

Beskatning af udbytte til udenlandske moderselskaber

Med særligt fokus på beneficial owner

Kasper Hedegaard Lind

&

Marcus Gadeberg Brandborg

Titelblad

Titel	Beskatning af udbytte til udenlandske moderselskaber – med særligt fokus på beneficial owner.
Engelsk titel	Taxation of dividends paid to foreign parent companies – with special focus on beneficial owner.
Forfattere	Kasper Hedegaard Lind (20183187) Marcus Gadeberg Brandborg (20193172)
Uddannelse	Cand. Jur.
Uddannelsessted	Juridisk Institut, Aalborg Universitet
Opgave	Kandidatspeciale
Fagområde	Skatteret
Vejleder	Niels Winther-Sørensen
Omfang	159.916
Afleveringsdato	16. maj 2024

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
Kapitel 1. Indledning.....	3
1.1. Introduktion	3
1.2. Emne og problemformulering	5
1.3. Afgrænsning	5
1.4. Metodegrundlag.....	7
1.4.1. Retsdogmatisk metode	7
1.4.2. Retskilder	8
1.4.3. Litteratur mv.	8
1.4.4. OECD's modeloverenskomst med tilhørende kommentarer	9
1.5. Specialets struktur.....	9
Kapitel 2. Beskatning af udbytte og de danske regler herom	11
2.1. Introduktion til beskatning.....	11
2.2. Begrænset skattepligt på udbytte.....	12
2.2.3. Opfyldelse af skattepligten, herunder pligt til indeholdelse	14
2.3. Delkonklusion	14
Kapitel 3. EU-retten's betydning for udbyttebeskatning	15
3.1. EU-retten's indflydelse på skatteretten	16
3.2. Moder-/datterselskabsdirektivet	17
3.2.3. EU-Domstolens afgørelse (sag C-116/16 og C-117/16).....	18
3.4. Delkonklusion	20
Kapitel 4. Dobbeltbeskatningsoverenskomster	22
4.1. Introduktion til dobbeltbeskatningsoverenskomster	22
4.2. Fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster	23
4.2.1. Wienerkonventionen om traktatretten	24
4.2.2. Art. 3, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst	25
4.2.3. OECD's modeloverenskomst med dertilhørende kommentarer	26
4.3. Dobbeltbeskatningsoverenskomsters betydning for udbyttebeskatning.....	28

4.4. Delkonklusion	29
Kapitel 5. Beneficial Owner.....	30
5.1. Introduktion til beneficial owner-begrebet	30
5.2. Beneficial owner i OECD's modeloverenskomst	30
5.3. Fortolkning af beneficial owner-kravet i art. 10.....	30
5.3.1. Autonom eller internretlig fortolkning	30
5.3.2. 2003-kommentarerne (ændring/præcisering?).....	33
5.4. Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst om beneficial owner	34
5.5. Beneficial owner-vurderingen	35
5.5.1. Transaktionsbaseret vurdering	35
5.5.2. Gennemstrømning og beneficial owner	36
5.6. Momenter i beneficial owner-vurderingen.....	38
5.6.1. Højesterets domme i beneficial owner-sagerne om udbytte	39
5.6.1.1. NetApp og TDC	39
5.6.1.2. Heavy Transport.....	42
5.6.2. Gennemstrømning som et moment i beneficial owner-vurderingen	43
5.6.3. Ret til at disponere over udbyttet (dispositionsretten)	45
5.6.3.2. De faktiske omstændigheder	47
5.6.3.2.1. De økonomiske forhold	47
5.6.3.2.2. Den tidsmæssige sammenhæng og moderselskabets aktiviteter	51
5.6.4. Sammenfattende om momenterne i beneficial owner-vurderingen	54
5.7. Ultimativ ejer beskyttet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.....	55
5.7.1. Anden retmæssig ejer beskyttet af dobbeltbeskatningsoverenskomst.....	56
5.7.2. Hvilket moderselskab.....	62
Kapitel 6. Konklusion.....	66
Referencer (litteraturliste)	69

Abstract

This thesis delves into the tax ramifications surrounding dividend paid from Danish subsidiaries to foreign parent companies, particularly focusing on the determination of when such dividend payouts incur tax liabilities for the foreign parent entity. The thesis has a specifically focus on the concept of beneficial ownership as stipulated in the double taxation treaties ratified by Denmark, based on the Model Tax Convention on Income and on Capital

The research bifurcates into two primary segments. Initially, it explores the tax implications when dividends are disbursed from Danish subsidiaries to foreign parent companies. Subsequently, it conducts an analysis of the beneficial ownership requirement outlined in Article 10, paragraph 2, of the double taxation treaties endorsed by Denmark. The aim is to describe the contours of the beneficial ownership criterion and then examine the pivotal factors considered in assessing whether the foreign parent company qualifies as the beneficial owner of dividends.

The investigation reveals that dividends from Danish entities fall under the limited tax liability regime under the Danish tax law, which exhaustively enumerates the types of income subject to such taxation. However, foreign parent companies receiving dividends from Danish subsidiaries, may be exempted from taxation, if the dividends fall within the scope of tax exemption clauses in the Danish tax law, wherein there it is a must that the dividend is covered by a double taxation treaty with the parent company's home country. Failure to meet the conditions for tax exemption triggers limited tax liability at a rate of 22%. The Danish subsidiary is responsible for withholding dividend tax at 27%, unless exempted under the tax exemption provisions.

The thesis further examines the scenarios governed by the EU Parent-Subsidiary Directive, emphasizing the prohibition of abuse in EU law, which extends to the directive. The assessment of abuse considers both objective circumstances surrounding dividend distributions and subjective elements concerning the company's intentions. The thesis will however not examine how this is applied court.

Moreover, regarding double taxation treaties, the study concludes that the determination of beneficial ownership under Article 10 is construed autonomously, guided by the treaties' intent and purpose. The analysis underscores the treaties' objective of preventing double taxation and combating tax evasion and avoidance.

The assessment of beneficial ownership concludes that it hinges on factors like conduit companies and the ultimate owner's ability to claim a Double Taxation Treaty. If a recipient company is deemed a conduit company, it's typically not recognized as the beneficial owner of the received dividend. This assessment considers whether the company has the right to control the dividend or is obligated to pass it on, the pivotal moment for determining control over the dividend is at the time of receipt. Leadership authority doesn't matter if the factual circumstances show the absence of control over the dividend. The level of activity in the recipient company isn't necessarily relevant, but it's considered in the overall assessment of whether it's a conduit company.

Ultimately, the thesis outlines the significance of the ultimate owner's jurisdiction under double taxation treaties, illustrating its impact on the tax treatment of dividends, particularly when determining the beneficial owner. While the ultimate owner's jurisdiction has limited influence on assessing immediate ownership, it significantly affects the tax treatment when the immediate recipient is not deemed the beneficial owner.

Kapitel 1. Indledning

1.1. Introduktion

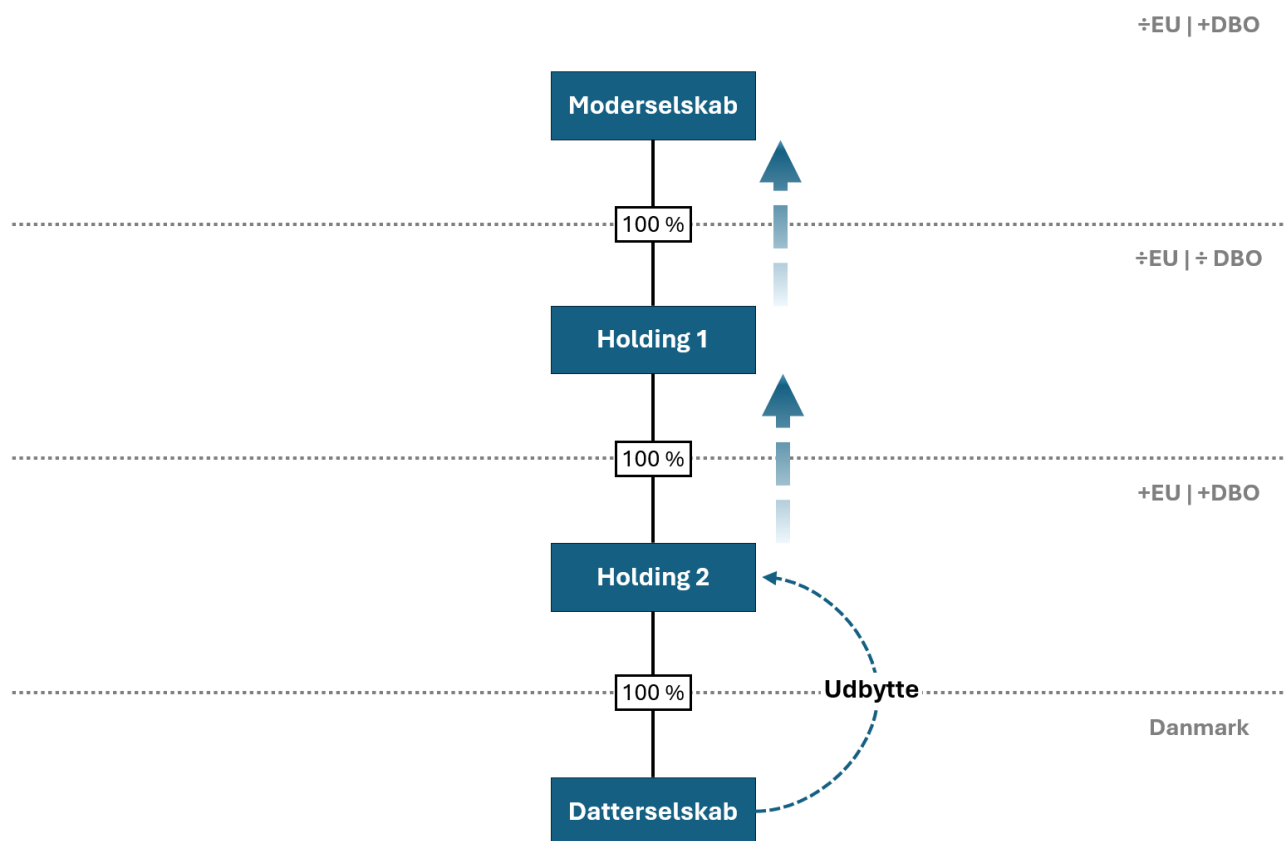
I en globaliseret og internationaliseret verden, har virksomheder mulighed for at opererer på mange markeder på tværs landegrænser og kontinenter. En amerikansk koncern har f.eks. ikke begrænset til kun at drive sin virksomhed i USA, men potentielt hele verden. Når virksomheder vælger at sprede deres aktiviteter rundt omkring i verden, vil de typisk etablerer selskaber i de lande de er repræsenteret i, og drive deres virksomhed derigennem. En amerikansk koncern der ønsker at opererer i Europa, vil derfor typisk etablere selskaber i de Europæiske lande, hvor de vil drive virksomhed fra, og disse selskaber kan evt. være samlet i et holdingselskab i et Europæisk land, hvorigennem den amerikanske koncern har samlet ejerskabet. Det overskud, der optjenes i Europa, vil koncernen formentlig ønske at hjemtage til USA. Det overskud der optjenes i de Europæiske selskaber, vil derfor typisk blive udloddet som udbytte til det Europæiske holdingselskab, hvorfra overskuddet på en eller anden måde vil blive ført videre til USA eller et andet land, afhængig af hvordan koncernen er struktureret. Når de Europæiske selskaber udbetaler udbytte, kan det være forbundet med skattemæssige konsekvenser, hvilket afhænger af de enkelte landes nationale skatteregler.

I slutningen af 00'erne indledte skattemyndighederne en undersøgelse af, hvorvidt selskaber i udlandet der ejede datterselskaber i Danmark, overholdt reglerne om udbytteskat, når de modtog udbytte fra de Danske selskaber. Denne undersøgelse førte til, at SKAT i flere tilfælde traf afgørelse om, at flere selskaber var skattepligtige af udbytte, som de havde modtaget, og at de danske datterselskaber hæftede for denne, idet de havde undladt at indeholde den ifm. udbytteudlodningen.

Moderselskaberne som ejede de danske datterselskaber, var hjemmehørende i andre EU-lande som Danmark havde indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med. Når de danske datterselskaber udbetaler udbytte til disse moderselskaber, vil det typisk betyde, at udbyttet ikke er skattepligtigt. SKATs påstand var, at disse moderselskaber blot fungerede som gennemstrømningsselskaber, der sendte udbyttet fra de danske datterselskaber videre til andre selskaber beliggende uden for EU i lande som Danmark ikke havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Et af de væsentlige omdrejningspunkter i sagerne var, om moderselskaberne var beneficial owner af de udbytter, som de modtog fra de Danske datterselskaber. Beneficial owner, der på dansk oversættes til retmæssig ejer, er et begreb der bl.a. findes i dobbeltbeskatningsoverenskomster. Når der fra et dansk datterselskab udbetales udbytte til et udenlandsk moderselskab beliggende i et land, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, vil udbyttet ofte være skattefrit, dog

på den betingelse, at moderselskabet anerkendes som retmæssig ejer af udbyttet. Et forsimplet eksempel på problemstillingen kan illustreres med figuren nedenfor. Det danske datterselskab vil som udgangspunkt kunne udlodde udbytte skattefrit til Holding 2, men det ville ikke være muligt direkte til Holding 1. Problematikken opstår, når Holding 2 modtager udbytte fra det danske datterselskab, men herefter videreoverfører dette til dets bagvedliggende ejere, der ikke nødvendigvis kunne have modtaget udbytte skattefrit fra det danske datterselskab.



Hvad der nærmere ligger i dette retmæssig ejer-begreb har der gennem tiden været flere meninger om, ligesom der også har været delte meninger om hvordan begrebet skulle anvendes. Nogle af de sager som blev indledt i slutningen af 00'erne har efterfølgende været hele vejen igennem både klage- og domstolssystemet. Undervejs i dette forløb har det ligeledes været et tema, hvad det nærmere indhold af dette begreb var, og hvordan begrebet skulle fortolkes. I 2023 afsagde Højesteret dom i 3 af disse beneficial owner-sager om udbytte. Den tvivl der har været omkring indholdet og anvendelsen af dette begreb, sammenholdt med det forhold, at Højesteret sidste år afsagde dom i 3 af disse sager, er bl.a. det, der har inspireret til at behandle denne problemstilling i nærværende speciale.

1.2. Emne og problemformulering

På baggrund af den problemstilling der er omtalt i introduktionen, er formålet med dette speciale at undersøge hvad de skatteretlige konsekvenser er, når et dansk datterselskab udbetaler udbytte til et udenlandsk moderselskab, herunder i hvilke tilfælde en sådan udbytteudlodning er skattepligtig for det udenlandske moderselskab. Specialet vil i den forbindelse have særligt fokus på, hvornår moderselskabet anses for at være beneficial owner af udbyttet efter de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Den undersøgelse, som specialet tager sigte på, kan overordnet ansues som to dele. Indledningsvist vil det blive undersøgt, hvad de skatteretlige konsekvenser er, når udbytte udloddes fra danske datterselskaber til udenlandske moderselskaber. Herefter vil der blive foretaget en analyse af beneficial owner-kravet i art. 10, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst. Formålet med denne analyse er at fastlægge indholdet af beneficial owner-kravet, og herefter at undersøge, hvilke momenter der bliver tillagt betydning i vurderingen af, om det udenlandske moderselskab kan anses som beneficial owner af udbytte som det modtager fra sit danske datterselskab.

Ovenstående leder derfor til følgende problemformulering:

Hvad er de skattemæssige konsekvenser, når udbytte udbetales til udenlandske moderselskaber, og hvilke momenter anvendes ved vurderingen af, om moderselskabet anses for beneficial owner.

1.3. Afgrænsning

Problemformuleringen, sådan som den er beskrevet ovenfor, vil i dette afsnit blive nærmere afgrænset. Formålet med afgrænsningen af problemformuleringen og det emne den knytter sig til, er at konkretisere den problemstilling specialet vil behandle.¹ Det vil derfor i det følgende blive beskrevet, hvilke forhold der ikke vil blive behandlet i specialet. Dette speciale er underlagt begrænsning ift. omfang.² De følgende afgrænsninger er derfor foretaget bl.a. på baggrund af et hensyn til omfanget af specialet, og for samtidig at sikre specialet en tilfredsstillende dybde.

¹ (Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2018, s. 390)

² Dette kandidatspeciale udarbejdes af 2 studerende, og det maksimalt tilladte projektomfang er derfor 168.000 anslag (70 sider), jf. Juridisk Instituts retningslinjer for bachelorprojekter og kandidatspecialer § 3.

Beneficial owner-kravet for renter og royalties i OECD's modeloverenskomst:

Som det fremgår af problemformuleringen, vil der i specialet blive foretaget en analyse af beneficial owner-kravet i art. 10 om udbytte i OECD's modeloverenskomst. Et tilsvarende krav om beneficial owner findes i art. 11 og 12 om hhv. renter og royalties. Specialet vil ikke behandle beneficial owner-kravet i disse bestemmelser, da formålet med specialet er at foretage en analyse af de forhold, der har betydning specifikt i relation til udbytte.

EU-retten:

Som det fremgår af problemformuleringen, tilsigter specialet at belyse de skatteretlige konsekvenser, der opstår ved udbytteudlodninger til udenlandske moderselskaber. Specialet vil på den baggrund behandle den del af EU-retten, som har betydning i relation til dette specifikke forhold – udbytte.

Det skal påpeges, at rente-/royaltydirektivet³ indeholder et krav om beneficial owner. Specialet vil dog ikke behandle dette direktiv eller det deri indeholdte krav om beneficial owner. Specialet vil have fokus på de forhold, der specifikt gør sig gældende for udbytte. Af samme grunde som anført i relation til det ovenstående om art. 11 og 12 i dobbeltbeskatningsoverenskomster, vil rente-/royaltydirektivet ikke blive behandlet i specialet.

Specialet vil derimod behandle moder-/datterselskabsdirektivet⁴, da det netop tager sigte på det specifikke forhold, som specialet vil undersøge – udbytte. Modsat rente-/royaltydirektivet indeholder moder-/datterselskabsdirektivet ikke et krav om beneficial owner.

I beneficial owner-sagerne omtalt i introduktionen, gav forståelsen af moder-/datterselskabsdirektivet anledning til flere problemstillinger, hvilket medførte at EU-Domstolen blev forelagt præjudicielle spørgsmål. EU-Domstolens afgørelse om disse præjudicielle spørgsmål inddrages i specialet i det omfang det har betydning for den gældende retsstilling der gælder for udbytteudlodninger. Specialet vil dog ikke behandle hvordan EU-Domstolens afgørelse blev anvendt af de nationale domstole ved vurderingen af de konkrete sager. Denne afgrænsning foretages på baggrund af den begrænsning i forhold til omfang, som specialet er underlagt.

³ Direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003, som ændret ved direktiv 2004/66/EF af 26. april 2004, direktiv 2004/76/EF af 29. april 2004, direktiv 2006/98/EF af 20. november 2006 og direktiv 2013/13/EU af 13. maj 2013.

⁴ Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011, som ændret ved direktiv 2013/13/EU af 13. maj 2013, direktiv 2014/86/EU af 8. juli 2014 og direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015.

Ligningslovens § 3

Som det fremgår af problemformuleringen, er nærværende speciale fokuseret på den skattemæssige behandling af udbytte der udloddes til udenlandske moderselskaber, og herunder særligt beneficial owner-kravet. Ligningslovens § 3 blev indsat i 2015, som en omgåelsesklausul mod misbrug af national skattelovgivning⁵. Bestemmelsen blev i 2018 ændret, så den herefter ramte bredere end før⁶. Ligningslovens § 3 forbyder arrangementer eller serier af arrangementer, som har til hovedformål at opnå fordele, der virker mod formålet med skatteretten. Det kan ikke udelukkes, at ligningslovens § 3 kan have betydning for beneficial owner-kravet i et eller andet omfang. Ligningslovens § 3 vil dog ikke blive nærmere behandlet i specialet. Afgrænsningen foretages på baggrund af den begrænsning i forhold til omfang, som specialet er underlagt.

1.4. Metodegrundlag

I de ovenstående afsnit er emnet for nærværende speciale blevet beskrevet, samtidig med at der med baggrund i problemformuleringen og den følgende afgrænsning, er foretaget en konkretisering af den problemstilling, som specialet tilsigter at belyse.

I dette afsnit vil der blive redegjort for de metodiske valg og overvejelser, der er blevet truffet i forbindelse med udarbejdelsen af specialet.

1.4.1. Retsdogmatisk metode

Formålet med nærværende speciale er at belyse gældende ret for udbyttebeskatning, når danske datterselskaber udlodder udbytte til udenlandske moderselskaber, og herunder at belyse indholdet af beneficial owner-kravet i art. 10 i de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster og hvilke momenter der indgår i vurderingen heraf.

Til dette formål vil specialet blive udarbejdet ved at anvende den retsdogmatiske metode, hvis opgave er at analysere og beskrive gældende ret.⁷

⁵ Jf. L 2015-04-29 nr. 540.

⁶ Jf. L 2018-12-27 nr. 1726.

⁷ (Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2018, s. 64)

1.4.2. Retskilder

Lovgivning:

Til besvarelse af problemformuleringen vil nærværende speciale anvende national lovgivning. Disse love indgår i et hierarki, der afspejler deres retskildemæssige værdi. I toppen af hierarkiet findes Grundloven, hvorefter følger folketingets love og under dem bekendtgørelser.⁸

Særligt for skatteretten kommer dette hierarki til udtryk, nemlig derved at det følger af Grundlovens § 43, at opkrævning af skat kræver lovhjemmel. Dette medfører, at specialet vil anvende love – herunder særligt selskabsskatteloven – som det vigtigste kildemateriale, da den skattemæssige behandling af beskatning af udbytte, herefter nødvendigvis må være udtrykt i lov, da en sådan behandling kræver lovhjemmel.

