherende staters dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. kommentarerne til OECD's modeloverenskomst 2010 artikel 1, pkt. 20. Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt uddyber blandt andet i SU 2010, 253, "Dobbeltbeskatningsoverenskomster og skatteundgåelse", at de kontraherende staters fordele af overenskomsten kun nægtes, såfremt selskabet ikke kan opfylde visse kriterier med hensyn til både ejerskab af virksomheden og skattegrundlaget. Mogens Rasmussen og Dennis Dalsgaard Bernhardt skriver blandt andet i SR.2000.315, "Limitation on benefits i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem DK og USA" at disse kriterier skal være med til at sikre, at bestemmelsen kun rammer tilfælde, hvor der foreligger treaty shopping. Bag kriterierne ligger derfor den antagelse, at en skatteyder der opfylder kriterierne, har et reelt forretningsmæssigt formål med den pågældende etablering, og dette vejer tungere end ønsket om at opnå aftalefordele. De test, der skal udføres, indeholder kriterier, hvor der fokuseres på 1) tilknytning til den anden stat, 2) ydre kendetegn på seriøs virksomhed som f.eks. børsnotering, 3) ingen væsentlig udhuling af skattegrundlaget gennem særlige fradragsberettigede betalingsstrømme samt på 4) reel erhvervsmæssig aktivitet

¹²² Jf. van Weeghel i IFA Cahiers de droit fiscal international 2010, Volume 95 a, s 48 ff.

¹²³ Jf. Aage Michelsen, International skatteret, 3. udgave 2003, Thomson, s. 425 ff.

stens artikel 10-12 næppe er et særligt effektivt værn, idet selskabet ved iagttagelse af de nødvendige juridiske formaliteter uden besvær vil kunne opfylde kravet om at være den retmæssige ejer.

Ovenstående peger derfor i retningen af, at det måske også er på tide, at Danmark følger i de andre landes spor og får oprettet nationale værnsregler til en mere effektiv bekæmpelse af skatteunddragelse.

Hertil skal det dog holdes for øje, at grunden til at Danmark endnu ikke har oprettet et yderligere værn mod treaty shopping kan skyldes EU-retten. Blot fordi OECD foreslår forskellige værnsregler, er det ikke ensbetydende med, at disse overholder EU-retten.

Det er derfor af afgørende betydning, at såfremt Danmark indfører værnsregler, at disse udelukkende vil ramme misbrugssituationer. Som fastslået ovenstående er der snævre grænser for, hvornår noget kan hindres ud fra misbrugsbegrebet, hvorfor dette må betyde, at det må være svært for medlemsstaterne at opstille værnsregler, som ikke kommer i konflikt hermed.

Som bud på en værnsregel kunne det tænkes, at mellemholdingreglen i aktieavancebeskatningslovens § 4 a og b bliver udvidet. Denne regel valgtes nemlig udelukkende at omfatte danske selskabsaktionærer. Grunden til dette var netop antagelsen om, at vi i Danmark allerede har et vel fungerende værn mod conduit-strukturer. Det kunne derfor være nærliggende at Danmark vælger også at omfatte udenlandske holdingselskaber i mellemholdingreglen.¹²⁴

¹²⁴ Jf. Jakob Bundgaard i SU 2010, 144, ”Første slag om ”beneficial ownership” er udkæmpet – det endelige venter forude”

Afsnit V Afrunding

11. Konklusion

Formålet med afhandlingen har været at finde frem til, hvad der er afgørende for, om et selskab kan anses som værende beneficial owner af en pengestrøm med udgangspunkt i de første danske kendelser om problemstillingen.

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at beneficial owner er blevet et særdeles centralt begreb i den moderne selskabsstruktur. Grunden til dette er, at begrebet er afgørende for, om et selskab kan modtage en pengestrøm skattefrit.

Koncerners grænseoverskridende aktivitet har gjort skattetænkning over landegrænserne muligt, og dette kan være særdeles fordelagtig for koncernerne. Såfremt en pengestrøm skal gå fra et selskab i Danmark til et selskab i et land uden for EU, som man ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, vil pengestrømmen blive beskattet. Indsættes derimod et holdingselskab i et fordelagtigt EU-land med gode dobbeltbeskatningsoverenskomster til resten af verden, mellem de to selskaber, vil koncernen kunne udnytte fordelene i EU-retten og DBO-retten, og dermed formindske deres skattebetaling. Kravet om beneficial owner er indsat netop for at modvirke denne situation, således at kildestaten må nægte lempelse, hvis modtageren blot fungerer som et mellemlid.