Det bemærkes, at de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster er vedtaget ved lov, og derfor er en del af den nationale lovgivning.⁹

Retspraksis:

Som et andet vigtigt kildemateriale vil nærværende speciale gøre brug af retspraksis. Retspraksis vil blive behandlet med den retskildemæssige værdi, som det har. Specialet har derfor lagt særlig vægt på at behandle højesteretsdomme, eftersom disse indenfor kategorien retspraksis er domme med den største kildeværdi.¹⁰

I det danske retssystem er der et princip om retlig lighed, hvorefter to ens sager, med det samme faktum og de samme retsregler, som udgangspunkt skal bedømmes ens. Retspraksis har derfor en vis betydning for fremtidige domme.¹¹ Retspraksis kan derved anvendes til at illustrere, hvordan lignende sager formentlig vil blive bedømt, og til at belyse hvad domstolene lægger vægt på i vurderingen af bestemte forhold.

1.4.3. Litteratur mv.

Litteratur vil i dette speciale blive inddraget med respekt for den retskildemæssige værdi. Hermed menes, at retslitteratur ikke er bindene for domstolene, men derimod kan tjene til fortolkningsbidrag.

⁸ (Munk-Hansen, Den juridiske løsning - introduktion til juridiske metode, 2017, s. 22)

⁹ (Michelsen, Nørgaard Laursen, & Svendgaard Dalgas, 2017, s. 63 og 65)

¹⁰ (Munk-Hansen, Den juridiske løsning - introduktion til juridiske metode, 2017, s. 17)

¹¹ (Munk-Hansen, Den juridiske løsning - introduktion til juridiske metode, 2017, s. 59)

Det må dog ikke underkendes, at litteraturen kan bruges som inspiration, hvis den indeholder en solid retlig argumentation eller indeholder anerkendte videnskabelige resultater.¹²

1.4.4. OECD's modeloverenskomst med tilhørende kommentarer

Når Danmark indgår dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre stater, tages der i forhandlingsfasen udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst.¹³ OECD's modeloverenskomst udgives sammen med et sæt kommentarer, der forklarer hvordan artiklerne i modellen skal anvendes og fortolkes.¹⁴ Da de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster er udarbejdet på baggrund af OECD's modeloverenskomst, tillægges modeloverenskomsten og de til overenskomsten hørende kommentarer betydning ved fortolkning af de konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹⁵

OECD's modeloverenskomst og de dertilhørende kommentarer vil derfor i nærværende speciale blive anvendt som en vigtig kilde til belysningen af de dele af problemformuleringen der omhandler dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Særligt hvad angår kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, skal man være opmærksom på, at der løbende sker ændringer i både modellen og kommentarerne. Såfremt der efter indgåelsen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst sker ændringer i kommentarerne, vil de senere kommentarer som udgangspunkt blive anvendt som fortolkningsbidrag.¹⁶ Dette gælder dog kun så længe der er tale om, at de senere kommentarer er udtryk for præciseringer, og ikke ændringer.¹⁷

1.5. Specialets struktur

I kapitel 2 vil det indledningsvist blive undersøgt, hvilke danske skatteregler, der har betydning for beskatningen af udbytte til udenlandske moderselskaber. Disse danske regler er suppleret af hhv. EU-retten og af dobbeltbeskatningsoverenskomster. I kapitel 3 vil det derfor blive beskrevet, hvilken indflydelse EU-retten har på de skattemæssige konsekvenser ved beskatning af udbytte. I kapitel 4 vil dobbeltbeskatningsoverenskomster blive præsenteret. Kapitlet vil både omhandle hvordan

¹² (Munk-Hansen, Den juridiske løsning - introduktion til juridiske metode, 2017, s. 74)

¹³ (Bolander, Madsen, Nørgaard Laursen, & Langhave Inge, 2023, s. 1192)

¹⁴ (Bolander, Madsen, Nørgaard Laursen, & Langhave Inge, 2023, s. 1208)

¹⁵ (Michelsen, Nørgaard Laursen, & Svendgaard Dalgas, 2017, s. 78 f.)

¹⁶ (Bolander, Madsen, Nørgaard Laursen, & Langhave Inge, 2023, s. 1209)

¹⁷ (Bolander, Madsen, Nørgaard Laursen, & Langhave Inge, 2023, s. 1209)

dobbeltbeskatningsoverenskomster kan have indflydelse på beskatning af udbytte, og hvilke særlige fortolkningsregler der gælder for sådanne overenskomster.

Herefter vil der i kapitel 5 blive foretaget en grundig analyse af beneficial owner-kravet i art. 10, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst. Indledningsvist vil beneficial owner-begrebet blive præsenteret, hvorefter det vil blive undersøgt, hvordan dette begreb fortolkes. Herefter foretages en analyse af, hvordan beneficial owner-vurderingen foretages, og hvilke momenter der bliver tillagt vægt i denne vurdering.

Kapitel 2. Beskatning af udbytte og de danske regler herom

2.1. Introduktion til beskatning

Reglerne for beskatning af selskaber findes grundlæggende i selskabsskatteloven. Når der skal foretages en undersøgelse af de skattemæssige konsekvenser der kan være ved, at et udenlandsk moderselskab modtager udbytte fra et dansk datterselskab, består første del af at konstatere, hvorvidt en sådan udbytteudlodning udløser skattepligt.

Der sondres i skatteretten mellem hhv. subjektiv og objektiv skattepligt, hvor den subjektive skattepligt omhandler hvem der er den skattepligtige, og den objektive skattepligt omhandler hvilke indtægter, der er skattepligtige.¹⁸ I nogle tilfælde vil disse begreber flyde sammen, f.eks. i det tilfælde, hvor et udenlandsk selskab oppebærer indtægter fra Danmark omfattet af den begrænsede skattepligt i selskabsskattelovens § 2. I sådanne tilfælde vil en konstatering af den objektive skattepligt – den indtægt der fremgår af en af bestemmelserne i selskabsskattelovens § 2 – samtidig føre til en konstatering af den subjektive skattepligt – det selskab, der oppebærer indtægten.¹⁹

Når der er konstateret et skattesubjekt, sondres der herefter mellem, om skattesubjektet er fuldt eller begrænset skattepligtigt. Er skattesubjektet fuldt skattepligtigt til Danmark, vil det få den konsekvens, at skattesubjektet som udgangspunkt beskattes af sin globalindkomst.²⁰ For selskaber gælder dog en undtagelse, da visse indkomsttyper ikke medregnes til den skattepligtige indkomst, jf. selskabsskattelovens § 8, stk. 2.

Fuld skattepligt for selskaber er reguleret i selskabsskattelovens § 1. Det fremgår af denne bestemmelse, at indregistrerede aktie- og anpartsselskaber er fuldt skattepligtige, jf. selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1. Endvidere oplystes i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2-6 en række selskaber, der også er fuldt skattepligtige til Danmark, hvis selskaberne er hjemmehørende i Danmark. Selskaberne i nr. 2-6, vil som udgangspunkt være hjemmehørende i Danmark, hvis de er indregistrerede i Danmark eller ledelsen sæde er i Danmark, jf. selskabsskattelovens § 1, stk. 6.

Begrænset skattepligt for selskaber er reguleret i selskabsskattelovens § 2. Hvis et selskab ikke er fuldt skattepligtigt efter de regler der er gennemgået ovenfor, kan selskabet blive begrænset skattepligtigt, hvis det modtager en af de indkomsttyper, der er omfattet af begrænset skattepligt.

¹⁸ (Werlauff, 2019, s. 26)

¹⁹ (Werlauff, 2019, s. 103)

²⁰ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 39 f.)

Selskabsskattelovens § 2 opregner udtømmende hvilke indkomsttyper, der medfører begrænset skattepligt.²¹ Blandt disse indkomsttyper er bl.a. udbytte, der behandles nedenfor.

2.2. Begrænset skattepligt på udbytte

Som beskrevet ovenfor er der i selskabsskattelovens § 2 oplistet en række indtægtsformer, der, på grund af deres tilknytning til Danmark, udløser skattepligt, hvis de oppebæres af et udenlandsk selskab. Bestemmelsen er udtømmende, hvilket betyder, at den indtægt som det udenlandske selskab oppebærer fra Danmark, skal være positivt angivet i bestemmelsen før den er skattepligtig.²²

Særligt relevant for nærværende speciale er selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Ifølge denne bestemmelse vil et udenlandsk moderselskab, der modtager udbytte fra et dansk datterselskab, som udgangspunkt være begrænset skattepligtig af dette udbytte, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt. Til dette udgangspunkt følger dog en række undtagelser, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 2.-10. pkt., der oplister en række tilfælde, hvor det pågældende udbytte ikke er skattepligtig.

Ifølge selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt., kan det udenlandske moderselskab modtage udbytte fra et dansk datterselskab skattefrit, hvis der er tale om datterselskabsaktier, og beskatningen skal nedsættes eller bortfalde efter enten moder-/datterselskabsdirektivet, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Det fremgår af bestemmelsen, at datterselskabsaktier følger definitionen i aktieavancebeskatningslovens § 4 A. Der er herefter som udgangspunkt tale om datterselskabsaktier, hvis moderselskabet ejer mindst 10 % af aktiekapitalen i datterselskabet, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, stk. 1.

Det udenlandske moderselskab kan endvidere, efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt., modtage udbytte fra et dansk datterselskab skattefrit, hvis der er tale om koncernselskabsaktier, og moderselskabet er hjemmehørende i EU/EØS og beskatningen skulle have været nedsat eller bortfaldet efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, såfremt der havde været tale om datterselskabsaktier. Det fremgår af bestemmelsen, at koncernselskabsaktier følger definitionen i aktieavancebeskatningslovens § 4 B. Der vil herefter som udgangspunkt være tale om koncernselskabsaktier, hvis ejeren og datterselskabet er sambeskattede eller har mulighed for at blive sambeskattet, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 B, stk. 1.

²¹ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 55 f.)

²² (Werlauff, 2019, s. 149)

Hvis udbyttmodtageren er deltager i et af de moderselskaber der er omhandlet i art. 2, litra a, nr. 1, i moder-/datterselskabsdirektivet, og i Danmark anses som en skattemæssigt transparent enhed, er udbyttet ligeledes skattefritaget, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 9. pkt. Det er dog i den forbindelse et krav, at deltageren ikke er hjemmehørende i Danmark, jf. § 2, stk. 1, litra c, 10. pkt.

Som det fremgår, er der ikke i den ovenstående regel et krav om, at skatten skal nedsættes eller frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. At et sådan krav gælder, blev fastslået i U.2023.1575H (NetApp/TDC), der omhandlede den rigtige besvarelse af to bindende svar: Spørgsmål 1 i TDC-sagen omhandlede om udbytte kunne udloddes skattefrit fra TDC til NTC Holding efter den daværende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. (i dag § 2, stk. 1, litra c, 9. pkt.), hvorefter udbytte var skattefrit, når udbyttmodtageren var et moderselskab på listen i daværende art. 2, litra a, nr. i, i moder-/datterselskabsdirektivet, og efter intern dansk skatteret anses for en skattemæssigt transparent enhed. Spørgsmål 2 omhandlede om udbytte kunne udloddes skattefrit fra TDC til NTC Holding efter den daværende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. (i dag § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt.), hvorefter udbytte af datterselskabsaktier er skattefrit, når beskatningen skal frafaldes/nedsættes efter enten moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Et af de forhold, både Østre Landsret og Højesteret tog stilling til var, om det for at kunne udlodde udbytte skattefrit efter det daværende 5. pkt., tillige var en betingelse, at skatten skulle frafaldes eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Højesteret tiltrådte, af de af landsretten anførte grunde, at skattefrihed efter den daværende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. (i dag § 2, stk. 1, litra c, 9. pkt.), er betinget af, at skatten skal nedsættes efter enten moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Sammenfattende om de to spørgsmål kan altså siges, at det fsva. spørgsmål 1, er en yderligere betingelse for at opnå skattefritagelse efter den daværende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. (i dag § 2, stk. 1, litra c, 9. pkt.), at også betingelsen om, at skatten skal frafaldes eller nedsættes efter enten moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, sådan som det fremgår af den daværende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. (i dag § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt.), er opfyldt. Denne forståelse blev i denne sag lagt til grund af både Skatterådet, Landsskatteretten, Østre Landsret og endelig Højesteret.

Hvis et udenlandsk moderselskab modtager udbytte fra et dansk datterselskab, og ikke opfylder betingelserne for skattefrihed der er angivet ovenfor, vil udbytteudlodningen udløse begrænset skattepligt for moderselskabet, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt.

2.2.3. Opfyldelse af skattepligten, herunder pligt til indeholdelse

Udbyttet vil som udgangspunkt blive beskattet med en skattesats på 22 %, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 8, 2. pkt. Denne skat vil være en endelig bruttoskat, hvilket har den konsekvens, at den ikke vil kunne modregnes i andre begrænsede skattepligtige indkomster.²³

Datterselskabet, der udlodder udbyttet, skal ved udlodningen indeholde den skat der skal betales af udbyttet, og skal som udgangspunkt indeholde 27 % af udbyttet, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 1. Såfremt udbyttet ikke er skattepligtigt efter de ovenfor nævnte undtagelser, skal datterselskabet dog ikke indeholde skat af udbyttet, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 4.

2.3. Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes at, udbytte fra danske datterselskaber, udloddet til udenlandske moderselskaber, som udgangspunkt er skattepligtigt, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., medmindre skærpsen frafaldes eller nedsættes efter enten moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor moderselskabet er hjemmehørende, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt.

Hvis ikke disse betingelser for skattefrihed er opfyldt, beskattes udbyttet med en skattesats på 22%, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 8, 2. pkt. Datterselskabet vil i dette tilfælde være forpligtet til at indeholde udbytteskatten ifbm. udlodningen, med en skattesats på 27%, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 1. Er betingelserne for skattefrihed opfyldt, skal datterselskabet ikke indeholde udbytteskat, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 4.

²³ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 66)

Kapitel 3. EU-rettens betydning for udbyttebeskatning

I det foregående afsnit er beskrevet, hvilke interne danske skatteregler, der har betydning for beskatning af udbytte. Danmarks medlemskab af EU spiller i tillæg hertil en ikke uvæsentlig rolle, da de nationale regler om beskatning ikke må være i strid med de traktatfæstede frihedsrettigheder, der er hjemlet i traktaten om EU's funktionsmåde (herefter EUF-traktaten). Herudover har EU-retten betydning derved, at der med hjemmel EUF-traktaten vedtages f.eks. direktiver, der har til formål at harmonisere reglerne på et givent område inden for EU.²⁴

Det fremgår af artikel 3, stk. 3 i EUF-traktaten, at et af EU's mål er at skabe et indre marked for medlemslandene. EU's indre marked er udtryk for en union af lande, hvor personer, varer, tjenesteydelser og kapital kan bevæge sig frit, dette er udtrykt i artikel 26, stk. 2 i EUF-traktaten, om den frie bevægelighed inden for EU.

De traktatfæstede frihedsrettigheder kan beskrives som den primære EU-ret, da der er tale om regler, som udspringer direkte af EUF-traktaten, og som retskildemæssigt befinder sig på et trindhøjere stadie end den sekundære EU-ret, der dækker over de regler, der udstedes med hjemmel i traktaten, som f.eks. forordninger og direktiver. Under den sekundære EU-ret hører også EU-Domstolens praksis.²⁵

Det følger af praksis fra EU-domstolen, at direkte anvendelig EU-ret har forrang for national ret. Det blev fastlagt allerede tilbage i 1964 i Costa/ENEL-sagen²⁶, altså inden Danmark trådte ind i EU. I dommen begrundes EU-rettens forrang med, at medlemsstaterne ikke kan sætte sig selv ud over det system, som de på gensidig basis dels har været med til at lave, og gået ind i. Det er EU-Domstolens opfattelse at bindene EU-regler med direkte virkning, har forrang for national lovgivning. Dette udvides Bellone-sagen, hvor EU-Domstolen kom frem til at et direktiv kan være til hinder for den nationale lovgivning. Det blev efter denne sag fastsat, at den nationale domstol skulle undlade at anvende bestemmelser i national lovgivning, som var uforenelige med et direktiv. At EU-retten har forrang indebærer som ovenfor anført, at national ret, som er i modstrid med EU-retten, bliver uanvendelig. Det må dog hertil tilføjes, at det ikke er fastlagt, at modstridende nationale regler er ugyldige.²⁷

²⁴ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 31 f.)

²⁵ (Nielsen & Neergaard, 2020, s. 498)

²⁶ Sag C-6/64, Costa mod ENEL, EU:C:1968:66.

²⁷ (Nielsen & Neergaard, 2020, s. 221-224)

3.1. EU-rettens indflydelse på skatteretten

EU-rettens indflydelse på skatteretten kommer til udtryk på to måder.

For det første derved, at de interne danske regler der findes indenfor skatteretten, ikke må være i strid med de traktatfæstede rettigheder, der er beskrevet ovenfor. Når Danmark udformer dets nationale interne skatteregler, skal disse regler være forenelige med EU-retten, herunder de traktatfæstede frihedsrettigheder. Hvis dette ikke er tilfældet – en national skatteregel er ikke forenelige med EU-retten – skal reglen ændres, hvilket hænger sammen med princippet om, at EU-retten har forrang. Såfremt der er andre medlemsstater med en tilsvarende lovgivning, vil de herefter også være forpligtet til at ændre denne lovgivning.²⁸

Den anden måde EU-rettens indflydelse på skatteretten kommer til udtryk, er ved udstedelse af direktiver. Modsat de traktatfæstede frihedsrettigheder der er beskrevet ovenfor, og som gælder generelt indenfor EU, har direktiver en mere specifik karakter. Grunden til, at de regler der udspringer af direktiverne kan siges at have mere specifik karakter er, at direktiverne vedtages med hjemmel i traktaten, jf. nærmere art. 288 i EUF-traktaten. Af denne bestemmelse fremgår, at *”Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen”*²⁹.

EU-rettens indflydelse på skatteretten kan altså udtrykkes således, at EU-retten begrænser Danmarks beskatningskompetence, således at Danmark ikke er frit stillet ved udarbejdelsen af deres skatteregler.

På grund af de relativt få direktiver der er udstedt på området for de direkte skatter, er harmoniseringen af reglerne på dette område i høj grad funderet på de traktatfæstede frihedsrettigheder i EUF-traktaten.³⁰ Den begrænsede harmonisering på området for de direkte skatter har endvidere den betydning, at medlemsstaterne ved udformningen af deres nationale interne lovgivning i vid udstrækning har frihed til at udforme den. Denne frihed er dog begrænset derved, at de nationale interne regler skal være forenelige med de traktatfæstede frihedsrettigheder i EUF-traktaten. Hvis den nationale interne lovgivning ikke er forenelig med disse traktatfæstede

²⁸ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 112)

²⁹ Jf. art. 288 TEUF.

³⁰ (Michelsen, Nørgaard Laursen, & Svendgaard Dalgas, 2017, s. 241)

frihedsrettigheder, har EU-retten forrang, hvilket vil sige, at den nationale interne lovgivning skal ændres, så den bliver forenelig med EU-retten.³¹

3.2. Moder-/datterselskabsdirektivet

Som tidligere nævnt kan moderselskaber modtage udbytte fra et dansk datterselskab skattefrit, ifølge selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt., hvis der er tale om datterselskabsaktier, og moderselskabet er hjemmehørende i EU og beskattningen skulle have været nedsat eller bortfaldet efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det må herefter foruden beneficial owner vurderingen i nærværende speciale, være relevant at se på hvornår et udbytte skal bortfalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet.

Det fremgår af moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 1, litra a og b, at direktivet finder anvendelse i situationer, hvor et selskab beliggende i et EU-land modtager udbytte fra dets datterselskab beliggende i et andet EU-land, og i situationer, hvor et selskab beliggende i et EU-land udlodder udbytte til dets moderselskab beliggende i et andet EU-land.

Det følger af direktivets artikel 3 a, at før et selskab har status som moderselskab, skal det have en ejerandel på minimum 10% af det underliggende datterselskab, datterselskaber er modsatdefinerede i artikel 3 b, som et selskab der ejes af et af de i art. 3 a definerede selskabet. Det følger af direktivets artikel 5 og 6, at udbytte udloddet fra et datterselskab i en medlemsstat til et moderselskab i en anden medlemsstat, at der hverken kan opkræves kildeskat i modtagerlandet eller i udbyttegiver landet.

Moder-/datterselskabsdirektivet, giver som ovenfor redegjort mulighed for at danske datterselskaber som udgangspunkt kan udlodde udbytte skattefrit til moderselskaber i EU, når moderselskabet ejer minimum 10% af datterselskabet. Det er dog umiddelbart kun udgangspunktet, da der i art. 1, stk. 2 findes en misbrugsbestemmelse, som tilsigter at hindrer arrangementer der virker mod formålet med direktivet. Det fremgår af punkt 4 i betragtningerne til direktivet, at man ved udarbejdelse af direktivet har haft til formål at skabe konkurrence neutrale beskatningsregler, hvor sammenslutninger af selskaber fra forskellige medlemsstater, ikke hæmmes af restriktioner i de forskellige medlemsstater. Denne betragtning kan forstås både positivt og negativt i relation til formålet med direktivet. Det kan forstås således, at medlemsstaterne ikke må lave restriktioner, der hæmmer de før nævnte sammenslutninger. Det kan også forstås således, at direktivet tillige har til formål at hindre sammenslutninger i at uretmæssig brug af reglerne, for at derigennem at opnå en bedre ret end, hvad

³¹ (Michelsen, Nørgaard Laursen, & Svendgaard Dalgas, 2017, s. 599)

de burde have. Formålet med direktivet må hermed forstås at være konkurrence neutralitet. Det fremgår endvidere af direktivets art.1, stk. 2, at der ved vurdering af om disse sammenslutninger er tilrettelagt med det hovedformål at opnå en skattefordel, skal tages hensyn til de faktiske forhold og omstændigheder. Det fremgår af art. 1, stk. 3, at der under de faktiske forhold og omstændigheder, tillægges særlig vægt på selskabernes kommercielle årsager, som skal afspejle den økonomiske virkelighed. Slutteligt fremgår det af art. 1, stk. 4, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne har interne regler, som er nødvendige for at hindre skatteunddragelse, skattesvig og misbrug, det må hermed forstås at det er disse forhold som stk. 2 og 3, tilsigter at hindre. Det er op til den enkelte medlemsstat, at lave interne misbrugs bestemmelser, såfremt medlemsstaten mener at bestemmelserne i direktivet ikke yder den nødvendige beskyttelse mod skatteunddragelse, skattesvig og misbrug.