Fordi beneficial owner-problematikken ofte er forbundet med konstruktioner, som både berører EU-retten og DBO-retten, synes et afgørende aspekt i afhandlingen at være, om det er EU-retten eller DBO-retten, der står for reguleringen af den pågældende problemstilling, idet dette kan spille ind på fortolkningen af begrebet.

Hertil kan det konkluderes, at når der er tale om en pengestrøm, som går fra et EU-land til et andet og efterfølgende videre til et tredjeland, så er transaktionen der ønskes underkendt et rent EU-retligt forhold, hvorfor rangen mellem EU-retten og DBO-retten findes relevant at fastslå. Hertil skal konkluderes, at EU-retten har forrang i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomster, da EU-retten er en retsorden, hvorimod DBO-retten er aftaler, som er indgået landene imellem. Selvom EU-retten henviser til DBO-retten, åbner dette ikke op for ubegrænset brug heraf. Kun såfremt DBO-retten er i overensstemmelse med EU-retten, kan den bruges til at supplere EU-retten.

For nærværende problemstilling har dette en stor relevans, idet moder-/datterselskabsdirektivet ikke nævner begrebet beneficial owner, hvorimod rente-/royaltydirektivet gør. Det kan derfor udledes af ovenstående, at når en sag omhandler udbytter, så er det en udvidelse af direktivet at påberåbe sig et beneficial owner-begreb.

Såfremt en sag derimod handler om renter, så vil beneficial owner begrebet godt kunne inddrages, idet et sådant begreb allerede findes i direktivet. Dermed vil DBO-retten kunne inddrages som støtte, dog stadig kun såfremt DBO-retten holder sig inden for EU-retten.

Konklusionen er dermed, at pengestrømmens art har en betydning for, hvilke retskilder der må bruges til at klassificere, om et selskab er beneficial owner eller ej.

På baggrund af ovenstående analyse af kendelserne fra Landsskatteretten kan det tillige konkluderes, at mange elementer spiller ind i vurderingen af, om et selskab er beneficial owner af en pengestrøm eller ej.

Det vigtigste moment i vurderingen af, om et mellemholdingselskab er beneficial owner, er, om der rent faktisk er sket en gennemstrømning. Såfremt der ikke er sket en gennemstrømning, så er et mellemholdingselskab allerede af den grund beneficial owner, idet pengestrømmen er kommet dette selskab til gode.

Såfremt der er sket en gennemstrømning af en pengestrøm er dette ikke ensbetydende med, at holdingselskabet ikke kan anses som værende beneficial owner. Gennemstrømningen er ét moment i vurderingen, men kun et af mange.

Foruden dette kan der nemlig også lægges vægt på, hvilke beføjelser holdingselskabet har haft. For at et selskabs beføjelser kan spille ind i vurderingen, må de dog være så snævre, at selskabet udgør en nullitet eller administrator. Dermed er der lagt op til situationer, hvor selskabet blot er en skal. Dette skyldes blandt andet, at et selskabs beslutninger altid træffes af selskabets bagvedliggende ejere og dermed ikke af selskabet selv, hvorfor det ikke kan tillægges selskabet at have egentlige beføjelser.

En anden betingelse for, at et selskab kan anses som værende beneficial owner, er, at den pågældende selskabskonstruktion ikke må være et kunstigt arrangement udelukkende sat i verden for at spare skat. Til at vurdere, om et arrangement er kunstigt, er det afgørende, om der ligger en økonomisk realitet bag arrangementet. Såfremt dette er tilfældet, kan arrangementet ikke anses som værende misbrug. Cadbury Schweppes-dommen henviser til et substanskrav til at afgø-

re, om selskabets aktivitet er tilstrækkelig til, at der ikke foreligger misbrug. Særligt i forhold til denne problemstilling er det dog vigtigt at have for øje, at dette substanskrav er rettet mod et almindeligt selskab og ikke et holdingselskab, som konstruktionen i afhandlingen omhandler. Eftersom holdingstrukturen er accepteret, kan der ikke opstilles krav om nævneværdig substans som en forudsætning for fritagelse for kildeskat.

Såfremt det vurderes, at der ikke foreligger reel økonomisk virksomhed, vil der være tale om misbrug, medmindre arrangementet er forretningsmæssigt begrundet.

Dermed kan det afslutningsvis konkluderes, at når det skal vurderes, om et selskab er beneficial owner eller ej, så fortages der en konkret vurdering, hvortil der blandt andet lægges vægt på, om der er sket en gennemstrømning, om holdingselskabet har reelle beføjelser, eller om selskabet blot er indsat som et rent proforma-tilfælde, samt om konstruktionen er begrundet eller om den udelukkende er sat i værk med misbrug for øje.

12. Summary

The purpose of the thesis has been to establish the factors, which are crucial for, whether a company can be seen as being beneficial owner of a cash flow.

On the basis of the above-mentioned, the conclusion can be made; that beneficial owner has become a particularly central concept in modern-day company structure. The reason for this, is that the concept is crucial for, whether a company can receive a tax-free cash flow.

The transnational activity of corporations has made tax thinking across country borders possible. In case of a cash flow moving from a company in Denmark to a company in a country outside the EU, where no double taxation agreement exists, the cash flow will be subject to taxation. However, if a holding company, placed in a beneficial EU-country with good double taxation agreements with the rest of the world, is inserted between the two companies, the corporation will be able to use the advantages of the European Community law and the double taxation treaties. The requirement of beneficial owner has been instated exactly to counteract this situation, thus the source state can deny a tax-free transfer, if the recipient only functions as an intermediary.

The beneficial owner problematic is often connected to structures involving both the European Community law and the double taxation treaties. Therefore when concerned with a cash flow, which transfers from one EU-country to another and subsequently onwards to a third country, the transaction that is wished overturned is purely a legal matter for the EU, and therefore it becomes relevant to establish the rank between the European Community law and the double taxation treaties. Hereto, the conclusion is that the European Community law has precedence in relation to the double taxation agreements, since the European Community law is a court-order, and the double taxation treaties is based on agreements made between the countries. Although the European Community law refers to the double taxation treaties, this does not open up for unlimited use hereof. The double taxation treaties can only be used to supplement the European Community law in those cases where it is in accordance with the European Community law.

This is of great relevance for the present thesis, since the Parent-Subsidiary Directive does not mention the term beneficial owner, whereas the Interest and Royalties Directive does. Therefore, it can be derived from the above, that when a verdict is concerned with profits, it is an extension of the directive to claim the beneficial owner concept.

On the contrary, if a verdict is concerned with trade of interests, the beneficial owner concept can be involved, because the concept already exists in the directive.

Based on the above analysis of the verdicts from the Danish court, Landsskatteretten, it can be concluded that many elements play a role in the evaluation of whether a company is beneficial owner.

The most important factor in the evaluation of whether an intermediate holding company is beneficial owner is, if an actual flow has happened. If there has been no flow, then the intermediate holding company is beneficial owner based on that reason alone. In case there has in fact been a flow, this does not mean that the holding company cannot be seen as being beneficial owner. The flow is one factor in the evaluation, however it is one of many.

Also, emphasis is put on the remedies accessible for the holding company. For the remedies of a company to play a roll in the evaluation, they must be so limited that the company just poses as a nullity or an administrator.

For a company to be seen as beneficial owner, the company structure may not be an artificial arrangement created solely to save on taxes. Therefore it is crucial to consider whether there is an economic fact behind the arrangement. Cadbury Schweppes refers to a substance requirement to determine if the company's activities are sufficient enough not to commit violations. However, it is important to keep in mind that the substance requirement in the Cadbury Schweppes case is directed to an ordinary company and not a holding company, as the structure in this thesis is focused on. Since the holding structure is accepted, there cannot be made any requirements of any notable substance as a prerequisite for exoneration of tax deducted at the source. In case the evaluation finds that there is no real economic business, the venture is considered abuse, unless the arrangement is commercially substantiated.

Thus, the final conclusion can be made, that when evaluating whether or not a company is beneficial owner, a concrete evaluation is made, where emphasis is put on whether a flow of cash has happened, whether the holding company has actual remedies, and whether the structure is substantiated or if it has been created solely to commit abuse.