Direktivet blev ændret 27. januar 2015, indtil denne ændring, var bestemmelsen i art.1, stk. 2 ikke i direktivet. Det betyder at indtil ændringen, var der ikke nogen specifik misbrugsbestemmelse i direktivet, og det måtte derfor være op til fortolkning, om man kunne indfortolke en sådan misbrugsbestemmelse i direktivet, om der i de af medlemsstaterne indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster kunne indfortolkes en sådan misbrug bestemmelse, eller om en sådan misbrugsbestemmelse kunne udledes af generelle skatteretlige principper. Denne fortolkning, blev prøvet i sagen behandlet nedenfor.

3.2.3. EU-Domstolens afgørelse (sag C-116/16 og C-117/16)

I anledning af NetApp- og TDC-sagen, blev der indgivet ti præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen. Det var nødvendigt for de danske domstole at få svar på disse spørgsmål, inden de kunne afsige dom i sagerne. Herunder spurgte de danske domstole EU-domstolen, om de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholdt en anti-misbrugsbestemmelse, som var omfattet af det daværende moder-/datterselskabsdirektivs art. 1, stk. 2. Dette spørgsmål, blev dog ikke besvaret i dommen. EU-domstolen fandt det u fornødent at besvare spørgsmålet, henset til at der i besvarelsen til spørgsmålet inden, allerede var konstateret, at det følger af fast retspraksis, at der findes et almindeligt EU-retligt princip om, at der ikke kan påberåbes EU-retlige bestemmelser med det formål at muliggøre svig eller misbrug, for herigennem at drage nytte af de fordele som er hjemlet i EU-retten. Herunder blev det fremført, at direktivet blev indført med det formål at foretage harmonisering på de direkte skatter ved at fastsætte konkurrenceneutrale beskatningsregler for selskaber inden for EU. Henset til formålet blev det vurderet, at selvom en skattepligtig person har

ret til at drage fordel af den indbyrdes skattekonkurrence medlemsstaterne imellem, udelukker det ikke det generelle princip om forbud mod misbrug, jf. præmis 80. Det faktum, at en skattepligtig person søger en skatteordning, der vurderes mest fordelagtig, er kun nok til at danne grundlag for en formodning om svig eller misbrug, hvis den omhandlede transaktion, formålsstridigt, er et rent økonomisk kunstigt arrangement, jf. præmis 81.

Som ovenfor redegjort, fastslog EUD med denne sag, at der findes et generelt EU-retligt princip om forbud mod misbrug, det nærværende spørgsmål, må herefter være, hvad der ligger i dette generelle forbud og hvordan det skal forstås. I præmis 97 beskrives det at misbrugsvurderingen er *”dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel”*. Denne præmis må forstås således, at de objektive omstændigheder der undersøges, er hvorvidt den transaktion der er foretaget, strider imod formålet med direktivet, selvom betingelserne i den pågældende lovgivning formelt er overholdt. Dernæst bør det subjektive element undersøges, denne undersøgelse tager sigte på, om selskabet har foretaget transaktionen med den hensigt at drage fordel af direktivet. I undersøgelsen af omstændighederne, bør det undersøges om skattesubjektet har foretaget rent formelle og kunstige transaktioner, som ikke kan begrundes økonomisk eller forretningsmæssigt, hvis hovedformål er at opnå en uretmæssig fordel, jf. præmis 98. Når koncerner indskyder en gennemstrømningsenhed, mellem det udloddende selskab og modtager selskabet, for derigennem at undgå udbyttebeskatning, må det falde under det førnævnte kunstige arrangement, som har til sigte at opnå en uretmæssig fordel efter direktivet, og bør derfor ikke anerkendes ud fra det generelle antimisbrugs princip, jf. præmis 100. Det kan heraf udledes at det er af betydning om det mellemliggende selskab anses, som gennemstrømningsenhed, hvorfor det tillige må være af betydning, hvordan denne vurdering foretages. Der bliver i dommen fremlagt det synspunkt, at det må tale for at selskabet er en gennemstrømningsenhed, hvis selskabets eneste økonomiske aktivitet, er at videreudlodde det modtagne udbytte. EUD påpeger endvidere, at man i vurderingen skal tillægge det vægt om selskabet har anden økonomisk aktivitet, og om denne økonomiske aktivitet må vurderes at være ubetydelig. Den økonomiske aktivitet skal vurderes i lyset af samtlige økonomiske omstændigheder vedrørende selskabet, herunder navnlig: driften af selskabet, selskabets omkostninger, regnskabet og de reelt afholdte udgifter, jf. præmis 104. I vurderingen af om selskabet har lavet et sådant kunstigt arrangement til formålet at udnytte direktivet, beskriver EUD, at det kan spille en rolle ift. vurderingen, om der findes kontrakter, vedrørende pengestrømme

i koncernen, sådanne kontrakter kan afspejle sig i måden hvorpå selskaberne er finansieret, og om denne finansiering betyder at mellemselskabet, reelt ikke har haft mulighed for at råde økonomisk over udbyttet. Af dommen må det forstås at sådanne juridiske forpligtelser, ikke nødvendigvis foreligger klart af juridiske dokumenter, men at ligeledes kan fremgå af sagens øvrige omstændigheder. Disse omstændigheder og mistanken om misbrug bestyrkes i tilfælde, hvor der er et tidsmæssigt sammenfald mellem nye skatteregler i de involverede stater, og transaktionen jf. præmis 105 & 106. Som redegjort ovenfor, vil der i vurderingen skulle tages udgangspunkt i mellemselskabet faktiske økonomiske omstændigheder, og i tilfælde hvor de er relativt beskedne, må det underbygge at der er tale om et sådant kunstigt arrangement, som EUD fastslår strider imod det generelle forbud mod misbrug af direktiverne, jf. præmis 103. I misbrugs vurderingen havde de danske domstole forelagt spørgsmålet, om det faktum at den tredje stat, til hvilken udbyttet er videreudloddet til, har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Til dette spørgsmål svarede EUD, at det i sig selv ikke er nok til at godtgøre at der ikke foreligger retsmisbrug, hvis det ellers er godtgjort, på baggrund af samtlige af sagens andre omstændigheder, at selskabet har foretaget rent kunstige transaktioner, uden økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det formål at drage en uretmæssig fordel af direktivet. Modsat kunne det heller ikke udelukkes, at der ikke er tale om retsmisbrug. Dog under de forhold, at udbyttet ville være fritaget, hvis udbyttet havde været udloddet direkte til selskabet i denne tredjestat, jf. præmis 108 og 110. Til dette spørgsmål må det derfor ud fra EUD's besvarelse, forstås således, at det faktum at der er en dobbeltbeskatningsoverenskomst, med det land hvortil udbyttet er blevet videreudloddet, kun har en betydning for om der foreligger retsmisbrug, såfremt udbyttet ville have været fritaget for beskatning, hvis det var blevet udloddet direkte til denne. Såfremt dette ikke er tilfældet, kan det ikke udelukke at der foreligger retsmisbrug. Afslutningsvist må det ud fra dommen kunne fastslås, at en nægtelse af fritagelse efter direktivet ikke betinget af at der foreligger svig eller misbrug, såfremt den retsmæssige ejer er beliggende i et land uden for EU, og Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med dette land, jf. præmis 111.

3.4. Delkonklusion

Af ovenstående kan det konkluderes, at retsmisbrugsvurderingen, er en vurdering af et sammenfald af dels de objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår om udlodningen stemmer overens med det formål som direktivet forfølger eller om selskabernes rent formelt opfylder betingelserne for benyttelse af direktivet. Dels de subjektive elementer, som består i selskabets hensigt til at udnytte direktivet, ved at skabe det kunstige arrangement i de objektive omstændigheder. Et typisk

retsmisbrug eksempel er gennemstrømningsselskaber uden økonomisk begrundelse. Derudover må det af ovenstående konkluderes, at det bevirker retsmisbrugsvurderingen om den retsmæssige ejer af udbyttet er et land hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatnings overenskomst, det kan dog hverken udelukke at der foreligger retsmisbrug eller udelukke at der ikke gør, men det er en faktor i den fulde vurdering.

Kapitel 4. Dobbeltbeskatningsoverenskomster

I kapitel 2 blev det beskrevet, hvordan der er en sammenhæng mellem de interne danske regler om begrænset skattepligt og dobbeltbeskatningsoverenskomster. Sammenhængen består deri, at der ved udbetaling af udbytte som udgangspunkt vil opstå en skattepligt, men at udbytte kan modtages skattefrit, hvis den danske beskatning skal nedsættes eller bortfalde efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Formålet med dette kapitel er at analysere og beskrive, hvornår den danske beskatning skal nedsættes eller bortfalde efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Indledningsvist vil der i afsnit 4.1. blive givet en kort introduktion til dobbeltbeskatningsoverenskomster, herunder hvem den omfatter og hvornår den finder anvendelse. Herefter vil det i afsnit 4.2. blive beskrevet, hvilken betydning en dobbeltbeskatningsoverenskomst har for den skattemæssige behandling af udbytte. Endeligt vil der i afsnit 4.3. blive foretaget en analyse af, hvordan dobbeltbeskatningsoverenskomster fortolkes, med det formål at kunne beskrive hvilke regler og principper der gælder på det område.

4.1. Introduktion til dobbeltbeskatningsoverenskomster

En dobbeltbeskatningsoverenskomst er en folkeretlig aftale mellem to eller flere stater, der regulerer fordelingen af beskatningsretten, når flere stater har adgang til at beskatte den samme indkomst. Dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder ikke selvstændig hjemmel til beskatning, og bliver derfor først og fremmest relevant, når begge de kontraherende stater efter intern ret har adgang til at beskatte indkomsten.³² Når et udenlandsk moderselskab modtager udbytte fra et dansk datterselskab, risikerer det udenlandske moderselskab at blive dobbeltbeskattet, da moderselskabet typisk vil være fuld skattepligtig af sin globalindkomst i det land, hvor det er hjemmehørende, samtidig med, at Danmark også vil beskatte det pågældende udbytte med hjemmel i selskabsskattelovens regler om begrænset skattepligt. Formålet med en dobbeltbeskatningsoverenskomst er at forhindre sådanne tilfælde af dobbeltbeskatning ved at beskatningsretten til udbyttet fordeles landene imellem.³³ De danske dobbeltbeskatningsoverenskomster udarbejdes efter OECD's modeloverenskomst, og der tages derfor i det følgende udgangspunkt heri. Overenskomsten finder anvendelse, når en person er hjemmehørende i en eller begge af de kontraherende stater, jf. art. 1. Udtrykket person omfatter selskaber, jf. art. 3, stk. 1, litra a. En person anses for hjemmehørende i en stat, når personen er

³² (Bolander, Madsen, Nørgaard Laursen, & Langhave Inge, 2023, s. 1190 ff.)

³³ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 85)

skattepligtig i denne stat på grund af bl.a. hjemsted, jf. art. 4, stk. 1. Et udenlandsk moderselskab, der er skattepligtig på grund af hjemsted, vil altså være omfattet af overenskomsten. Herefter består opgaven i, at beskatningsretten til udbyttet skal fordeles mellem domicillandet, som er det land, hvor moderselskabet er hjemmehørende, og kildelandet, som i dette tilfælde vil være Danmark. OECD's modeloverenskomst bygger på et princip om domicillandsbeskatning, hvilket betyder, at domicillandet som udgangspunkt er tillagt den fulde beskatningsret, medmindre andet følger af fordelingsbestemmelserne, jf. art. 21. Fordelingsbestemmelserne er oplistet i art. 6-20, der hver omhandler specifikke indkomsttyper og hvordan beskatningsretten til disse indkomsttyper skal fordeles mellem hhv. domicillandet og kildelandet.³⁴ Særligt relevant for emnet i dette speciale er art. 10 om beskatningsretten til udbytte. Betydningen af denne bestemmelse behandles nedenfor.

4.2. Fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster

Det er ovenfor beskrevet, hvordan beskatningsretten fordeles efter modeloverenskomstens art. 10, herunder at der er krav om, at udbyttemodtageren er retmæssig ejer. I tilfælde af, at der opstår en tvist om forståelsen af art. 10 og dens nærmere indhold, bliver spørgsmålet, hvordan den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst og bestemmelserne deri skal fortolkes.

Indledningsvist er det vigtigt at have for øje, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten har virkning på både mellemstatsligt niveau og mellem stat og borger. De involverede stater pålægges efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten en forpligtelse til ikke at gennemføre en beskatning, der vil være i strid med de bestemmelser, der fremgår af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Hvis overenskomsten ved lov er blevet en del af intern ret, vil overenskomsten også skabe rettigheder og forpligtelser mellem staten og de enkelte borgere. Ved fortolkningsspørgsmål i mellemstatslige konflikter, må det være klart, at staterne skal anvende folkeretlige fortolkningsprincipper. I konflikter mellem stat og borger, må det samme dog imidlertid gælde, da borgeren kan støtte ret på den mellemstatslige aftale.³⁵

Når dobbeltbeskatningsoverenskomster fortolkes, bliver der i vidt omfang lagt vægt på de samme elementer som tillægges vægt ved fortolkning af nationale love, herunder formålet, ordlyden, praksis

³⁴ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 88)

³⁵ (Winther-Sørensen, et al., 2013, s. 39)

o. lign. Det betyder dog ikke, at man ukritisk kan anvende de samme fortolkningsregler og -principper som gælder for interne nationale lovregler ved fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster.³⁶

Når der skal foretages en fortolkning af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det indledningsvist vigtigt at være opmærksom på, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst er en folkeretlig aftale, hvilket har den konsekvens, at fortolkningen skal ske ved at anvende de fortolkningsprincipper der gælder inden for folkeretten, herunder fortolkningsreglerne i Wienerkonventionen om traktatretten.³⁷

4.2.1. Wienerkonventionen om traktatretten

De af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster er folkeretlige traktater, hvorfor de skal behandles således ved tvivl om fortolkning. Hertil har Danmark tiltrådt Wienerkonventionen af 1969 om fortolkning af traktater. Principperne om fortolkning af traktater er fastlagt i art. 31-33. De tre artikler indeholder hver især forskellige regler og principper om fortolkningen og bør derfor behandles hver for sig. Artikel 31 er den almindelige regel om fortolkning, artikel 32 er den supplerende regel om fortolkning og sidst er artikel 33 reglen om fortolkning af traktater, der er bekræftede på to eller flere sprog.

Konventionens artikel 31, stk. 1 indeholder en generel fortolkningsregel, som tillægger ordlydsfortolkning af traktater en særlig vægt. Af bestemmelsen fremgår det, at: *"En traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål."* Selvom en ordlydsfortolkning tillægges en særlig vægt, fremgår det dog af bestemmelsen, at en ren ordlydsfortolkning ikke vil være i overensstemmelse med art. 31, stk. 1. Grunden til dette er, som det ses i citatet, at der også skal tages hensyn til sammenhængen og traktatens hensigt og formål. Når en traktat fortolkes, bliver det endvidere i artikel 31, stk. 2 anført, at der foruden traktatens ordlyd, også skal lægges vægt på betydningen af traktatens præambel og bilag. Traktater skal altså forstås som en helhed, i sammenhæng med bilag og præambel. Hvad angår artikel 31, stk. 3, angives endvidere, at der foruden ovenstående skal tages hensyn til evt. efterarbejder, herunder efterfølgende aftaler og praksis.

Konventionens artikel 32 giver mulighed for at anvende sekundære fortolkningsbidrag, som f.eks. forarbejder og omstændighederne ved traktatens indgåelse. Det kan dog kun ske under den forudsætning, at fortolkning efter artikel 31 efterlader et resultat, som er uklart eller fører til et resultat,

³⁶ (Winther-Sørensen, et al., 2013, s. 39)

³⁷ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 25)

som er åbenbart meningsløst eller urimeligt. Ved fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster er denne fortolkningsregel dog af mindre praktisk betydning. Dette hænger sammen med den måde hvorpå dobbeltbeskatningsoverenskomster forhandles og indgås, da de ikke – som tilfældet er ved den almindelige lovtilblivelsesproces – forhandles i folketinget og i udvalg, hvilket medfører, at der sjældent vil være adgang til relevante oplysninger omkring overenskomstens tilblivelse, og af den grund en mangel på oplysninger der kan anvendes som supplerende fortolkningsbidrag.³⁸

Endeligt fremgår det af konventionens artikel 33, at i de tilfælde hvor en traktat er bekræftet på flere sprog, vil traktaten som udgangspunkt have den samme gyldighed på hvert af disse sprog, medmindre det er aftalt, at en af de sproglige versioner skal have forrang for de andre. Af art. 33 fremgår endvidere, at udtrykkene der er anvendt i den pågældende traktat, forudsættes at have den samme betydning i hver bekræftet udgave. Hvis dette resulterer i, at der findes at være en diskrepans i betydningen af et udtryk, må dette løses ved at undersøge, om forskellen kan ophæves ved at anvende fortolkningsreglerne i art. 31 og 32. Hvis dette ikke er muligt, følger det af art. 33, at den betydning, som bedst forener de forskellige sproglige udgaver, under hensyntagen til traktatens hensigt og formål, skal lægges til grund.

4.2.2. Art. 3, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst

Ved fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster er det som tidligere nævnt vigtigt at have de generelle principper for fortolkning af traktater for øje. Derudover indeholder OECD's modeloverenskomst også selv en fortolkningsregel i art. 3, stk. 2, som henviser til fortolkning efter intern ret af tilsvarende udtryk. Det følger af art. 3, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst, at i tilfælde hvor et begreb ikke er defineret i overenskomsten, må det undersøges om begrebet kan defineres ud fra den sammenhæng hvori begrebet optræder. Hvis dette ikke er muligt, følger det af bestemmelsen, at begrebet bør søges defineret efter intern ret.

Netop denne bestemmelse har været genstand for diskussion i den internationale skatteretlige teori, da det kan være vanskeligt at fastslå, hvornår man har opbrugt mulighederne for at fortolke noget ud fra den sammenhæng, hvori begrebet optræder.

Det fremgår af pkt. 12 i kommentarerne til art. 3, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst, at *"Stk. 2 angiver imidlertid nærmere, at hvis et udtryk ikke er defineret, så finder den betydning, som udtrykket har i national lovgivning, kun anvendelse, hvis der i sammenhængen ikke kræves en anden*

³⁸ (Michelsen, Nørgaard Laursen, & Svendgaard Dalgas, 2017, s. 78)

betydning.”. Dette giver en nærmere præcisering af, hvordan man skal fortolke modeloverenskomsten, men giver stadig anledning til tvivl, da det kan forstås på to forskellige måder. For det første kan det forstås således, at man skal fortolke bestemmelser i overenskomsten efter intern ret, medmindre det fremgår klart af sammenhængen, at man bør fravige dette.³⁹ Denne forståelse ses f.eks. anvendt i common law-lande, der typisk vil fortolke overenskomsterne efter intern ret, medmindre det fremgår klart af sammenhængen, at dette bør fraviges.⁴⁰ For det andet kan det modsat forstås således, at man så vidt muligt skal fortolke modeloverenskomsten uden at inddrage intern ret, medmindre dette ikke er muligt.⁴¹ Denne forståelse er bl.a. fremherskende i Tyskland, der ved fortolkning af overenskomsterne anvender en fremgangsmåde der består af tre trin, hvor de første to forsøges anvendt, før der som det tredje fortolkes efter intern ret. Det første trin der undersøges er, om begrebet er defineret i overenskomsten. Er dette ikke tilfældet, undersøges i det næste trin, om begrebets indhold kan fastlægges ved at hense til den sammenhæng hvori begrebet optræder i overenskomsten. Kun i det tilfælde, hvor der ikke kan findes en løsning ved at anvende første og andet trin, fortolkes begrebet efter intern ret.⁴²

Når der skal fortolkes autonomt uden inddragelse af intern ret, rejser det spørgsmålet om, hvilke kilder der herefter kan anvendes ved fortolkningen. OECD's modeloverenskomst og de tilhørende kommentarer syntes her at kunne udgøre et relevant fortolkningsbidrag, og det undersøges derfor, hvordan denne anvendes ved fortolkningen af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster og hvilken vægt det lægges på den som kilde til fortolkning.

4.2.3. OECD's modeloverenskomst med dertilhørende kommentarer

Hvis der på baggrund af de forhold der er beskrevet ovenfor skal fortolkes autonomt uden inddragelse af intern ret, rejser det spørgsmålet om, hvilke kilder der herefter kan anvendes ved fortolkningen. OECD's modeloverenskomst og de tilhørende kommentarer syntes her at kunne udgøre et relevant fortolkningsbidrag, og det undersøges derfor, hvordan denne anvendes ved fortolkningen af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster og hvilken vægt det lægges på den som kilde til fortolkning.

³⁹ (Winther-Sørensen, et al., 2013, s. 56)

⁴⁰ (Michelsen, Nørgaard Laursen, & Svendgaard Dalgas, 2017, s. 88)

⁴¹ (Winther-Sørensen, et al., 2013, s. 56)

⁴² (Michelsen, Nørgaard Laursen, & Svendgaard Dalgas, 2017, s. 87 f.)

Når Danmark indgår dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre lande, vil forhandlingen af den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst tage udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst.⁴³ De af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, vil derfor i høj grad følge strukturen og indholdet af OECD's modeloverenskomst. OECD's modeloverenskomst er endvidere ledsaget af et sæt kommentarer, der indeholder uddybninger og anbefalinger til de enkelte artikler.

Da de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster er udarbejdet med udgangspunkt i OECD's modeloverenskomst, vil denne modeloverenskomst og de dertilhørende kommentarer kunne udgøre et vigtigt fortolkningsbidrag, hvis der i en konkret tvist skulle opstå fortolkningstvivel. Det skal dog bemærkes, at det er den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst der er bindende, hvorimod hverken OECD's modeloverenskomst eller kommentarerne dertil, er folkeretligt bindende eller vedtaget ved lov i Danmark, hvilket medfører, at der ikke kan støttes direkte ret på dem.⁴⁴ I praksis har det dog længe været anerkendt, at både OECD's modeloverenskomst og de tilhørende kommentarer anvendes ved fortolkningen af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. bl.a. TfS 1993, 7 H: Dommen omhandlede et selskab der var hjemmehørende i USA og havde en filial i Danmark, og spørgsmålet var overordnet, om filialen kunne fradrage renteudgifter ved beregningen af dets skattepligtige indkomst. Højesterets flertal udtalte i sine bemærkninger, at: *"Det må lægges til grund, at det i dansk og international skattepraksis - på baggrund af OECD's modeloverenskomster med de foran citerede kommentarer - har været fast antaget, at renter af lån mellem et hovedkontor og dets udenlandske filial ikke kan fradrages ved beregningen af filialens skattepligtige fortjeneste."* Som det ses, tillægger Højesteret både OECD's modeloverenskomster og kommentarerne dertil betydning, det til trods for, at den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst i sagen var indgået i 1948, altså før OECD udkom med den første modeloverenskomst i 1963. Endvidere anvendte Højesteret OECD's modeloverenskomst med kommentarer fra 1992 ved fortolkningen af den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1948, og anvendte dermed en dynamisk fortolkningsstil. Dommen illustrerer, at OECD's modeloverenskomst og de tilhørende kommentarer anvendes af domstolene ved fortolkning af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster, og at de tillægges en ikke ubetydelig retskildeværdi.

Når det anerkendes, at OECD's modeloverenskomst og de tilhørende kommentarer tillægges betydning ved fortolkning af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster, opstår imidlertid

⁴³ (Bolander, Madsen, Nørgaard Laursen, & Langhave Inge, 2023, s. 1208)

⁴⁴ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 25)

spørgsmålet om, hvorvidt fortolkningen skal ske ved anvendelse af den modeloverenskomst og de kommentarer, der var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller om også senere modeloverenskomster og kommentarer kan tillægges betydning – altså spørgsmålet om, hvorvidt der skal foretages en statisk eller dynamisk fortolkning.⁴⁵ I den ovenfor omtalte højesteretsdom, TfS 1993, 7 H, anvendte Højesteret OECD's modeloverenskomst med kommentarer fra 1992 som fortolkningsbidrag, til trods for, at den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst var indgået i 1948, altså før OECD var fremkommet med deres første modeloverenskomst. Højesteret anvendte altså i dette konkrete tilfælde en dynamisk fortolkningsstil. Der synes dog i litteraturen at være tilslutning til, at der ikke som udgangspunkt kan anvendes en dynamisk fortolkningsstil, men at der derimod skal tages udgangspunkt i den modeloverenskomst og de kommentarer, der var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomsts, hvorefter senere modeloverenskomster og kommentarer kan inddrages, hvis de er udtryk for præciseringer i forhold til den tidligere modeloverenskomst og tidligere kommentarer. Senere modeloverenskomster og kommentarer kan derimod ikke anvendes, hvis der er tale om ændringer, der medfører materielle ændringer i den pågældende bestemmelse.⁴⁶

4.3. Dobbeltbeskatningsoverenskomsters betydning for udbyttebeskatning

Fordelingsbestemmelserne i OECD's modeloverenskomst omhandler forskellige indkomsttyper og er udarbejdet på den måde, at kildelandet under nogle nærmere angivne betingelser, kan tillægges beskatningsretten til indkomst der udspringer fra kildelandet. Fordelingsbestemmelserne er derfor en undtagelse til princippet om domicillandsbeskatning.⁴⁷ Art. 10 i OECD's modeloverenskomst omhandler fordeling af beskatningsretten til udbytte. Udgangspunktet i denne bestemmelse er, at det er domicillandet for udbyttedtageren, der er tillagt beskatningsretten, jf. art. 10, stk. 1. Det følger imidlertid af art. 10, stk. 2, at domicillandet for det udloddende selskab også kan beskatte udbyttet, men at denne beskatningsret er begrænset til hhv. 5 og 15 % afhængig af ejerandel og ejertid, forudsat at udbyttedtageren er retmæssig ejer.

Når et dansk datterselskab udlodder udbytte til sit udenlandske moderselskab, der er beliggende i et land med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, bliver resultatet altså, at både Danmark og det andet land, har ret til at beskatte udbyttet. Hvis moderselskabet er retmæssig

⁴⁵ (Winther-Sørensen, et al., 2013, s. 51)

⁴⁶ (Winther-Sørensen, et al., 2013, s. 51 f.)

⁴⁷ (Schmidt, Tell, & Weber, 2020, s. 90)

ejer af udbyttet, har Danmark dog kun ret til at beskatte enten 5 eller 15 % af udbyttet, hvilket har den konsekvens, at den danske beskatning nedsættes. Hvis den danske beskatning nedsættes som følge af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, følger det af SEL § 2, stk. 1, litra c, at moderselskabet ikke er begrænset skattepligtig af udbyttet. Hvorvidt udbyttet i denne situation er skattepligtigt, afhænger derfor først og fremmest af, om moderselskabet efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten er retmæssig ejer af udbyttet, da Danmark ellers ikke er forpligtet til at nedsætte beskatningen, hvilket medfører, at skattepligten for udbyttet består.

4.4. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at dobbeltbeskatningsoverenskomster

Endvidere kan det foreløbigt konkluderes, at fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster skal gøres i overensstemmelse med wienerkonventionen i. Når det nærmere indhold af art. 10 og særligt kravet om beneficial owner skal vurderes, sker dette altså ved at fortolke den sammenhængen som begrebet optræder i overenskomsten.

Hvad angår modeloverenskomsten med kommentarer, kan det foreløbigt konkluderes, at disse kan anvendes som fortolkningsbidrag, når man i en fortolkning af begrebet beneficial owner vurderer, hvorledes begrebet optræder i overenskomsten.

I kapitel 5 vil der blive foretaget en grundig analyse af, hvordan domstolene i praksis har fortolket konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomsters bestemmelse om udbytte og kravet om beneficial owner, og hvilke momenter der er indgået i denne vurdering.

Kapitel 5. Beneficial Owner

5.1. Introduktion til beneficial owner-begrebet

Art. 10 i OECD's modeloverenskomst anvender begrebet retmæssig ejer. Bestemmelsen indeholder dog ikke nærmere vejledning om, hvornår udbyttemodtageren anses for at være retmæssig ejer. Der findes desuden ikke en definition af begrebet i definitionsbestemmelserne i art. 3-5. Det er herefter relevant at forsøge at finde begrebets nærmere indhold, i kommentarerne til modeloverenskomsten og i praksis.

5.2. Beneficial owner i OECD's modeloverenskomst

Art. 10 i OECD's modeloverenskomst anvender begrebet retmæssig ejer. Bestemmelsen indeholder dog ikke nærmere vejledning om, hvornår udbyttemodtageren anses for at være retmæssig ejer. Der findes desuden ikke en definition af begrebet i definitionsbestemmelserne i art. 3-5.

5.3. Fortolkning af beneficial owner-kravet i art. 10

Da der i midten af 00'erne kom fokus på beneficial owner, i forbindelse med, at der begyndte at blive rejst sager herom, var der i den skatteretlige litteratur usikkerhed om, hvordan domstolene ville fortolke begrebet retmæssig ejer (beneficial owner) i de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, herunder især, hvorvidt man ville fortolke begrebet autonomt eller ved at inddrage intern dansk ret.⁴⁸

5.3.1. Autonom eller internretlig fortolkning

Begrebet beneficial owner er ikke defineret i OECD's modeloverenskomst eller i de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Endvidere vil en ren ordlydsfortolkning af bestemmelsen ikke bidrage til en nærmere forståelse af, hvad begrebet dækker over. Som anført ovenfor i kapitel 4, skal begrebet i dette tilfælde, medmindre andet følger af sammenhængen, tillægges den betydning, som det har i intern dansk skatteret, jf. art. 3, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst.

For det tilfælde at det vurderes, at andet ikke følger af sammenhængen, og der derfor ikke anvendes en autonom fortolkningsstil, eller i tilfælde af, at autonom fortolkning ikke giver et tilstrækkeligt svar på begrebets indhold, skal begrebet tillægges den betydning det har i intern dansk skatteret.

⁴⁸ Jf. f.eks. ⁴⁸ SR.2007.395 Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del.

Problemet er imidlertid, at der ikke i dansk skatteret – endsige dansk ret generelt – findes et begreb, der er tilsvarende begrebet beneficial owner. Det har i den forbindelse været diskuteret, om domstolene i dette tilfælde ville fortolke begrebet beneficial owner i overensstemmelse med det i dansk skatteret anvendte begreb rette indkomstmodtager.

Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen har i SR.2007.395⁴⁹ undersøgt, hvem der er beneficial owner (retmæssig ejer) ved international koncernfinansiering. Artiklen behandler primært renter, og ikke udbytte, men de problemstillinger der behandles ift. fortolkningen af begrebet beneficial owner, må antages at være sammenlignelige med dem, der gælder for udbytte og royalties. Forfatterne konstaterer i artiklen, at danske domstole i nogle tilfælde, hvor et begreb fra en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke er defineret i intern dansk ret, alligevel har anvendt intern ret, og i den forbindelse blot har anvendt lignende begreber ved fortolkningen. Forfatterne henviser her til dommene TfS 1994.184 H og TfS 2003.222 H, der begge handlede om fortolkning af begreber, der ikke var defineret i overenskomsten, og om hvorvidt fortolkningen heraf skulle inddrage intern ret. Det kan ud fra dommene konstateres, at højesteret på daværende tidspunkt ikke anvendte en udelukkende autonom fortolkning, og dermed tillagde en fortolkning ud fra intern ret betydning. På denne baggrund antager forfatterne, at domstolene ved fortolkning af beneficial owner, i en vis udstrækning vil være tilbøjelig til også at anvende intern dansk ret, når det nærmere indhold af begrebet beneficial owner skal fastlægges. Da begrebet beneficial owner ikke findes i dansk ret, antager forfatterne, at domstolene formentlig vil anvende begrebet rette indkomstmodtager, således at den, der efter dansk ret vil blive anset for at være rette indkomstmodtager også vil blive anset for at være beneficial owner (retmæssig ejer) efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Samme synspunkt som i ovenstående artikel blev også fremført i SKM2012.121.ØLR. Sagen handlede om, hvorvidt et holdingselskab i Luxembourg var beneficial owner af et udbytte modtaget fra et dansk datterselskab. Ved landsskatteretten argumenterede selskabet for, at hvis fortolkningen af beneficial owner skulle ske ved at inddrage intern dansk skatteret, måtte det formodes, at domstolene ville anvende princippet om rette indkomstmodtager, da begrebet beneficial owner ikke er anvendt i dansk skatteret. Til støtte for sin argumentation, henviste selskabet bl.a. til artiklen ovenfor. Det fremgår ikke eksplicit af landsskatterettens begrundelse, hvilken fortolkningsstil der er anvendt, men ved vurderingen inddrages OECD's modeloverenskomst og de tilhørende kommentarer, hvormed landsskatteretten anvendte en autonom fortolkningsstil uden inddragelse af intern ret. Sagen blev

⁴⁹ SR.2007.395 Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering – 1. del.

indbragt for domstolene, hvor Østre Landsret i sin begrundelse bidrog yderligere til, hvorledes beneficial owner skulle fortolkes. Landsretten udtalte således, at: *"Begrebet "beneficial owner" ("retmæssig ejer") har været anvendt i OECDs modeloverenskomster siden 1977 og er ikke et i øvrigt kendt begreb i dansk ret. I OECD modeloverenskomsten fra 1977, som ligger til grund for dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg fra 1980, og i modeloverenskomsten fra 2003 er "retmæssig ejer" ikke nærmere defineret. Der er imidlertid i kommentarerne til overenskomsterne givet visse retningslinjer om forståelsen af begrebet. Henset hertil og til, at formålet med OECD modeloverenskomsterne tilsiger, at der bør tilstræbes en ensartet retsanvendelse af OECD modeloverenskomsterne, finder landsretten, at kravet om, at modtageren er retmæssig ejer, så vidt muligt må fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, der er kommet til udtryk i blandt andet kommentarerne til modeloverenskomsten (...)"*. Det må herefter være klart, at det, i hvert fald ved fortolkningen af beneficial owner, er det klare udgangspunkt, at der skal anvendes en autonom fortolkningsstil uden inddragelse af intern ret. Landsretten udtalte endvidere, at senere kommentarer kan anvendes ved fortolkningen, hvis de er udtryk for præciseringer og ikke ændringer, og landsretten fandt i den forbindelse, at de ændringer der skete i 2003-kommentarerne, var udtryk for præciseringer. Med landsrettens afgørelse i denne sag, syntes der derfor at være tilvejebragt en nærmere klarhed over den tvivl der har været om, hvorvidt domstolene ville fortolke begrebet beneficial owner autonomt eller ved inddragelse af intern dansk ret. Også spørgsmålet om, hvorvidt domstolene, hvis de besluttede at fortolke efter intern ret, ville sidestille beneficial owner med rette indkomstmodtager, må efter denne dom være mindre praktisk relevant, herved også på baggrund af landsrettens udtalelse om, at beneficial owner ikke er et i øvrigt kendt begreb i dansk ret. Der kan dog argumenteres for, at spørgsmålet stadig vil være relevant i sjældne tilfælde, eftersom landsretten udtaler, at kravet om beneficial owner " (...) så vidt muligt må fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, der er kommet til udtryk i blandt andet kommentarerne til modeloverenskomsten (...)" (egen understregning). Denne formulering må forstås således, at det ikke gælder ubetinget, at der ved fortolkning af beneficial owner skal anvendes en autonom fortolkningsstil. Hvis der er tale om et tilfælde, hvor det således ikke er muligt at anvende en autonom fortolkningsstil, må fortolkningen ske ved inddragelse af intern ret.

Spørgsmålet må nu endelig antages at være afgjort af Højesteret i U.2023.1575H (NetApp/TDC), der bl.a. også handlede om fortolkningen af begrebet beneficial owner i dobbeltbeskatningsoverenskomster. Højesteret udtaler i sin begrundelse: *"Udtrykket "retmæssig ejer" er ikke defineret i overenskomsterne. Da udtrykket afgrænser de kontraherende staters*

indbyrdes beskatningskompetence, finder Højesteret, at det følger af sammenhængen, at betydningen ikke kan bero på de kontraherende staters respektive lovgivning.” Med denne udtalelse fra Højesteret må det lægges til grund, at spørgsmålet om, hvorvidt der ved fortolkningen af begrebet beneficial owner skal anvendes en autonom fortolkningsstil eller ved inddragelse af intern ret, er endelig afklaret til fordel for den autonome fortolkningsstil.

5.3.2. 2003-kommentarerne (ændring/præcisering?)

Når det på baggrund af ovenstående må konstateres, at beneficial owner skal fortolkes bl.a. med inddragelse af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, rejser det spørgsmålet om, hvilke kommentarer der skal inddrages ved fortolkningen. Som det blev beskrevet i kapitel 4 ovenfor, vil der typisk blive taget udgangspunkt i de kommentarer, der var gældende på tidspunktet, hvor den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst blev indgået, dog således, at efterfølgende kommentarer kan inddrages, i det omfang de er udtryk for præciseringer og ikke ændringer.

Denne fremgangsmåde blev tiltrådt af Østre Landsret i SKM2012.121.ØLR, der tillige er behandlet ovenfor, og hvor der i relation til fortolkningen af beneficial owner blev anvendt en autonom fortolkningsstil med inddragelse af OECD's modeloverenskomst og kommentarer. Landsretten udtalte her, at: *”I den forbindelse kan de efterfølgende kommentarer fra 2003 tillægges betydning ved fortolkningen af begrebet, forudsat de nye kommentarer ikke i realiteten indebærer en ændret forståelse af artikel 10, stk. 2, set i forhold til de oprindelige kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977.”* Den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst i sagen var indgået i 1980 og baseret på OECD's modeloverenskomst fra 1977. Som det ses, tiltræder landsretten det synspunkt, at kommentarer der er blevet til på et senere tidspunkt, kan inddrages ved fortolkningen, forudsat at de senere kommentarer blot er udtryk for præciseringer i forhold til de tidligere, og så længe de efterfølgende kommentarer ikke medfører, at der sker en materiel ændring af den bestemmelse de vedrører. Landsretten fandt i den konkrete sag, at kommentarerne fra 2003 var udtryk for præciseringer, og derfor kunne anvendes som fortolkningsbidrag.

At 2003-kommentarerne er udtryk for præciseringer i forhold til 1977-kommentarerne er også blevet tiltrådt af Højesteret. I U.2023.1575H (NetApp/TDC), der også omhandlede fortolkning af begrebet beneficial owner i bestemmelsen om udbytte i dobbeltbeskatningsoverenskomster, udtalte Højesteret i sin begrundelse, at: *”Højesteret tiltræder, at udtrykket ”retmæssig ejer” må forstås i lyset af OECD-modeloverenskomsten, herunder OECD's kommentarer fra 1977 om imødegåelse af misbrug. (...) I de reviderede kommentarer fra 2003 er dette uddybet og præciseret, (...)”*. Som det ses, tiltrædes det

altså også af Højesteret, at der tages udgangspunkt i den modeloverenskomst med kommentarer, der var gældende på tidspunktet hvor den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst er indgået, hvorefter senere kommentarer kan anvendes, hvis de er udtryk for præciseringer. Endvidere må det med dommen også kunne siges at være fastslået af Højesteret, at de ændringer der i fremkom i 2003-kommentarerne er udtryk for præciseringer og derfor kan anvendes ved fortolkning at begrebet beneficial owner i bestemmelsen om udbytte. Højesteret udtaler ikke eksplicit, at 2003-kommentarerne er udtryk for præciseringer og ikke ændringer, men i og med at det udtales, at udtrykket i 1977-kommentarerne er blevet uddybet og præciseret i de kommentarer, der fremkom i 2003, må dette fortolkes således, at de også ifølge Højesteret er udtryk for præciseringer.

5.4. Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst om beneficial owner

Da det på baggrund af den ovenstående analyse omkring fortolkningen af beneficial owner-begrebet i art. 10 i OECD's modeloverenskomst kan fastslås, at denne fortolkning ikke foretages ved inddragelse af intern ret, men at begrebet skal fortolkes autonomt med inddragelse af kommentarerne i OECD's modeloverenskomst, er der herefter relevant at undersøge, hvilke fortolkningsbidrag disse kommentarer indeholder.

Af pkt. 12.1 i kommentarerne til modeloverenskomstens art. 10 fremgår, at udtrykket »retmæssig ejer« ikke er anvendt i en snæver teknisk forstand, men skal forstås i sin kontekst og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteomgåelse.

Af pkt. 12.2 fremgår, at det ikke vil være i overensstemmelse med overenskomstens hensigt og formål, hvis kildestatens beskatningsret begrænses, blot fordi udbyttet udbetales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, hvis personen blot optræder som repræsentant eller stedfortræder.

Det fremgår af pkt. 12.3 i kommentarerne til art. 10 i OECD's modeloverenskomst, at det ikke vil være i overensstemmelse med overenskomstens hensigt og formål, hvis kildelandets beskatningsret begrænses, ”når en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som repræsentant eller stedfortræder blot fungerer som ”gennemstrømningsenhed” (”conduit”) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. (...)”. I samme kommentar henvises der til en rapport udarbejdet af OECD's Committee on Fiscal Affairs, hvori det konkluderes, ”at et ”gennemstrømningsselskab” normalt ikke kan anses for at være 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 bemyndiget eller administrator, der handler på vegne af andre parter.”.

Af pkt. 12.4 i kommentarerne til art. 10 til OECD’s modeloverenskomst, fremgår, at den direkte udbyttemodtager i de ovennævnte nævnte eksempler, ikke er den retmæssige ejer (beneficial owner), fordi den direkte udbyttemodtagers ret til at bruge og nyde udbyttet er begrænset af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle udbyttet til en anden person. Af kommentaren fremgår, at denne forpligtelse både kan fremgå af relevante dokumenter, men også, at den kan fremgå af de faktiske omstændigheder, hvis de viser, at den direkte udbyttemodtager i realiteten ikke har ret til at bruge eller nyde det modtagne udbytte.

Af ovenstående kommentarer kan det sammenfattende udledes, at den direkte udbyttemodtager, ikke er den retmæssige ejer (beneficial owner), hvis denne er kontraktuelt eller juridisk forpligtet til at føre udbyttet videre til en anden person. For det tilfælde, at det fremgår af en kontrakt, at den direkte udbyttemodtager er forpligtet til at videreoverføre udbyttet, er det ikke vanskeligt at fastslå, at den direkte udbyttemodtager, ikke er »retmæssig ejer«. Anderledes forholder det sig for det tilfælde, hvor en sådan forpligtelse ikke fremgår af en kontrakt eller andre juridiske dokumenter. Hvornår fremgår det f.eks. af de faktiske omstændigheder, at den direkte udbyttemodtager i realiteten ikke har ret til at bruge og nyde udbyttet, og hvad vil det mere specifikt sige, at man har ret til at »bruge« og »nyde« et udbytte. Disse spørgsmål vil blive behandlet i det følgende med inddragelse af dansk retspraksis.

5.5. Beneficial owner-vurderingen

Kommentarerne til art. 10 i OECD’s modeloverenskomst der er beskrevet ovenfor, indeholder i et vist omfang vejledning til, hvilke forhold der kan have betydning ved vurderingen af, om en modtager af udbytte kan anses for beneficial owner. Kommentarerne bidrager derimod ikke væsentligt til, hvordan denne vurdering nærmere foretages.

5.5.1. Transaktionsbaseret vurdering

Ved vurderingen af, om den direkte udbyttemodtager kan anses for retmæssig ejer, foretages en transaktionsbaseret vurdering, forstået på den måde, at vurderingen foretages for hver enkelt udbytteudlodning. Skattestyrelsen har f.eks. i et bindende svar, SKM.2023.279.SR, i forbindelse med deres indstilling og begrundelse, forklaret det således, at: *”Spørgsmålet om retmæssig ejer af udlodning af udbytte er en transaktionsmæssig vurdering, der skal foretages for hver enkelt udbytteudlodning.”.*

5.5.2. Gennemstrømning og beneficial owner

I kommentarerne der kort blev præsenteret ovenfor, og herved særligt pkt. 12.3, fremgår det, at gennemstrømningsselskaber som altovervejende udgangspunkt ikke er retmæssig ejer (beneficial owner). Det er derfor relevant at undersøge, hvornår et udenlandsk moderselskab, der modtager udbytte fra dets danske datterselskab, i relation til beneficial owner-vurderingen, karakteriseres som et gennemstrømningsselskab, og derfor ikke anses som retmæssig ejer (beneficial owner). Konsekvensen af dette vil herefter være, at skatten ikke nedsættes, hvilket har den afledte effekt, at der ikke opnås skattefrihed efter de interne danske regler om begrænset skattepligt.