13. Litteraturliste

Bøger

- Broe, Luc De International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EU law in relation to conduit and base companies, IBFD 2008
- Bundgaard, Jakob Kapitalfonde i dansk og international skatteret, 1. udgave 2010, Ex Tuto Publishing.
- Gassner, Wolfgang; Lang, Michael Tax treaties and EC law, Kluwer Law International, 1997
- Michelsen, Aage International skatteret, 3. udgave 2003, Forlaget Thomson
- Neergaard, Ulla, Nielsen, Ruth EU ret, 6. udgave 2010, Forlaget Thomson
- Rasmussen, Hjalte EU-ret i kontekst, 5. udgave 2003, Forlaget Thomson
- Rønfeldt, Thomas Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Stockholm, Jeppe R EU Skatteret, 1. udgave 2008, Forlaget Thomson
- Sørensen, Karsten Engsig; Nielsen, Poul Runge EU-retten, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Werlauff, Erik Selskabsret, 8. udgave 2010, Thomson Reuters
- Winther-Sørensen, Niels; Pedersen, Jan; Siggard, Kurt; Skatteretten 3, 5. udgave 2009, Thomson Reuters, side 27 f.

Bundgaard, Jakob;
Jeppesen, Inge Langhave;
Kerzel, Malene;
Pedersen, Susanne

Artikler

- Baker, Philip "Beneficial owner: After Indofood" February 2007
- Bundgaard, Jakob SU 2011, 31, "Beneficial owner – nu en reel bestanddel af dansk skatteret"
- Bundgaard, Jakob SU 2010, 387, "Beneficial owner – nyt nederlag og skærpende regler på vej"
- Bundgaard, Jakob;
Schmidt, Peter Koerver SU 2010, 253, "Dobbeltbeskatningsoverenskomster og skatteundgåelse"
- Bundgaard, Jakob SU 2010, 144, "Første slag om "beneficial ownership" er udkæmpet – det endelige venter forude"
- Bundgaard, Jakob SU 2010, 111, "Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber?"
- Bundgaard, Jakob SU 2009, 61, "Rente-/royaltydirektivet i national kontekst"
- Bundgaard, Jakob;
Winther-Sørensen, Niels SR.2007.508 "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 2. del"
- Bundgaard, Jakob;
Winther-Sørensen, Niels SR.2007.395 "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del"
- Engdahl, Lena SR.2010.148, ""Beneficial owner" – Nogle betragtninger om intern ret"
- Kandev, Michael "Treaty Shopping After Prévost Car: What Does The Future Hold?"
- Kjær, Susanne SR.2005.348, "Skattefri omstrukturering – forretningsmæssig begrundelse"
- Kjær, Susanne RP.2007.06.0014, "Nye regler om skattefrie omstruktureringer og sambeskatning i forbindelse hermed"
- Laursen, Nørgaard
Anders SU 2010, 70 "Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten"
- Loft, Peter SU 2000, 325, "Har vi behov for dobbeltbeskatningsoverenskomster"

Oliver, J. David B.;	”Beneficial owner”, Bulletin 2000
Libin, Jerome B.;	
Weeghel, Stef van;	
Toit, Charl du	
Poulsen, Martin	SU 2009, 278 ”Kildeskat på udbytte og substans i holdingselskaber”
Poulsen, Martin	SU 2008, 89, ”Gennemstrømningsselskaber i EU – Misbrug eller lovlig skatteminimering?”
Rasmussen, Mogens;	SR.2000.315, ”Limitation on benefits i
Bernhardt, Dennis	dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem DK og USA”
Dalsgaard	
Rønfeldt, Thomas	TfS 2011, 403, ”Retmæssig ejer, beneficial owner og rent kunstige arrangementer”
Sørensen, Karsten	SU 2008, 84, ”Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF Engsig Domstolens praksis”
Vinther Nikolaj;	TfS 2006, 603, ”Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen
Werlauff, Erik	mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten”
Wittendorff, Jens	SR.2010.212, ”International skatteret 2010”