Indledningsvist kan man spørge, om det er en betingelse, at der sker en faktisk gennemstrømning af det modtagne udbytte til de bagvedliggende ejere. I den forbindelse bemærkes det, at det vel ligger i selve begrebet »gennemstrømningsselskab«, at der skal ske en form for gennemstrømning. En ren ordlydsfortolkning af pkt. 12.3 i kommentarerne til art. 10, må lede til samme resultat – at der skal ske gennemstrømning – da det fremgår, at en anden person, rent faktisk modtager den pågældende indkomst.

At det er en betingelse at der skal ske gennemstrømning, blev fastslået af landsretten i SKM2012.121.ØLR, der omhandlede et dansk datterselskab, der var ejet af et selskab i Luxembourg. Det danske datterselskab havde udbetalt udbytte til moderselskabet i Luxembourg uden at indeholde udbytteskat, da selskabet var af den overbevisning, at det ikke var forpligtet hertil på baggrund af art. 10 i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst – der svarer til art. 10 i OECD's modeloverenskomst – sammenholdt med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Herimod mente SKAT, at selskabet ikke kunne påberåbe sig denne overenskomstmæssige fordel, da SKAT ikke mente, at moderselskabet i Luxembourg var udbyttets retmæssige ejer (beneficial owner). Moderselskabet i Luxembourg var derfor, ifølge SKAT, begrænset skattepligtig af det modtagne udbytte, og SKAT traf derfor afgørelse om, at det danske datterselskab havde været forpligtet til at indeholde udbytteskat i forbindelse med udbetalingen. Afgørelsen blev påklaget til landsskatteretten, der gav selskabet medhold i, at udbyttet ikke var skattepligtigt. Landsskatterettens kendelse blev herefter af Skatteministeriet indbragt for domstolene. Sagen er særligt relevant i relation til spørgsmålet om gennemstrømning, da der i denne konkrete sag ikke skete en gennemstrømning af det udbytte, som moderselskabet i Luxembourg modtog. Udbyttet blev derimod af det Luxembourgiske moderselskab tilbageført til det danske datterselskab som et lån. På baggrund af

kommentarerne til OECD's modeloverenskomst og den ovenfor omtalte rapport⁵⁰, udtaler landsretten, *"at personen eller selskabet i den stat, hvormed dobbeltbeskatningsoverenskomsten er indgået, skal være skudt ind mellem udbetaleren og den egentligt berettigede som et mellemlid, der viderefører den skattefri udbetaling til den kontrollerende person i et tredjeland uden dobbeltbeskatningsoverenskomst."*, og landsretten antager på den baggrund, *"at tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst."* Da det modtagne udbytte var blevet tilbageført til det danske datterselskab som et lån, og da landsretten heller ikke fandt, at udbyttet var bestemt til senere at blive videreoverført til de bagvedliggende ejere, fandt landsretten, at moderselskabet i Luxembourg var retmæssig ejer (beneficial owner) af det pågældende udbytte, og dermed ikke skattepligtig af udbyttet.

På baggrund af ovenstående dom, må det være en betingelse for at kunne kvalificere et moderselskab som et gennemstrømningselskab, der ikke anses for beneficial owner, at der rent faktisk sker en gennemstrømning af det modtagne udbytte til selskaber hjemmehørende i et land uden for EU, med hvem Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller at en sådan gennemstrømning med sikkerhed er bestemt til at ske, jf. SKM2012.121.ØLR. Dommen omhandler et meget konkret – og formodentlig sjældent – tilfælde, nemlig at udbyttet blev tilbageført til det udbytteudbetalende selskab. Ikke desto mindre må det være klart, at det med dommen er fastlagt, at et moderselskab ikke kan frakendes status som retmæssig ejer (beneficial owner) af udbytter modtaget fra dets datterselskab, hvis der ikke sker en faktisk gennemstrømning af udbyttet, eller at udbyttet med sikkerhed er bestemt til at blive videreoverført. Dette understøttes endvidere af Skatteministeriets kommentar til dommen der er offentliggjort i SKM2010.100.SKAT, hvor det fremgår, at *"Skatteministeriet har besluttet ikke at anke dommen vedrørende det danske selskab."*, og at *"Det er Skatteministeriets vurdering, at der er tale om en klar dom, der i væsentlig grad er baseret på et særligt konkret faktisk forhold."*

Det må derfor kunne lægges til grund, at et moderselskab der er hjemmehørende i et EU-land, der med Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, modtager udbytte fra et dansk datterselskab, som det altovervejende udgangspunkt må anerkendes som retmæssig ejer af dette

⁵⁰ I landsrettens præmisser henvises til kommentarerne til art. 10 i OECD's modeloverenskomst og den af OECD Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport sådan som den er omtalt i pkt. 12.3 i kommentarerne til art. 10.

udbytte, hvis udbyttet tilbageføres til det danske datterselskab eller forbliver henstående i moderselskabet.

Det ovenstående tager imidlertid udelukkende sigte på den situation, hvor et udbytte i sin helhed ikke er videreoverført eller bestemt til at blive videreoverført. Den ovenstående landsretsdom bidrager derimod ikke til at skabe klarhed over, hvad retsvirkningen er i den situation, hvor en del af det modtagne udbytte videreoverføres eller er bestemt til at blive videreoverført, mens en andel del enten tilbageføres til det udbytteudbetalende datterselskab, eller blot henstår i moderselskabet.

Herudover resterer spørgsmålet om, hvornår et modtaget udbytte med sikkerhed er bestemt til at blive videreoverført, herunder hvilke momenter der tillægges betydning i denne vurdering.

Endelig resterer også spørgsmålet, om det, at der sker en gennemstrømning, er en nødvendig og tilstrækkelig betingelse for, at moderselskabet frakendes status som retmæssig ejer (beneficial owner) af det modtagne udbytte, eller om der udover selve gennemstrømningen kræves noget mere.

5.6. Momenter i beneficial owner-vurderingen

På baggrund af ovenstående kan det indtil videre lægges til grund, at beneficial owner-vurderingen er en transaktionsbaseret vurdering, der foretages for hver enkelt udbytteudlodning. Det kan herudover lægges til grund, at det som det altovervejende udgangspunkt er et krav, at der sker en gennemstrømning af det modtagne udbytte, for at kunne frakende det direkte moderselskab status som beneficial owner.

Højesterets afsagde i 2023 dom i 3 sager der omhandlede beneficial owner-kravet relation til udbytte. I disse sager var det skatteministeriets påstand, at det selskab, der var den direkte modtager af udbytte udloddet fra danske datterselskaber, var et gennemstrømningsselskab. Skatteministeriet mente derfor ikke, at udbytteskatten skulle nedsættes efter de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, da selskabet, ifølge skatteministeriet, ikke kunne anses for værende udbyttets retmæssige ejer. Det er derfor relevant at foretage en analyse af disse domme fra Højesteret, med henblik på at fastlægge, hvornår et udenlandsk moderselskab anses som et gennemstrømningsselskab, der ikke er retmæssig ejer.

5.6.1. Højesterets domme i beneficial owner-sagerne om udbytte

Præsentation af faktum i beneficial owner-sagerne: U.2023.1575H (NetApp/TDC) og U.2023.4403H (Heavy Transport).

5.6.1.1. NetApp og TDC

NetApp-sagen

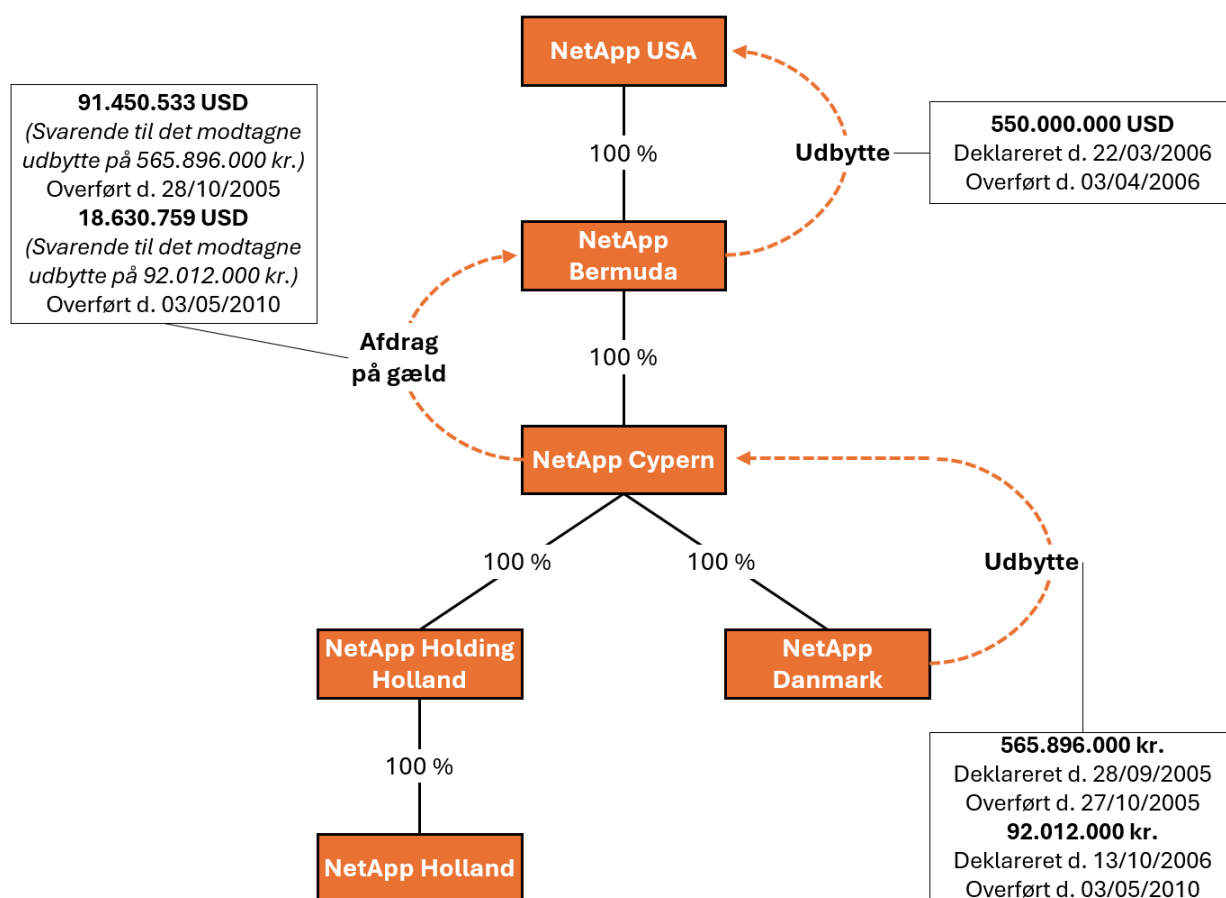
Sagen angår NetApp Denmark ApS (NetApp Denmark), der af en del af en multinational koncern. Koncernen er ultimativt ejet af Network Appliance Inc. (NetApp USA), som er børsnoteret i USA.

NetApp Denmark var indtil 2005 ejet af Network Appliance Global Ltd. på Bermuda (NetApp Bermuda). NetApp Bermuda stiftede den 5. september 2005 et selskab på Cypern, NetApp Holdings Ltd. (NetApp Cypern). Den 16. september 2005 blev NetApp Cypern indskudt mellem NetApp Denmark og NetApp Bermuda. Købesummen var aftalt til 90.000.000 EUR, og betaling skulle ske senest d. 30. april 2006.

NetApp Denmark vedtog d. 28. september 2005 at udlodde et udbytte på 565.896.000 kr. til NetApp Cypern. Udbetalingen fandt sted d. 27. oktober 2005. Den 13. oktober 2006 vedtog NetApp Denmark at udlodde et udbytte på 92.012.000 kr. til NetApp Cypern. Udbetalingen fandt først sted i 2010. Beløbet henstod i mellemtiden i NetApp Denmark som et lån, hvorfra NetApp Cypern oppebar renteindtægter. Da NetApp Cypern modtog udbyttet i 2010, blev det videreoverført til NetApp Bermuda.

NetApp Bermuda overførte den 3. april 2006, 550.000.000 USD til NetApp USA. Baggrunden for overførslen var, at der i USA var vedtaget en lov, der gav amerikanske selskaber mulighed for, i en midlertidig periode, at hjemtage overskud fra deres udenlandske selskaber til en lav skattesats. Beslutningen om at udlodde dette udbytte blev truffet af NetApp USA's bestyrelse den 22. marts 2006. Det blev ved samme lejlighed også besluttet, at NetApp Bermuda i den forbindelse skulle optage et lån på 300.000.000 USD.

Koncernstrukturen og udbytteudlodningerne kan illustreres således:



Sagen drejer sig navnlig om de to udbytteudlodninger fra NetApp Danmark til NetApp Cypern, og hvorvidt de har været skattepligtige for NetApp Cypern, med den konsekvens, at NetApp Danmark har været pligtig at indeholde udbytteskat ifm. udbetalingen, eller om NetApp Cypern har kunne modtage disse udbytter skattefrit, ved at støtte ret på moder/datterselskabsdirektivet eller den dansk cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

TDC-sagen

I TDC-sagen var spørgsmålet, hvad der var den rigtige besvarelse af et bindende svar indgivet af TDC A/S (herefter TDC). Det bindende svar angik om en påtænkt udbytteudlodning fra TDC til sit moderselskab, NTC Holding G.P. & Cie S.C.A. (herefter NTC Holding), var skattefrit.

Spørgsmål 1 var følgende: ”Er udbytte udloddet fra [TDC] til [NTC Holding] skattefrit i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. [i dag § 2, stk. 1, litra c, 9. pkt.], og dermed fritaget for dansk kildeskat?”.

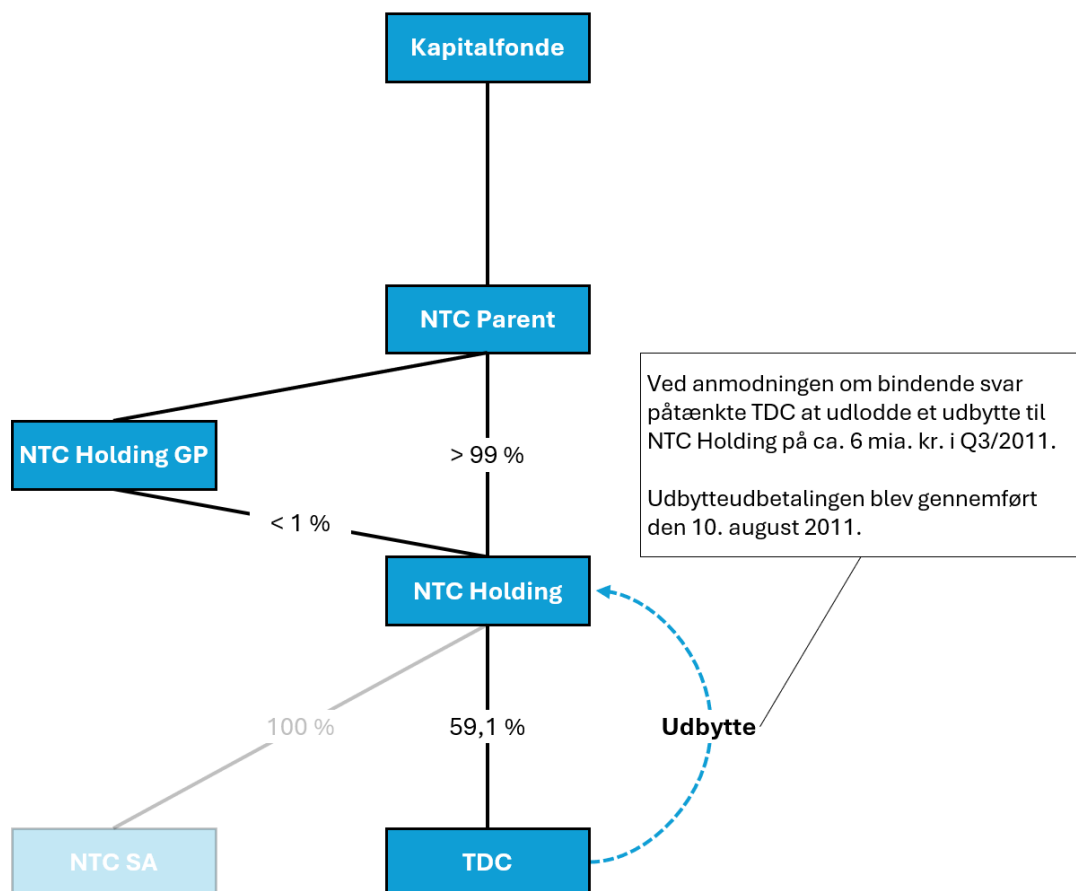
Efter bestemmelsen i spørgsmål 1, er der ikke skattepligt på udbytte, når udbyttedtageren er deltager i et af de moderselskaber, der fremgår af listen over selskaber i art. 2, stk. 1, litra a, i moder-/datterselskabsdirektivet og som efter intern dansk skatteret anses for et transparent selskab.

Spørgsmål 2 var følgende: ”Er udbyttet udloddet fra [TDC] til [NTC Holding] skattefrit i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. [i dag § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt.] og dermed fritaget for dansk kildeskat?”.

Efter bestemmelsen i spørgsmål 2, er der ikke skattepligt på udbytte af datterselskabsaktier, når beskatningen skal frafaldes eller nedsættes efter enten moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

NTC opkøbte i 2010 59,1% af aktierne i TDC. TDC påtænkte at udlodde udbytte til NTC svarende til en samlet udlodning på ca. 6 mia. kr. Der var om de nærmere omstændigheder omkring udlodningen kun begrænset information.

Koncernstrukturen og den påtænkte og senere udførte udbytteudlodning kan illustreres således:



5.6.1.2. Heavy Transport

Sagen angik om det danske selskab Heavy Transport Holding Denmarks ApS (herefter Heavy Transport Danmark) havde pligt til at indeholde skat af et udbytte, på 325 mio. USD (ca. 1,8 mia. kr.), som Heavy Transport Danmark den 23. maj 2007 udloddede til dets luxembourgske moderselskab, Heavy Transport Finance SA (herefter Heavy Transport Luxembourg).

Selskabet Heavy Transport Danmark blev stiftet i 2003 og erhvervede umiddelbart herefter 54,5% af aktiekapitalen i det hollandske selskab, Dockwise Transport NV (herefter Dockwise NV), som var et driftsselskab med virksomhed indenfor offshore mv. Den eneste aktivitet i Heavy Transport Danmark bestod i besiddelse af aktier i det hollandske selskab. Heavy Transport Danmark var ejet af to selskaber i Panama, Heavy Transport Group Inc som ejede 74,17%, og Incomara Holdings SA som ejede 25,83%.

Aktierne i det hollandske driftsselskab blev solgt til tredjemand d. 22. december 2006 for 375 mio. dollars brutto. Salgssummen herfra blev modtaget d. 15. (ifølge skat) eller 17. januar 2007 (ifølge selskabet)

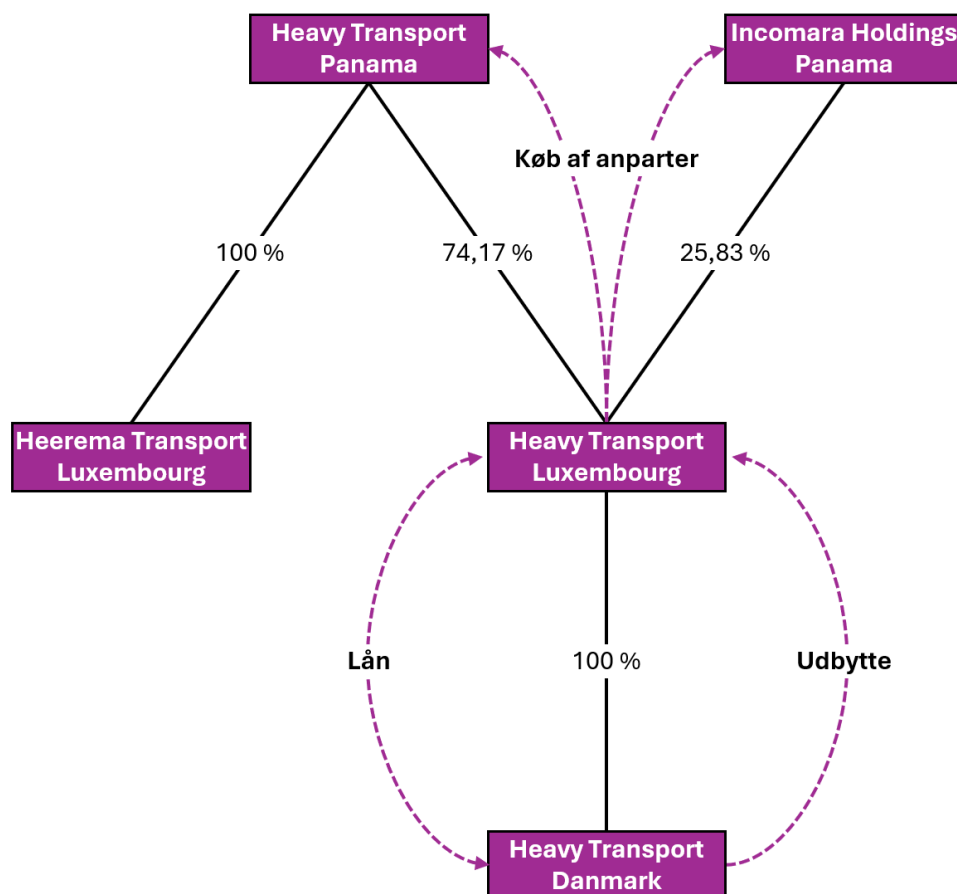
Heavy Transport Luxembourg blev stiftet i 2004, med det formål at varetage finansiering af Heavy Transport Danmark og agere moderselskab for dette. Den 16. januar 2007 blev anparterne i Heavy Transport Danmark solgt til søsterselskabet Heavy Transport Luxembourg for 326 mio. dollars. Herefter var ejerstrukturen således at de to selskaber på Panama ejede selskabet i Luxembourg, som ejede selskabet i Danmark. Selskabets formål blev dermed først opfyldt ved denne overdragelse.