Afgørelser

Danske afgørelser

SKM2011.142

SKM2011.57.LSR

SKM2011.47.SR

SKM2011.14.SR

SKM2011.13.SR

SKM 2010.729 LSR

SKM 2010.268 LSR

SKM2010.263.SR

SKM2010.33.SR

SKM 2005.184.TSS

TfS 1998.160

TfS 1996.899

EU-domstolen

Sag C-157/07	Finanzamt für Körperschaften III in Berlin mod Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH.
Sag C-105/07	Lammers & Van Cleeff NV mod Belgische Staat
Sag C-321/05	Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet
Sag C-524/04	Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mod Commissioners of Inland Revenue,
Sag C-196/04	Cadbury Schweppes plc mod Commissioners og Inland Revenue
Sag C-446/03	Marks & Spencer plc mod David Halsey (Her Majestys Inspector of Taxes)
Sag C-315/02	Anneliese Lenz mod Finanzlandesdirektion für Tirol
Sag C-9/02	Hughes de Lasteyrie du Saillant mod Ministère de L'Économie, de Fiances et de L'Industrie
Sag C-167/01	Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mod Inspire Art Ltd.
Sag C-436/00	X og Y mod Riksskatteverket
Sag C-324/00	Lankhorst-Hohorst GmbH mod Finanzamt Steinfut
Sag C-212/97	Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
Sag C-264/96	Imperial Chemical Industries plc (ICI) mod Kenneth Hall Colmer (Her Majesty Inspector of Taxes)
Sag C-250/95	Futura Participations SA og Singer mod Administration des contributions
Sag C-279/93	Finanzamt Koeln-Alstadt mod Roland Schumacker
Sag 300/90	Kommissionen mod Belgien
Sag 204/90	Hans Martin Bachmann mod Belgiske Stat
Sag C-246/89	Kommissionen mod England
Sag 79/85	D. H. M. Segers mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Banken Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen.

Internationale afgørelser

Prévost Car Inc. v. The Queen, February 26, 2009, The Federal Court of Appeal

Lovforslag og vejledninger

- L 202 Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love. (Harmonisering af selskabers aktie- og udbyttebeskatning m.v.) Samling 2008/2009
- Skatteministerens kommentar på henvendelse af 20. maj 2009 fra Kromann-Reumert (L 202 – bilag 51), Bilag 58
- Skatteministerens svar på henvendelse af 7. maj 2009 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (FSR) – (L 202 – bilag 19), bilag 41
- L 213 Forslag til Lov om ændring af selskabsskatteoven og forskellige andre skattelove (CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde m.v.) Samling 2006/2007
- Skatteministerens svar på spørgsmål 86 af 21. maj 2007
- Skatteministerens svar på spørgsmål af 14. maj 2007 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 26
- L 30 Forslag til Lov om indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater. Samling 2006/2007
- Skatteministerens svar på spørgsmål 5 og 6 af 21. november 2006
- L 116 Forslag til Lov om ændring af ligningsloven, selskabsloven og andre skattelove (Justering af erhvervsbeskatningen) (2005/2006)
- Skatteministerens svar på henvendelse af 24. februar 2006 fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, bilag 9

SKAT

Pressemeddelelse fra
SKAT (01/04/11)

”Skattekontrol af kapitalfonde har høj prioritet”

Skatteministeriet

Skatteministeriets Handlingsplan for beskatning af multinationale selskaber, 9 juli 2010

Notat fra SKAT
(20/03/07)

”Status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner”

EU

Direktiv

Rente-/royaltydirektivet 49/2003/EF

Kommissionen

KOM1998,67, Forslag til Rådets direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties

Direktiv

Moder-/datterselskabsdirektivet 435/90/EØF

Ændring af moder-/datterselskabsdirektivet 2003/123/EF

Kommissionen

KOM2003,462, Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskabet fra forskellige medlemsstater

Kommissionen

KOM(2007) 785, ”Anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande”

Traktaten

Artikel 114

OECD

OECD’s modeloverenskomst 2010 – med kommentarer

Stef van Weeghel

IFA Cahiers de droit fiscal international 2010, Volume 95 a

Committe on Fiscal
Affairs

International Tax Avoidance and evasion: four related studies,
1987

DBO'er

Den dansk/luxembourgiske DBO, bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982 af dobbeltbeskatningsoverenskomst af 17. november 1980

Afhandlinger

Knudsen, Mette, Misbrug af de økonomiske frihedsrettigheder, TfS 2009/15,
Pham, Kia særtillæg, Magnus Informatik

Hansen, Mads Beneficial owner, TfS 2010/10, særtillæg, Magnus Informatik
Severin

Forsidebillede

<http://www.kromannreumert.com/da->

[DK/Publikationer/Nyhedsbreve/Skatteret/Pages/Nyspillelovgivningudskydes.aspx](http://www.kromannreumert.com/da-DK/Publikationer/Nyhedsbreve/Skatteret/Pages/Nyspillelovgivningudskydes.aspx)