Den 22. januar 2007 blev netto salgssummen på 325 mio. dollars overført fra Heavy Transport Danmark til Heavy Transport Luxembourg som et lån, mellem de to selskaber. To dage efter, altså d. 24. januar, blev summen for salget videreoverført til selskaberne i Panama. Først d. 23. maj 2007 udloddede Heavy Transport Danmark 325 mio. dollars til Heavy Transport Luxembourg, hvilket blev modregnet lånet fra 22. januar.

Ifølge Heavy Transport Luxembourgs årsrapporter fra 2006 og 2007 udgør selskabets aktiver ultimo årene henholdsvis 803.877 og 1.404.906 U.S. dollar. Egenkapitalen udgør henholdsvis 6.245 og - 268.798 U.S. dollar. Midlerne fra udlodningen, sammen med andre midler af Heavy Transport Inc. er ifølge selskabet investeret i nye erhvervsmæssige aktiviteter inden for EU. Selskabet har ikke selv nogen ansatte, da det sammen med fem søsterselskaber i Hererema-gruppen har outsourcet selskabets

administration til et serviceselskab, med 3 ansatte i Luxembourg og 8 ansatte i Holland. Dette selskab varetager de regnskabsmæssige funktioner, mens Heavy Transport Luxembourg selv står for den egentlige ledelse af selskabet.

Koncernstrukturen og transaktionerne kan herefter illustreres således:



5.6.2. Gennemstrømning som et moment i beneficial owner-vurderingen

Som det er beskrevet ovenfor, vil det direkte moderselskab som udgangspunkt blive anset for beneficial owner af udbytte som det modtager fra dets danske datterselskab, medmindre der sker gennemstrømning af udbyttet, eller at udbyttet med sikkerhed er bestemt til at skulle gennemstrømme.

Hvornår et udbytte med sikkerhed er bestemt til at skulle gennemstrømme, er dog ikke fuldstændig klart. I Højesteretsdommene præsenteret lige ovenfor, kan der dog formentlig identificeres momenter, der har haft betydning for, om det direkte moderselskab blev anset for et gennemstrømningselskab, og derfor ikke anerkendt som beneficial owner.

I NetApp-sagen tiltrådte Højesteret, af de af landsretten anførte grunde, at NetApp Cypern i relation til både det 1. og 2. udbytte, måtte anses som et gennemstrømningsselskab og herefter ikke retmæssig ejer efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Af landsrettens præmisser fremgår, at NetApp Cypern fsva. den første udbytteudlodning, måtte anses for et gennemstrømningsselskab, der ikke havde haft en reel ret til at råde over det udbytte, som det modtog fra NetApp Danmark, og at det derfor ikke kunne anses for retmæssig ejer af udbyttet efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landsretten anså ligeledes ikke NetApp Cypern for retmæssig ejer af det andet udbytte, hvilket blev begrundet med den tidsmæssige sammenhæng mellem modtagelsen og videreoverførslen sammenholdt med aktivitetsniveauet i NetApp Cypern.

I TDC-sagen fremgår det af præmisserne for Højesterets resultat, at TDC ikke havde fremlagt oplysninger om, hvad der er sket med udbyttet som lagde til grund for TDC's anmodning om bindende svar, og som senere blev udloddet fra TDC til NTC Holding. På denne baggrund sammenholdt med de af landsretten anførte grunde, tiltrådte Højesteret, at begge spørgsmål skulle besvares med et »Nej«. Og dermed implicit at NTC Holding ikke kunne anses for retmæssig ejer efter den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landsretten havde på grund af mangelfulde oplysninger lagt til grund, at udbyttet som NTC Holding havde modtaget fra TDC var gennemstrømmet til NTC Holdings bagvedliggende ejere, og at NTC Holding ikke havde anden funktion end at fungere som gennemstrømningsselskab.

I Heavy Transport-sagen anerkendte selskabet ved Højesteret, at Heavy Transport Luxembourg var et mellemholdingselskab der blev stiftet til det formål at videreoverføre udbytte fra Heavy Transport Danmark til Heavy Transport Panama og Incomara Panama. Højesteret anså herefter ikke Heavy Transport Luxembourg for retmæssig ejer af det udbytte som det modtog fra Heavy Transport Danmark. Højesteret henviste i øvrigt herefter til U2023.1575H (NetApp/TDC).

På baggrund af de ovenstående begrundelser i U.2023.1575H (NetApp/TDC) og U.2023.4404H, syntes særligt manglende reel ret til at råde over udbyttet, den tidsmæssige sammenhæng mellem udbytteudlodninger og videreoverførsler og det direkte moderselskabs aktivitetsniveau at være forhold af betydning i beneficial owner vurderingen, hvilket undersøges i det følgende.

5.6.3. Ret til at disponere over udbyttet (dispositionsretten)

I TDC-sagen skulle Østre Landsret og Højesteret indledningsvist tage stilling, hvorvidt udbytte fra TDC til NTC Holding kunne udloddes skattefrit efter hhv. den daværende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra c, 5. og/eller 3. pkt. (i dag § 2, stk. 1, litra c, 9. og 4. pkt.). Det var i den forbindelse et spørgsmål, om det var en yderligere betingelse for skattefrihed efter daværende 5. pkt., at skatten skulle nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Højesteret tiltrådte, af de af landsretten anførte grunde, at skattefrihed efter den daværende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 5. pkt. (i dag § 2, stk. 1, litra c, 9. pkt.), er betinget af, at skatten skal nedsættes efter enten moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Der skulle herefter foretages en vurdering af, hvorvidt betingelserne i moder-/datterselskabsdirektivet var opfyldt, således at beskatningen skulle frafaldes, eller hvorvidt betingelserne i den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst – herunder hvorvidt NTC Holding kunne anses for beneficial owner – var opfyldt, således at beskatningen skulle nedsættes.

I Højesterets præmisser fremgår det, at det også for Højesteret havde betydning, at TDC ikke havde fremlagt oplysninger om, hvad der er sket med udbyttet, som TDC udloddede til NTC Holding. På denne baggrund sammenholdt med landsrettens begrundelse, stadfæstede Højesteret landsrettens resultat, hvorefter begge spørgsmål i det bindende svar, skulle besvares med »Nej«.

Landsretten fandt, at TDC ikke kunne påberåbe sig skattefrihed efter hverken moder-/datterselskabsdirektivet eller den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst. I landsrettens præmisser for dette resultat fremgår: *”På grundlag af de meget sparsomme oplysninger, som TDC har afgivet, finder landsretten, at det må lægges til grund, at udbyttet via [NTC Holding] blot er kanaliseret videre til kapitalfondene og eventuelt ultimativt til investorerne, og at [NTC Holding] ikke herudover har haft en selvstændigt begrundet funktion.”*

Når landsretten lægger til grund, at udbyttet via NTC Holding er kanaliseret videre op igennem koncernstrukturen, er det med andre ord landsrettens opfattelse, at NTC Holding fungerer som et gennemstrømningsselskab i forholdet mellem TDC og NTC Holdings ejere. Som det tidligere er omtalt, fremgår det af kommentarerne til art. 10 i OECD’s modeloverenskomst, at et gennemstrømningsselskab normalt ikke kan anses for den retmæssige ejer (beneficial owner), hvis dets beføjelser til at nyde og bruge udbyttet er begrænset. Når landsretten yderligere lægger til grund,

at NTC Holding ikke har haft en selvstændigt begrundet funktion, er dette formentlig bl.a. udtryk for, at landsretten ikke anser NTC Holding for at have ret til at disponere over udbyttet, men derimod blot har haft den funktion, at skulle videreoverføre det modtagne udbytte til dets bagvedliggende ejere.

Når landsretten lægger til grund at udbyttet blot er strømmet igennem NTC Holding, og at dette er funderet på, at de oplysninger som TDC har afgivet, er meget sparsomme, er det relevant at undersøge, hvornår oplysningsgrundlaget for den pågældende transaktion bliver utilstrækkelig i et sådant omfang, at det ved vurderingen lægges til grund, at der er sket gennemstrømning af udbyttet.

I forhold til TDC-sagen kan det for en umiddelbar betragtning synes overraskende, at landsretten i sine præmisser omtaler oplysningerne afgivet af TDC som sparsomme og utilstrækkelige, da der alt andet lige af TDC er afgivet oplysninger om både grunden til at Luxembourg blev anvendt som hjemsted for etableringen af holdingselskaberne og oplysninger af selskabsretlig karakter fsva. disse Luxembourgske selskaber, ligesom der også er fremlagt oplysninger om den anvendte koncernstruktur og f.eks. – dog i lettere begrænset omfang – dennes ultimative ejere.

Landsrettens bemærkning om, at oplysningsgrundlaget er sparsomt og utilstrækkeligt, skal dog formentlig heller ikke forstås således, at de oplysninger der er givet af TDC generelt må anses for sparsomme, men derimod, at de oplysninger, som landsretten mente var af betydning for vurderingen af, om NTC Holding kunne anses for beneficial owner – og heraf hvorvidt der er sket gennemstrømning af udbyttet – ikke har været tilstrækkelige. Det synes således i landsrettens præmisser at fremgå, at de oplysninger landsretten anser som sparsomme, er oplysninger om hvad det er sket med udbyttet, efter at det blev modtaget af NTC Holding. Af landsrettens præmisser fremgår således bl.a., at: *”Der foreligger imidlertid ikke nærmere dokumentation for de økonomiske og forretningsmæssige forhold i NTC-koncernen. Navnlig bemærkes, at der ikke foreligger nogen dokumentation for [NTC SA]’s og [NTC Holding]’s økonomiske og forretningsmæssige forhold, ligesom der ikke foreligger præcise oplysninger om - endsige dokumentation for - beslutninger vedrørende videredisponering af det omhandlede udbytte.”*. Som det ses, forekommer oplysningen om hvad der er sket med udbyttet efter at NTC Holding modtog det fra TDC at udgøre et ikke uvæsentligt element i landsrettens begrundelse. Dette kan der være gode grunde til. Når der skal foretages en vurdering af, hvorvidt et moderselskab kan anses for retmæssig ejer af udbytte, som det modtager fra dets datterselskab, vil forløbet af denne vurdering f.eks. kunne afhænge af, hvorvidt udbyttet er blevet videreoverført op igennem koncernstrukturen, eller om det efter modtagelsen henstår i moderselskabet. Som det tidligere er beskrevet, blev det i SKM2012.121.ØLR slået fast, at

det, for at kunne kvalificere et selskab som et gennemstrømningsselskab der ikke er beneficial owner, er en betingelse, at der sker gennemstrømning til et tredjeland, uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller at dette med sikkerhed er bestemt til at ske. Omvendt vil det forhold, at der faktisk er sket gennemstrømning af udbyttet, føre til, at der herefter må foretages yderligere undersøgelser, med henblik på at afgøre hvorvidt moderselskabet kan anses for beneficial owner, herunder f.eks. hvorvidt moderselskabet har haft ret til at nyde og bruge et modtaget udbytte. Det må antages, at det er oplysninger omkring dette forhold, som landsretten mener er sparsomme og utilstrækkelige, og derfor på den baggrund antager, at der er sket gennemstrømning af udbyttet.

Det kan på baggrund af den ovenfor behandlede dom udledes, at det tillægges betydning i vurderingen af om det direkte udbytte modtagende selskab er beneficial owner, hvad der faktisk er sket med det udbytte, som det udenlandske moderselskab har modtaget. Som beskrevet i afsnit 5.5.1, er beneficial owner-vurderingen en transaktionsbaseret vurdering, der skal foretages konkret i relation det modtagne udbytte. Det må for at kunne foretage en sådan vurdering være klart, at det er en forudsætning at man ved hvad der er sket med det pågældende udbytte.

Grunden til at det er væsentligt at kende til det nærmere hændelsesforløb omkring det konkrete udbytte er, at de faktiske omstændigheder omkring behandlingen af udbyttet kan indgå i vurderingen af, hvem der reelt har ret til at disponere over udbyttet. De faktiske omstændigheder der indgår i denne vurdering, vil blive behandlet i det følgende afsnit.

5.6.3.2. De faktiske omstændigheder

5.6.3.2.1. De økonomiske forhold

I U2023.1575H (NetApp/TDC), tiltrådte Højesteret, af de af landsretten anførte grunde, at NetApp Cypern i relation til både det 1. og 2. udbytte, måtte anses som et gennemstrømningsselskab og herefter ikke retmæssig ejer efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Ved Østre Landsret havde skatteministeriet bl.a. gjort gældende, at det fremgik af de faktiske omstændigheder, at NetApp Cypern ikke havde beføjelser til at disponere over de udbytter, som det modtog fra NetApp Danmark. Skatteministeriet støttede bl.a. dette på, at NetApp Cypern i realiteten kun havde mulighed for at afdrage gælden til NetApp Bermuda – gælden der blev stiftet ifm. omstruktureringen – ved at udbyttet fra NetApp Danmark blev videreoverført til NetApp Bermuda. Skatteministeriet mente at dette betød, at NetApp Cypern i realiteten ikke havde ret til at disponere over udbytterne, da det på forhånd var bestemt, at disse skulle videreoverføres til NetApp Bermuda. NetApp Danmark gjorde heroverfor gældende, at NetApp Cypern ikke var skattepligtig af udbytterne,

da NetApp Cypern måtte anses for beneficial owner. Til støtte herfor blev gjort gældende, at NetApp Cypern ikke havde snævre beføjelser i relation til det modtagne udbytte, men derimod at NetApp Cypern havde de samme beføjelser, som holdingselskaber i alle andre koncerner sædvanligvis har.

Landsretten lagde ved vurderingen af, om NetApp Cypern var retmæssig ejer af det første udbytte, som det modtog fra NetApp Danmark, særlig vægt på NetApp Cyperns økonomiske forhold, herunder bl.a. det forhold at NetApp Cyperns eneste reelle mulighed for at tilbagebetale gælden til NetApp Bermuda, var at videreudlodde det modtagne udbytte fra NetApp Danmark. Landsretten bemærkede i den forbindelse, at NetApp Cypern i perioden fra den 5. september 2005 til den 28. april 2006 havde indtægter på ca. 1 mio. USD, hovedsageligt fra kursgevinster, og i samme periode havde udgifter for ca. 41.600 USD. Herudover bemærkes, at NetApp Cyperns aktiver den 28. april 2006 udgjorde en kontantbeholdning på 4.700 USD samt kapitalandelene i datterselskaberne. Dette sammenholdt med, at NetApp Cypern var forpligtet til senest den 30. april 2006, at betale 670 mio. kr. til NetApp Bermuda for aktierne i NetApp Danmark, måtte ifølge landsretten betyde, at NetApp Cyperns eneste reelle mulighed for at kunne betale købesummen til NetApp Bermuda var ved at modtage det pågældende udbytte fra NetApp Danmark og videreoverføre dette til NetApp Bermuda. Landsretten fandt på denne baggrund, at NetApp Cypern måtte anses som et gennemstrømningsselskab, der ikke havde haft en reel ret til at råde over det modtagne udbytte, og derfor ikke kunne anses som udbyttets retmæssige ejer (beneficial owner) efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Det kan på baggrund af landsrettens præmisser konstateres, at de forhold der i sagen blev tillagt betydning, i høj grad er sammenlignelige med pkt. 12.4 i kommentaren til art. 10 i OECD's modeloverenskomst. Særligt bemærkes det, at landsretten som begrundelse for, at NetApp Cypern ikke anses som retmæssig ejer (beneficial owner) af det modtagne udbytte, i overensstemmelse med hvad der fremgår af kommentaren, lægges vægt på, at NetApp Cyperns ret til at bruge og nyde udbyttet er begrænset. I forlængelse heraf bemærkes endvidere, også i overensstemmelse med kommentaren, at denne begrænsning af retten til at bruge og nyde udbyttet ikke nødvendigvis behøver at være til stede i form af egentlige kontrakter eller juridiske dokumenter, men, som i dette tilfælde, kan udledes af de faktiske omstændigheder, når disse viser at udbyttmodtageren reelt ikke har haft mulighed for at bruge og nyde udbyttet. De faktiske omstændigheder der af landsretten blev tillagt vægt i denne sag, var navnlig de økonomiske forhold for NetApp Cypern, herunder den omstændighed, at NetApp Cypern – ifølge landsretten – kun var i stand til at betale gælden til NetApp Bermuda, ved at modtage udbyttet fra NetApp Danmark, og anvende dette til betaling af gælden ved at videreoverføre det til NetApp Bermuda. Når der henses til nøgletallene for NetApp Cypern,

fremgår det, at det to dage inden kravet på købesummen fra NetApp Bermuda forfaldt til betaling, havde en meget beskeden aktivbeholdning, og i den foregående periode havde haft en – i forhold til kravets størrelse – beskeden indtjening. Når det hertil lægges, at dets eneste aktivitet var at eje kapitalandelene i datterselskaberne, må det formodes, at landsrettens argumentation er rigtig, for så vidt angår det forhold, at NetApp Cypern, hvis det ikke havde modtaget udbyttet fra NetApp Danmark, ikke ville have været i stand til at betale kravet fra NetApp Bermuda.

I U.2023.4403H (Heavy Transport), var de økonomiske forhold ligeledes et moment der blev tillagt betydning ved vurderingen af, om Heavy Transport Luxembourg var retmæssig ejer af det udbytte, som det modtog fra Heavy Transport Danmark. Østre Landsret nåede i denne vurdering til det resultat, at Heavy Transport Luxembourg ikke var retmæssig ejer efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. I præmisserne for landsrettens resultat synes særligt to forhold at have haft særlig betydning. For det første låneaftalen, og den deraf følgende manglende ret til at disponere over udbyttet, og for det andet selve formålet med de foretagne dispositioner og transaktioner, som, ifølge landsretten, har været at undgå dansk udbyttebeskatning.

Angående låneaftalen, lagde landsretten til grund, at Heavy Transport Luxembourg, på baggrund af vilkårene i låneaftalen, var forpligtet til at anvende det udbyttet til at indfri lånet ved at dette modregnes i udbyttet. Heavy Transport Luxembourg havde optaget et lån hos Heavy Transport Danmark på 325.000.000 USD ifm. erhvervelsen af Heavy Transport Danmark, og der blev i den forbindelse indgået en låneaftale mellem Heavy Transport Luxembourg og Heavy Transport Danmark, hvori det fremgik, at lånebeløbet udbetales til Heavy Transport Luxembourg, indtil det på en generalforsamling i Heavy Transport Danmark, var muligt at vedtage en udbytteudlodning til Heavy Transport Luxembourg på et tilsvarende beløb. Låneaftalen indeholdt vilkår om, at tilbagebetaling af lånet skulle ske efter påkrav eller ved modregning af det planlagte udbytte, når dette var vedtaget.

Det blev endvidere af landsretten lagt til grund, at Heavy Transport Luxembourg, selv hvis det ikke var tilfældet at det var forpligtet til at anvende udbyttet til at indfri lånet, reelt ikke var i stand til at indfri lånet på anden måde end ved at modtage udbyttet. Det fremgår af Heavy Transport Luxembourgs årsrapporter for årene 2006 og 2007, at aktiverne i selskabet udgjorde hhv. ca. 800.000 og 1,4 mio. USD, og at det i samme år havde en egenkapital på hhv. ca. 6.000 og -270.000 USD. Det blev af landsretten lagt til grund, at Heavy Transport Luxembourg ikke havde haft en reel ret til at

råde over udbyttet, idet Heavy Transport Luxembourg – ifølge landsretten – udelukkende var i stand til at tilbagebetale lånet til Heavy Transport Danmark, ved modregning i udbyttet.

På baggrund af disse ovenstående forhold omkring hhv. låneaftalen og de deri indeholdte vilkår samt selskabets økonomiske forhold sammenholdt med lånets størrelse, fandt landsretten, at Heavy Transport Luxembourg reelt ikke havde haft ret til at disponere over det udbytte, som det modtog fra Heavy Transport Danmark.

Af de forhold der er behandlet ovenfor, og som af landsretten blev tillagt betydning, var det også i denne sag et ikke uvæsentligt element i beneficial owner-vurderingen, hvorvidt det udbyttmodtagende moderselskab havde en reel ret til at bruge og nyde det pågældende udbytte- eller sagt med andre ord, om det var det direkte moderselskab der havde dispositionsretten til udbyttet. I lighed med landsrettens begrundelse i NetApp-sagen fsva. det første udbytte, blev der også i nærværende sag lagt vægt på den omstændighed, at en gældsforpligtelse som moderselskabet havde påtaget sig i forbindelse med erhvervelsen af aktierne i datterselskabet, reelt kun ville kunne indfries ved, at moderselskabet modtog udbytte fra datterselskabet og herefter anvendte det modtagne udbyttebeløb til at tilbagebetale denne gældsforpligtelse, hvilket, ifølge retten i både NetApp-sagen og i nærværende sag, medfører, at det udbyttmodtagende moderselskab reelt ikke har ret til at disponere over det modtagne udbytte, idet det reelt vil være forpligtet til at videreoverføre det modtagne udbytte – i dette tilfælde til dets kreditor ved tilbagebetaling af gæld. Denne fortolkning af beneficial owner-kravet har klar støtte i pkt. 12.4 i kommentarerne til art. 10 i OECD's modeloverenskomst.

Ved Højesteret anerkendte Heavy Transport Danmark, at Heavy Transport Luxembourg var blevet stiftet med det formål at kunne videreoverføre salgssprovenuet fra salget af Dockwise NV skattefrit til hhv. Heavy Transport Panama og Incomara Panama. Selskabet anerkendte herudover, at den måde hvorved udbyttet blev videreoverført fra Heavy Transport Luxembourg til hhv. Heavy Transport Panama og Incomara Panama, på baggrund af den praksis der nu bl.a. som følge af NetApp- og TDC-sagen eksisterer, medfører, at Heavy Transport Luxembourg ikke anses for at have haft ret til at disponere over udbyttet, hvilket taler for, at Heavy Transport Luxembourg anses for at være et gennemstrømningsselskab i relation til dette udbytte. Højesteret fandt herefter, at Heavy Transport Luxembourg ikke kunne anses for retmæssig ejer af det modtagne udbytte efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, og stadfæstede derfor landsrettens dom. I præmisserne for Højesterets afgørelse henvises der indledningsvist til de ovenfor omtalte forhold,

som Heavy Transport Danmark anerkendte. Herudover er der ikke i Højesterets præmisser anført nærmere om begrundelsen for Højesterets resultat, da det blot konstateres, at Heavy Transport Luxembourg ikke var retmæssig ejer af udbyttet efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der afslutningsvist henvises til Højesterets dom i sagen U2023.1575H (NetApp/TDC).

5.6.3.2.2. Den tidsmæssige sammenhæng og moderselskabets aktiviteter

I U2023.1575H (NetApp/TDC), tiltrådte Højesteret som tidligere nævnt, at NetApp Cypern i relation til både det 1. og 2. udbytte, måtte anses som et gennemstrømningsselskab og herefter ikke retmæssig ejer efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Højesteret henviste som begrundelse til de af landsretten anførte grunde.

I forhold til den anden udlodning fra NetApp Danmark til NetApp Cypern, lagde landsretten, udover de ovenfor anførte økonomiske forhold, også vægt på den tidsmæssige sammenhæng ifm. udbytteudlodningen. I landsrettens begrundelse fremgår, at det i NetApp Danmarks årsrapport for 2005/2006 foreslås at udbyttet udloddes. Herudover fremgår det, at der i NetApp Cyperns årsrapport for 2006/2007 er indtægtsført et udbytte svarende til det udbytte, der foreslås udloddet fra NetApp Danmark, men at dette udbytte ikke er modtaget i regnskabsåret. Endelig fremgår det af landsrettens begrundelse, at det alene er oplyst, at udbyttet først blev overført til NetApp Cypern i 2010 – udbyttet henstod altså hos NetApp Danmark i ca. 4 år – og herefter videreoverført til NetApp Bermuda som afdrag på gæld. Landsretten udtaler herefter opsummerende, at: *”Som sagen foreligger oplyst, er udbyttet på et ikke nærmere oplyst tidspunkt i 2010 udbetalt fra NetApp Denmark til NetApp Cypern og herefter på et ligeledes ikke nærmere oplyst tidspunkt i 2010 overført til NetApp Bermuda på grundlag af en beslutning om udlodning truffet i 2006. Der er ikke oplyst om reale grunde til, at udbyttet blev udbetalt til NetApp Cypern, ud over at NetApp-koncernen ønskede at undgå dansk kildebeskatning.”*. Landsretten fandt fsva. dette andet udbytte, at NetApp Cypern ikke kunne anses for retmæssig ejer (beneficial owner) af det modtagne udbytte efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landsretten lagde i sin begrundelse for dette resultat vægt på den tidsmæssige sammenhæng mellem NetApp Cyperns modtagelse af udbytte fra NetApp Danmark og videreoverførslen samme dag til NetApp Bermuda, sammenholdt med oplysningerne om NetApp Cyperns aktiviteter.

De ovenstående præmisser fra landsretten viser, at landsretten i dette tilfælde – modsat landsrettens begrundelse fsva. det første udbytte – ikke eksplicit udtalte sig om NetApp Cyperns manglende ret

til at råde over det modtagne udbytte som et argument for, at NetApp Cypern ikke kunne anses for retmæssig ejer (beneficial owner) af dette andet udbytte. Det må dog antages, at landsrettens resultat, også fsva. denne anden udbytteudlodning, støttes på de samme forhold omkring den manglende ret til at råde over udbyttet, som det var tilfældet ved bedømmelsen af den første udbytteudlodning.

Landsrettens henvisning til den tidsmæssige sammenhæng som et element af betydning for resultatet, er formentlig en henvisning til det forhold, at NetApp Cypern, efter at have modtaget udbyttet fra NetApp Danmark, indenfor en kortere tidsmæssig periode, videreoverførte det modtagne udbytte til NetApp Bermuda. Herudover må landsrettens henvisning til oplysningerne om NetApp Cyperns aktiviteter, formodes at være en henvisning til det forhold, at NetApp Cypern havde – set i forhold til koncernen som helhed – begrænsede indtægter og udgifter, at aktiverne udover kapitalandelene i datterselskaberne blot bestod af en mindre kontantbeholdning, og at det hverken havde egne lokaler eller personale. Det må antages, at landsretten på baggrund af disse oplysninger har anset NetApp Cypern for blot at være et gennemstrømningsselskab, der i realiteten ikke har været beføjet til at råde over det modtagne udbytte, der dermed blot er strømmet videre til NetApp Bermuda. Hvis disse antagelser omkring den retlige subsumption lægges til grund, har bedømmelsen af denne anden udbytteudlodning altså ikke adskilt sig nævneværdigt fra den, der af landsretten blev foretaget af den første udbytteudlodning. Når det er sagt, vil der dog ved bedømmelsen af denne anden udbytteudlodning være tale om, at landsrettens fortolkning af beneficial owner-kravet, og anvendelsen af kommentarerne som fortolkningsbidrag, udstrækkes i højere grad end ved vurderingen af den første udbytteudlodning, da de momenter landsretten i dette tilfælde lægger vægt på, ikke lige så tydeligt fremstår sammenlignelige med de forhold, der er beskrevet i kommentarerne.

Det fremgår således af pkt. 12.3 i kommentarerne til art. 10 i OECD's modeloverenskomst, at det ikke er i overensstemmelse med overenskomstens hensigt og formål, hvis kildelandets beskatningsret begrænses, når en person i en kontraherende stat blot fungerer som gennemstrømningsenhed for en anden person, der faktisk modtager indkomsten. Når landsretten i sin begrundelse tillægger den tidsmæssige sammenhæng mellem NetApp Cyperns modtagelse af udbytte fra NetApp Danmark og videreoverførslen til NetApp Bermuda betydning, er det formentlig fordi, at dette, sammenholdt med kommentarens indhold, fører til at NetApp Cypern skal anses som værende et gennemstrømningsselskab. Kommentaren henviser endvidere til rapporten udarbejdet af OECD's Committee on Fiscal Affairs, der konkluderer, at et gennemstrømningsselskab, til trods for at det er den formelle ejer, normalt ikke kan anses for retmæssig ejer (beneficial owner), hvis det reelt har meget snævre beføjelser. Når landsretten, i tillæg til den tidsmæssige sammenhæng, også henviser til

NetApp Cyperns aktiviteter, er det formentlig fordi, at det forhold, at NetApp Cypern har begrænsede aktiviteter – og måske særligt – at det ikke har egne lokaler eller personale, viser, at NetApp Cyperns beføjelser i relation til udbyttet er så begrænsede, at NetApp Cypern i realiteten blot handler på vegne af andre.

Dog må det bemærkes, at NetApp Cypern er stiftet som et traditionelt mellemholdingselskab, hvis formål blot har været at besidde kapitalandele i datterselskaber. Et sådant mellemholdingselskab vil sædvanligvis løbende modtage udbytte fra dets datterselskaber, og herefter træffe beslutning om enten at reinvestere, opspare eller videreudlodde de modtagne udbytter. Mellemholdingselskabets ejere vil forvente at ejerskabet på et eller andet tidspunkt giver et afkast, hvorfor mellemholdingselskabet før eller siden må videreudlodde en del af de udbytter det modtager fra dets datterselskaber til dets ejere. Hvis der anlægges en fortolkning således, at et selskab anses som et gennemstrømningsselskab, hvis der er en tidsmæssig sammenhæng mellem et mellemholdingselskabs modtagelse af udbytte og dets udlodning til dets ejere, bør man være opmærksom på dette forhold. Det er herudover ikke usædvanligt, at et mellemholdingselskab ikke har anden aktivitet end besiddelsen af kapitalandele. Derudover er det heller ikke usædvanligt, at et sådant selskab ikke har egentlige ansatte, eller råder over lokaler. Hvis der anlægges en fortolkning af beneficial owner-kravet således, at et udbyttmodtagende selskab ikke anses som retmæssig ejer (beneficial owner) af udbytte, alene fordi selskabet, som NetApp Cypern, ikke har anden aktivitet end besiddelsen af kapitalandele og ikke har personale eller lokaler, ville konsekvensen være, at sædvanlige holdingselskaber ikke kan anses som retmæssig ejer (beneficial owner) af udbytte det modtager fra dets datterselskaber.

Når disse bemærkninger om mellemholdingselskaber sammenholdes med oplysningerne om NetApp Cyperns aktivitet og indholdet af pkt. 12.3 i kommentarerne, er der tale om en udvidet fortolkning. Som nævnt ovenfor må det dog antages, at fortolkningen kan rummes i indholdet af kommentaren.

Når det ovenfor er anført, at landsrettens fortolkning ved bedømmelsen af denne anden udbytteudlodning udstrækkes i ikke uvæsentlig grad, når bedømmelsen sammenholdes med den, der foretages ved bedømmelsen af den første udbytteudlodning, hænger dette sammen med indholdet i pkt. 12.4 i kommentarerne til art. 10 i OECD's modeloverenskomst. Det fremgår således af denne kommentar, at i bl.a. det tilfælde, hvor der er tale om et gennemstrømningsselskab, er den direkte udbyttmodtager ikke den retmæssige ejer (beneficial owner), fordi denne direkte udbyttmodtagers ret til at bruge og nyde udbyttet, er begrænset på grund af en forpligtelse til at videreformidle udbyttet til en anden. Det fremgår endvidere, at denne forpligtelse både kan fremgå af juridiske dokumenter,

men også fremgå af de faktiske omstændigheder, såfremt de viser, at den direkte udbyttmodtager, reelt ikke er berettiget til at bruge og nyde udbyttet, uden at være forpligtet til at videreformidle det. Ved den første udbytteudlodning var det således bl.a. det forhold, at NetApp Cypern to dage efter at det modtog udbytte fra NetApp Danmark skulle indfri en større gældsforpligtelse, der kun kunne ske ved anvendelse af det modtagne udbytte, der førte til, at NetApp Cypern ikke blev anset for at have ret til at bruge og nyde det modtagne udbytte. Ved bedømmelsen af denne anden udbytteudlodning er der ikke oplyst om sådanne forhold, der kunne begrunde, at NetApp Cypern var nødsaget til at videreoverføre det modtagne udbytte til NetApp Bermuda. På denne baggrund – og særligt når henset til landsrettens begrundelse for resultatet – må afgørelsen for dette andet udbytte antages at bero på en fortolkning af beneficial owner-kravet, der ligger ud over hvad der kan udledes af kommentarerne.

5.6.4. Sammenfattende om momenterne i beneficial owner-vurderingen

Ved vurderingen af, om den direkte udbyttmodtager kan anses for retmæssig ejer, foretages en transaktionsbaseret vurdering, forstået på den måde, at vurderingen foretages for hver enkelt udbytteudlodning.

Det direkte moderselskab vil som udgangspunkt ikke blive anset som værende udbyttets retsmæssige ejer, såfremt der sker gennemstrømning af udbyttet til et selskab i et land uden for EU, med hvilken Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller hvis sådan en gennemstrømning med sikkerhed er bestemt til at ske.

Bestemt til at blive videreført

I vurderingen af hvorvidt et modtaget udbytte er bestemt til at blive videreført lægges der vægt på, om udbyttmodtageren har ret til at disponere over udbyttet, eller om der på forhånd er disponeret på en sådan måde, at det reelt er meningen at udbyttet skal videreoverføres til et andet selskab. I denne henseende er det ikke et krav, at udbyttmodtageren på baggrund af kontrakter eller lignende er juridisk forpligtet til at videreoverføre udbyttet. Vurderingen foretages derimod som udgangspunkt på baggrund af de faktiske omstændigheder omkring udbytteudlodningen, og hvis disse faktiske omstændigheder viser, at udbyttmodtageren reelt ikke har haft ret til at disponere over udbyttet, vil udbyttet herefter som udgangspunkt blive anset for bestemt til at blive videreoverført, og udbyttmodtageren som et gennemstrømningsselskab, der ikke anerkendes som retmæssig ejer.

De faktiske omstændigheder

De faktiske omstændigheder der herved inddrages i vurderingen, varierer afhængig af de konkrete omstændigheder omkring udbytteudlodningen. Aktivitetsniveauet i det udbyttemodtagende selskab syntes dog i større eller mindre grad ofte at indgå i vurderingen. Med aktivitetsniveauet menes her selskabets driftsaktiviteter og dets økonomiske forhold.

I nogle af de sager der er behandlet ovenfor, blev de økonomiske forhold hos det udbyttemodtagende selskab tillagt en ikke uvæsentlig betydning ved vurderingen af de faktiske forhold. I disse sager var der tale om det forhold, at det direkte moderselskab i forbindelse med erhvervelsen af det danske datterselskab, havde påtaget sig en gældsforpligtelse til fordel for et selskab beliggende i et tredjeland. Forholdet mellem størrelsen på denne gældsforpligtelse og det direkte moderselskabs økonomiske aktivitet og likviditet i øvrigt, var så uforholdsmæssige, at domstolene lagde til grund, at det ikke var muligt for selskabet at tilbagebetale den, uden at modtage og anvende udbytte fra dets datterselskab. Det direkte moderselskab blev derfor ikke anset for at have ret til at disponere over udbyttet, fordi det reelt ikke havde anden mulighed end bruge det til at afdrage på denne gæld. Det kan dog ikke herfra siges med sikkerhed, at de økonomiske forhold i selskabet generelt bliver tillagt større betydning end selskabets øvrige forhold. I de ovennævnte sager var det således på baggrund af andre konkrete omstændigheder ved udbytteudlodningen klart, at selskabets økonomiske forhold ville få indflydelse på vurderingen.

5.7. Ultimativ ejer beskyttet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst

I afsnit 5.5 og 5.6 ovenfor blev der foretaget en analyse og en beskrivelse af, hvornår den direkte udbyttemodtager anses for at være et gennemstrømningsselskab, der ikke anses for retmæssig ejer (beneficial owner) efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem landet hvor det udbytteudbetalende selskab er hjemmehørende (kildelandet) og landet hvor det udbyttemodtagende selskab er hjemmehørende (domicillandet).

Spørgsmålet er herefter, om det i et sådant tilfælde – hvor den direkte udbyttemodtager er afskåret fra at påberåbe sig fordelene i en dobbeltbeskatningsoverenskomst – har betydning, at den ultimative ejer i koncernstrukturen er hjemmehørende i et land, der har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med kildelandet, og i bekræftende fald, hvilken betydning det har.

I dette afsnit vil der blive foretaget en analyse af de ovenfor omtalte domme fra Højesteret, for at undersøge, om, og i bekræftende fald hvilken, betydning dette har, herunder om den ultimative ejer

kan påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem det land, hvor det er hjemmehørende og det land, hvor det udbytteudbetalende selskab er hjemmehørende, til at opnå skattefrihed.

5.7.1. Anden retmæssig ejer beskyttet af dobbeltbeskatningsoverenskomst

I U2023.1575H (NetApp/TDC), tiltrådte Højesteret af de af landsretten anførte grunde, at begge de udbytter, som NetApp Danmark udloddede til NetApp Cypern, som udgangspunkt ikke var fritaget for skat efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet, da NetApp Cypern måtte anses for et gennemstrømningsselskab.

For Højesteret var spørgsmålet imidlertid om det kunne have betydning for resultatet, at det forhold, at NetApp Danmark, hvis det havde været ejet direkte af NetApp USA, kunne have udloddet udbyttet skattefrit efter den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Højesteret henviser i den forbindelse indledningsvist til EU-Domstolens dom, der om denne problemstilling anfører, at det ved undersøgelsen af den pågældende koncernstruktur, er uden betydning, at den ultimative ejer er hjemmehørende i et land med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og at det i sådan et tilfælde ikke udelukker retsmisbrug, hvis dette misbrug er godtgjort af de faktiske omstændigheder, men at det dog i et sådan tilfælde heller ikke kan udelukkes, at målet med koncernstrukturen ikke er udtryk for retsmisbrug. Herefter bemærker Højesteret, at: *”Der foreligger ikke nærmere oplysninger om baggrunden for, at det i 2005 blev besluttet at etablere en selskabsstruktur, hvorefter NetApp Cypern skulle stiftes som nyt moderselskab for NetApp Danmark – og herefter indgå i en samlet udbyttetransaktion fra NetApp Danmark til NetApp Bermuda og NetApp USA – i stedet for at gøre NetApp USA til moderselskab for NetApp Danmark, således at udbyttet kunne udloddes direkte til NetApp USA. (...)”*. Højesteret foretog herefter en vurdering af de to udbytter.

Første udbytte

For så vidt angår det første udbytte på ca. 550 mio. kr., og hvorvidt udbyttet kunne være blevet fritaget for kildeskat efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten, udtaler Højesteret, at: *”Efter det anførte om udbyttebeløbets henståen i NetApp Bermuda efter udlodningen fra NetApp Danmark og NetApp Cypern finder Højesteret endvidere, at NetApp USA ikke efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA kan anses for retmæssig ejer af beløbet, jf. overenskomstens artikel 10, stk. 2.”*. Højesteret lægger altså i vurderingen af, om NetApp USA kan anses for retmæssig ejer af udbytteudlodningen fra NetApp Danmark, vægt på, at udbyttet, efter at det blev overført fra NetApp

Cyperm til NetApp Bermuda, henstod i NetApp Bermuda i en periode, inden det blev videreoverført til NetApp USA.

I den vurdering der blev foretaget af, hvorvidt NetApp Cyperm kunne anses som retmæssig ejer af udbytteudlodningen fra NetApp Danmark, og som er behandlet i det ovenstående, lagde domstolene bl.a. vægt på, om NetApp Cyperm havde ret til at nyde og bruge det modtagne udbytte – med andre ord hvorvidt NetApp Cyperm havde dispositionsretten til udbyttet. Som det fremgik, var denne ret til at disponere over udbyttet bl.a. afgørende for, om NetApp Cyperm kunne anses som retmæssig ejer (beneficial owner). I den vurdering Højesteret foretager i dette tilfælde – vurderingen af, om USA kan anses som retmæssig ejer af udbytteudlodningen fra NetApp Danmark efter den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst – er det ligeledes denne ret til at disponere over det pågældende udbytte, der synes at være udslagsgivende. For at NetApp USA kan anses for at være retmæssig ejer af udbyttet, kræves altså bl.a., at NetApp USA har ret til at nyde og bruge udbyttet.

Udbyttet blev overført af NetApp Cyperm til NetApp Bermuda den 28. oktober 2005, men det var først den 22. marts 2006, at den endelige beslutning om hjemtagning af udbytte til NetApp USA, blev truffet – det var på denne dato bestyrelsen i NetApp USA traf beslutning om hjemtagning af udbytte. Det er altså på baggrund af de forhold, der var til stede i perioden mellem at NetApp Bermuda modtog udbyttet den 28. oktober 2005 og den endelige beslutning om hjemtagning den 22. marts 2006, at NetApp USA, ikke ifølge Højesteret, kunne anses for værende udbyttets retmæssige ejer efter den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst. I denne periode på ca. 5 måneder blev det modtagne udbytte placeret i obligationer, der så igen blev solgt i perioden op til at udbyttet på 550 mio. USD fra NetApp Bermuda til NetApp USA blev udbetalt.

I denne periode har der således ikke været disponeret over udbyttet på en sådan måde, at det er NetApp USA der har haft ret til at nyde og bruge udbyttet. Der er derimod tale om, at NetApp Bermuda, i perioden fra modtagelsen af udbyttet og indtil endelig beslutning om hjemtagelse skete, har haft denne ret til at disponere over udbyttet. Det må antages, at det er disse omstændigheder, der fører til, at NetApp USA ikke ifølge Højesteret kan anses som retmæssig ejer (beneficial owner) af det første udbytte på ca. 550 mio. kr.

Det nærliggende spørgsmål, må herefter være om NetApp Bermuda anses som retmæssig ejer eller gennemstrømningsselskab i transaktionen, de omstændigheder der fører til at NetApp USA ikke er den retmæssige ejer af udbyttet, er på samme tid de omstændigheder der tyder på at NetApp Bermuda er den retmæssige ejer. Højesteret udtaler sig dog ikke, om NetApp Bermuda bør anses som retmæssig

ejer, men henføre netop til beløbets henståen i Bermuda når de konkluderer at NetApp USA ikke er den retmæssige ejer. Højesteret lægger vægt på at NetApp-koncernen i perioden på de 5 måneder frit kunne have besluttet at anvende udbyttet til andet end hjemtagelse, hvorfor højesteret også som ovenfor redegjort lagde vægt på at NetApp Bermuda først afgav sin råderet over udbyttet, 5 måneder efter modtagelse, og man kunne af de grunde ikke kunne anse udbyttet som gennemstrømmet.

Det må derfor generelt kunne udledes af højesterets bemærkninger til den første udlodning, at et mellemliggende selskab ikke kan anses som et udelukkende gennemstrømningsselskab med så snævre beføjelser at det ikke kan anses som retmæssig ejer af udbyttet, hvis beløbet henstår i dette mellemliggende selskab i 5 måneder inden der bliver truffet endelig beslutning om videreudlodning af udbyttet. Det må ligeledes kunne udledes at det ikke er nok, at det var selskabets hensigt at videreudlodde udbyttet, men at der skal være truffet en endelig beslutning herom.

Andet udbytte:

For så vidt angår det andet udbytte på ca. 92 mio. kr., lagde Højesteret i deres vurdering vægt på, at bestyrelsen i NetApp USA den 22. marts 2006 traf beslutning om at udlodde 550 mio. USD fra NetApp Bermuda til NetApp USA, og at der i den forbindelse blev optaget et lån på 300 mio. USD. Højesteret bemærkede endvidere, at baggrunden for udbytteudlodningen var, at der i en midlertidig periode var adgang til at hjemtage udbytte til en lav skattesats, og at denne hjemtagning skulle ske senest den 30. april 2006 – udbyttet blev udloddet den 3. april 2006 og beskattet i USA. Herefter fandt Højesteret at det var godtgjort, at: ” (...) udbyttet på ca. 92 mio. kr. fra NetApp Danmark var indeholdt i det udbytte på 550 mio. USD, som NetApp Bermuda den 3. april 2006 overførte til NetApp USA. (...) at den eneste retmæssige ejer af dette udbytte har været NetApp USA, hvor udbyttet også er blevet beskattet. [og at] Dette gælder, uanset at et beløb på ca. 92 mio. kr. – svarende til udbyttet – først i 2010 blev overført til NetApp Cypern og derfra til NetApp Bermuda. NetApp Bermuda havde således som nævnt ovenfor optaget det lån, der gav grundlag for i 2006 at udlodde ca. 92 mio. kr. til NetApp USA i udbytte fra NetApp Danmark.”.

Det kan på baggrund af de ovenstående præmisser fra Højesteret udledes, at Højesteret også for så vidt angår dette andet udbytte, i relation til beneficial owner-vurderingen, tillægger det betydning, hvorvidt udbyttedtageren har haft ret til at disponere over udbyttet. Højesteret fandt det således godtgjort, at udbyttet på ca. 92 mio. kr. fra NetApp Danmark var indeholdt i udbyttet på 550 mio. USD, der af NetApp Bermuda blev udloddet til NetApp USA som led i ordningen om hjemtagning af udbytte. Det må antages, at den tankegang der ligger til grund for Højesterets resultat er, at når det

først indledningsvist er godtgjort, at udbyttet fra NetApp Danmark var indeholdt i udbyttet fra NetApp Bermuda, må det herefter også være godtgjort, at hverken NetApp Cypern eller NetApp Bermuda har haft ret til at nyde eller bruge udbyttet, da der allerede er disponeret over det i den forstand, at det var bestemt til at indgå i det udbytte, der af NetApp Bermuda blev udloddet til NetApp USA som led i ordningen om hjemtagelse. Dette understøttes af, at Højesteret udtaler, at NetApp USA er den eneste retmæssige ejer af udbyttet fra NetApp Danmark. Når det lægges til grund, at udbyttet var indeholdt i det udbytte, der blev udloddet fra NetApp Bermuda til NetApp USA, må dette også være korrekt, da hverken NetApp Cypern eller NetApp Bermuda i sådan et tilfælde kan siges at have haft ret til at nyde og bruge udbyttet.

Det ovenstående resultat bygger dog på den forudsætning, at udbyttet med sikkerhed kan siges at være indeholdt i udbytteudlodningen fra NetApp Bermuda til NetApp USA. NetApp Danmark havde gjort det samme anbringende gældende ved Østre Landsret. Her fandt landsretten det ikke godtgjort, at udbyttet fra NetApp Danmark var indeholdt i udbytteudlodningen fra NetApp Bermuda til NetApp USA, og lagde i den forbindelse bl.a. vægt på, at udbyttet først blev udbetalt til NetApp Cypern i 2010 og herefter videreoverført til NetApp Bermuda. Dette forhold tillægger Højesteret derimod ikke betydning, og henviser i den forbindelse til det lån som NetApp Bermuda havde optaget, og som gjorde det muligt at udlodde ca. 92 mio. kr. i udbytte fra NetApp Danmark til NetApp USA.

Når Højesteret finder det godtgjort, at udbyttet fra NetApp Danmark var indeholdt i udbytteudlodningen fra NetApp Bermuda til NetApp USA, syntes dette at bygge på et teknisk hændelsesforløb snarere end det faktiske, hvor beslutningen om udlodning af udbyttet, og den regnskabsmæssige behandling heraf lægges til grund, i stedet for den faktiske udbetaling og overførsel af udbyttet.

På baggrund af de ovenfor omtalte forhold, hvorefter NetApp USA blev anset for retmæssig ejer af dette andet udbytte, udtalte Højesteret udtalte i forbindelse med denne udlodning, at: *”Efter det anførte er udbyttet på ca. 92 mio. kr. fritaget for beskatning efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst.”*.

Som det fremgår nåede Højesteret fsva. denne anden udbytteudlodning frem til, at udbyttet var skattefrit efter den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst, altså en anden dobbeltbeskatningsoverenskomst end den der var indgået mellem landene hvor hhv. datterselskabet og moderselskabet er hjemmehørende.

Højesterets resultat kan formentligt forklares med støtte i pkt. 12.7 i kommentarerne til art. 10 i OECD's modeloverenskomst. Af kommentaren fremgår, at selv i situationer, hvor der er indskudt et mellemlid mellem det udbyttebetalende selskab og det selskab, der er berettiget til udbyttet, så vil begrænsningen af kildelandets beskatningsret stadig finde anvendelse, såfremt den retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Kommentaren må forstås således, at i tilfælde hvor der f.eks. mellem et datterselskab og et moderselskab er indskudt et mellemholdingselskab, og det ved vurderingen af, hvem der er retmæssig ejer af en udbytteudbetaling fra datterselskabet til mellemholdingselskabet viser sig, at den retmæssige ejer af dette udbytte ikke er mellemholdingselskabet men moderselskabet, kan moderselskabet stadig påberåbe sig begrænsning af udbyttebeskatningen efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, såfremt moderselskabet er hjemmehørende i en stat, der har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Det står dog umiddelbart ikke helt klart, om kommentaren her henviser til, at begrænsningen af kildestatens beskatningsret fortsat består som udslag af, at moderselskabet i dette tilfælde kan påberåbe sig fordelene efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem den stat hvor hhv. datterselskabet og mellemholdingselskabet er hjemmehørende. Eller om der hermed menes, at moderselskabet kan påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem den stat, hvor hhv. datterselskabet og moderselskabet er hjemmehørende. Hvis det sidste er tilfældet, fremgår det ligeledes ikke klart, om der så er tale om, at moderselskabet kan påberåbe sig fordelene efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem den stat hvor hhv. moderselskabet og datterselskabet er hjemmehørende, til nedsættelse af den udbytteskat, som mellemholdingselskabet er pålagt på baggrund af reglerne i den stat hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Østre Landsret om udbytteudlodningerne

Ved Østre Landsrets behandling af sagen havde NetApp Danmark gjort gældende, at hvis ikke NetApp Cypern var retmæssig ejer af udbytterne, måtte den retmæssige ejer være NetApp USA, hvorefter de omhandlede udbytter ville være fritaget for skat efter den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Skatteministeriet havde heroverfor gjort gældende, at udbytterne ikke kunne fritages for skat efter den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Til støtte herfor gjorde skatteministeriet gældende, at det efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, kun var en dobbeltbeskatningsoverenskomst med moderselskabets stat, der kunne føre til skattefrihed, og at

det derfor alene var den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, der kunne føre til skattefritagelse.

Landsretten udtalte indledningsvist, at hvis det med sikkerhed kunne fastslås, at den retmæssige ejer af udbyttet var hjemmehørende i et andet land end den direkte udbyttmodtager, og der mellem Danmark og det land, hvor den retmæssige ejer var hjemmehørende, var indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, så kunne den retmæssige ejer påberåbe sig nedsættelse af skatten efter denne dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landsretten henviste til støtte for dette synspunkt til pkt. 12.2 i OECD's modeloverenskomst fra 2003 (denne kommentar er i 2017-udgaven flyttet til pkt. 12.7). I en sådan situation ville der ifølge landsretten ikke kunne siges at foreligge misbrug, da udbyttet efter denne dobbeltbeskatningsoverenskomst ville kunne være udloddet skattefrit fra det danske datterselskab til den retmæssige ejer.

Landsrettens fortolkning af kommentaren må være således, at moderselskabet i det ovenstående eksempel vil kunne påberåbe sig fordelene efter den dobbeltbeskatningsoverenskomst der er indgået mellem de to lande, hvor hhv. moderselskabet og datterselskabet er hjemmehørende. Dette støttes på den af landsrettens anvendte formulering, hvorefter den retmæssige ejer kan ”*påberåbe sig reglerne i denne dobbeltbeskatningsoverenskomst*” (egen markering). Det fremgår imidlertid af Art. 10 i OECD's modeloverenskomst, at bestemmelsen omhandler de tilfælde, hvor et selskab, der er hjemmehørende i den ene overenskomststat, udbetaler udbytte til et selskab, der er hjemmehørende i den anden overenskomststat. I det ovenstående eksempel udbetales udbyttet af datterselskabet til mellemholdingselskabet og ikke moderselskabet. Er en dobbeltbeskatningsoverenskomst udarbejdet på baggrund af OECD's modeloverenskomst, vil den af landsretten anlagte fortolkning dermed føre til, at et selskab kan påberåbe sig fordelene i art. 10, stk. 2, selv i tilfælde hvor selskabet konkret ikke er modtager af udbyttet sådan som det ellers er forudsat i art. 10, stk. 1.

Landsretten lagde til grund, at udbyttet på 565.896.000 kr., som NetApp Danmark udloddede til NetApp Cypern, var indeholdt i det udbytte på 550 mio. USD, som NetApp Bermuda udloddede til NetApp USA. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på, at det af NetApp Bermudas regnskaber fremgik, at det beløb på ca. 91,45 mio. USD, som det modtog fra NetApp Cypern, indgik i udlodningen til NetApp USA. Landsretten fandt det endvidere godtgjort, at udbytteudlodningen fra NetApp Danmark til NetApp Cypern, skete som led i en planlagt hjemtagning af udbytte til NetApp USA. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på NetApp USA's årsrapport, hvoraf det fremgik, at

NetApp USA på baggrund af »American Jobs Creation Act«, overvejede at hjemtage udbytter fra dets udenlandske datterselskaber.

På baggrund af det ovenfor beskrevne, fandt Østre Landsret, at der ikke var tale om retsmisbrug efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller efter moder-/datterselskabsdirektivet. I landsrettens præmisser fremgår i forlængelse heraf, at det forhold, at udbyttet henstod hos NetApp Bermuda i 5 måneder og investeret i obligationer, og at det var muligt for NetApp Bermuda at undlade at udlodde udbyttet til NetApp USA – hvilket ville have udgjort retsmisbrug – ikke kunne føre til et andet resultat, da udbyttet var videreoverført inden for overskuelig tid og som det var planlagt.

Østre Landsret fandt derfor, at udbytteudlodningen på 565.896.000 kr. ikke var skattepligtig efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Situationen er altså i sagen den, at NetApp Cypern efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., er skattepligtig af udbyttet, men at dette udbytte ved Højesteret – der anså NetApp USA for udbyttets retmæssige ejer – fritages for beskatning, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

5.7.2. Hvilket moderselskab

Som det blev beskrevet allerede i kapitel 2, er udbytteudlodninger fra danske datterselskaber til udenlandske moderselskaber som udgangspunkt skattepligtige. Sådant udbytte kan dog fritages fra beskatning når beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter bl.a. en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt. På baggrund af Højesterets fortolkning affødes derfor spørgsmålet om, hvilket moderselskab der er tale om, og hvilket selskab der oppebærer udbyttet.

I den ovenstående sag udbetales udbyttet fra NetApp Danmark til NetApp Cypern, men gennem en analyse af de faktiske forhold, når både Østre Landsret og Højesteret frem til, at dette udbytte strømmer direkte igennem både det cypriotiske selskab og selskabet på Bermuda. Faktum i denne sag afføder derfor spørgsmålet om, hvem der egentlig oppebærer udbyttet – om det er den direkte udbyttmodtager, eller om man anser den retmæssige ejer, som det selskab, der oppebærer udbyttet.

Når det synes relevant at behandle dette spørgsmål, skyldes det selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., da det fremgår heraf, at udenlandske selskaber er skattepligtige af udbytte oppebåret fra kilder her i landet. Det er altså det selskab, der oppebærer udbyttet, der er skattepligtig heraf. Anparterne i NetApp Danmark er ejet af NetApp Cypern. Udbytte beskattes hos det skattesubjekt,

der er civilretlig ejer af anparterne på det tidspunkt hvor der erhverves ret til udbyttet – altså den der ejer anparterne på det tidspunkt, hvor udbyttet deklarerer. På tidspunktet hvor det beslutes at udlodde udbytte til NetApp Cypern, er NetApp Cypern ejer af anparterne i NetApp Danmark. Selskabet der oppebærer udbyttet og dermed er skattepligtig heraf, kan derfor ikke være andre en NetApp Cypern. Det fremgår i øvrigt af sagen, at begge parter er enige om, at NetApp Cypern er rette indkomstmodtager af udbyttet.

Situationen er altså i sagen den, at NetApp Cypern efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., er skattepligtig af udbyttet, men at dette udbytte ved Højesteret – der anså NetApp USA for udbyttets retmæssige ejer – fritages for beskatning, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Hvis det forudsættes, at det moderselskab der henvises til i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt., i relation til nedsættelse af skatten efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det skattepligtige moderselskab, må det betyde, at det i den konkrete sag er et krav for skattefritagelse, at skatten skulle nedsættes efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst – hvilket ikke var tilfældet, da NetApp Cypern ikke var retmæssig ejer af udbyttet.

En mulig løsning kunne herefter være, at der ifølge Højesteret ikke nødvendigvis behøver at være sammenfald mellem det moderselskab der ejer datterselskabsaktierne, og det moderselskab der omtales ifm. kravet om, at skatten skal nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land hvor moderselskabet er hjemmehørende. Hvis det lægges til grund, at der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem disse to moderselskaber, ville det i den konkrete situation kunne føre til, at NetApp Cypern anses for moderselskab, for så vidt angår definitionen af datterselskabsaktier, og at NetApp USA anses for moderselskab i relation til den dobbeltbeskatningsoverenskomst, der skal begrænse skatten. Bestemmelsen i selskabsskatteloven henviser som betingelse for skattefritagelse til, at der skal ske nedsættelse af skatten efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten med det land, hvor moderselskabet er hjemmehørende. En betingelse for nedsættelse af skatten efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst er som bekendt, at udbyttmodtageren er retmæssig ejer.

I den konkrete sag anså Højesteret NetApp USA for den retmæssige ejer af udbyttet. Når Højesteret når frem til at udbyttet er fritaget for skattepligt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, smh. den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det nærliggende at forstå det således, at der ikke nødvendigvis behøver at være sammenfald mellem det moderselskab, der umiddelbart modtager udbyttet, og det moderselskab, der henvises til i forbindelse med skattens frafald eller begrænsning

efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det er derfor nærliggende at fortolke Højesterets resultat således, at der sker fritagelse af skattepligten efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, når beskatningen skal nedsættes eller frafaldes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor det ”moderselskab”, der er den retmæssige ejer, er hjemmehørende, uagtet at det ikke nødvendigvis er det direkte udbyttmodtagende moderselskab.

Uanset en sådan fortolkning ikke synes indlysende når der henses til lovens ordlyd, kan den dog i det konkrete tilfælde have gode grunde for sig. Hvis NetApp Cypern var blevet anerkendt som retmæssig ejer af udbyttet, ville udbyttet være fritaget for skattepligt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt. smh. den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Når der som i det konkrete tilfælde sker gennemstrømning af udbyttet, er det lige så klart, at NetApp Cypern som udgangspunkt ikke er retmæssig ejer, hvorefter betingelserne for fritagelse af skattepligt ikke længere er til stede. Når det så som i det konkrete tilfælde kan fastslås med sikkerhed, at udbyttet er gennemstrømmet til et selskab, der er hjemmehørende i et land, der har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med kildelandet, og det med sikkerhed kan fastslås, at dette selskab er den retmæssige ejer af udbyttet, så kan der næppe siges reelt at være sket en ændring i den skattemæssige behandling af udbyttet.

Uanset det ikke i den konkrete situation synes at give anledning til nævneværdige problemer, kan det dog ikke herved udelukkes, at en sådan fortolkning ikke vil give anledning til udfordringer i andre situationer. I den situation der er beskrevet ovenfor, har kildelandet indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med både det land, hvor den direkte udbyttmodtager er hjemmehørende, og det land, hvor den retmæssige ejer – som udbyttet er gennemstrømmet til – er hjemmehørende.

Situationen er ikke nødvendigvis lige så uproblematisk, hvis tilfældet i stedet var, at der ikke mellem kildelandet og landet hvor den direkte udbyttmodtager er hjemmehørende, men blot mellem landet, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende, er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. I sådan et tilfælde vil den direkte udbyttmodtager være skattepligtig af udbytte, som det modtager fra sit datterselskab i Danmark, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt. Hvis der i dette tilfælde sker gennemstrømning af udbyttet til et selskab der er hjemmehørende i et land, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og det kan fastslås med sikkerhed, at dette selskab er retmæssig ejer af udbyttet, vil den af Højesteret anvendte fortolkning medføre, at udbyttet vil være fritaget for skattepligt, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 4. pkt., idet der herefter vil

skulle ske nedsættelse af skatten efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor ”moderselskabet”, der er den retmæssige ejer, er hjemmehørende.

Selvom der i denne situation – i lighed med situationen ovenfor – ikke reelt kan siges at være sket en ændring af den skattemæssige behandling af udbyttet, idet resultatet jo må være baseret på den præmis, at det ikke er den direkte udbyttmodtager, men derimod den retmæssige ejer, der har ret til at disponere over udbyttet, og den retmæssige ejer kunne have modtaget udbyttet skattefrit direkte fra Danmark, kan det dog næppe have været intentionen, at der skabes mulighed for skattefritagelse ved udbytteudlodninger fra danske selskaber til selskaber i sådanne tredjelande. I forlængelse heraf kunne man også forestille sig, at der i denne situation ville blive stillet strenge krav til beviset for, at det pågældende udbytte er bestemt til at blive videreført og at den umiddelbare udbyttmodtager ikke har ret til at disponere over det.

Kapitel 6. Konklusion

Det følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, at udenlandske moderselskaber, der oppebærer udbytte fra danske datterselskaber, som udgangspunkt er begrænset skattepligtige til Danmark. Det følger dog af samme bestemmelse, at dette ikke gælder, såfremt skatten skal frafaldes eller nedsættes efter enten moder-/datterselskabsdirektivet, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Hvis betingelserne for skattefritagelse ikke er opfyldt, vil det udløse begrænset skattepligt, hvorefter udbyttet beskattes med en skattesats på 22%, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 8, 2. pkt. Det påhviler i den forbindelse datterselskabet at indeholde udbytteskat med 27%, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 1. Datterselskabet er dog undtaget fra at indeholde udbytteskat, såfremt betingelserne om skattefritagelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, er opfyldt, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 4.

Kildeskatten på udbytte frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet, når dette udbetales fra datterselskaber til moderselskaber hjemmehørende i EU-lande, jf. direktivets art. 5.

Dobbeltbeskatningsoverenskomster har til formål at forhindre dobbeltbeskatning, og ligeledes forhindre skatteunddragelse og skatteomgåelse. Når et dansk datterselskab udlodder udbytte til et udenlandsk moderselskab, der er hjemmehørende i et land, med hvem Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil den danske beskatningsret blive begrænset, såfremt moderselskabet er udbyttets retmæssige ejer.

På baggrund af undersøgelsen i kapitel 5, kan det konkluderes, at kravet om beneficial owner i art. 10, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst, fortolkes autonomt efter overenskomsternes hensigt og formål.

Om beneficial owner-vurderingen kan det konkluderes, at denne vurdering foretages på baggrund af en transaktionsbaseret vurdering, hvor vurderingen foretages for hver enkelt udbytteudlodning.

Ved gennemgang af Højesterets praksis om beneficial owner-sagerne om udbytte, kan det konkluderes, at særligt gennemstrømning og den retmæssige ejers mulighed for at påberåbe sig en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er elementer der tillægges betydning.

Om gennemstrømning kan det konkluderes, at såfremt det udbyttedragende moderselskab anses for at være et gennemstrømningsselskab, vil dette som udgangspunkt føre til, at dette selskab ikke anerkendes som beneficial owner af det modtagne udbytte. Ved afgørelsen af hvorvidt moderselskabet anses for et gennemstrømningsselskab, kan det konkluderes, at det er et krav, at der er sket

gennemstrømning af det modtagne udbytte til et selskab der er hjemmehørende i et land uden for EU, med hvilken Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller at en sådan gennemstrømning med sikkerhed er bestemt til at ske. Er der sket en sådan gennemstrømning, vil der herefter skulle foretages en vurdering af, hvorvidt selskabet kan anses for beneficial owner af udbyttet, og det kan i den forbindelse konkluderes, at der ved denne vurdering bliver lagt vægt på, om selskabet har ret til at disponere over det modtagne udbytte, eller om det er forpligtet til at videreformidle dette. Ved denne vurdering bliver der lagt særlig vægt på, om de faktiske forhold omkring udbytteudlodningen viser, at selskabet reelt ikke har haft dispositionsretten til udbyttet.

At et selskabs ledelse har sædvanlig beslutningskompetence, er ikke et forhold der tillægges selvstændig betydning, således at dette medfører, at selskabet automatisk anses for beneficial owner. Det er ligeledes ikke et forhold der i beneficial owner-vurderingen ses at blive tillagt nævneværdig betydning, hvis de faktiske omstændigheder klart viser at dispositionsretten til udbyttet reelt er ikke eksisterende.

Det kan ikke med sikkerhed konkluderes, at aktivitetsniveauet i det udbyttmodtagende moderselskab er et forhold, som har selvstændig betydning i vurderingen af, om selskabet kan anses for beneficial owner eller ej. Selskabets aktivitetsniveau inddrages dog som et forhold i den samlede vurdering af, hvorvidt der er tale om et gennemstrømningsselskab.

Endelig kan det konkluderes, at det afgørende tidspunkt for hvornår selskabet skal have dispositionsretten til udbyttet, som minimum er på det tidspunkt det modtages.

Om betydningen af, at den ultimative ejer i en koncernstruktur er hjemmehørende i et land, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan det konkluderes, at det er et forhold der inddrages både i relation til vurderingen af, hvorvidt der er tale om retsmisbrug af moder-/datterselskabsdirektivet og ved vurderingen af, om beskatningsretten skal begrænses efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Betydningen i relation til moder-/datterselskabsdirektivet kommer til udtryk derved, at det ved vurderingen af om der foreligger retsmisbrug af direktivet, er et element der – omend med beskeden vægt – kan inddrages heri. Hvis det på baggrund af de faktiske omstændigheder er klart at der er tale om retsmisbrug, har forholdet ingen betydning. Når det må konkluderes at forholdet alligevel kan have betydning, skyldes det, at det dog heller ikke kan afvises, at forholdet er udtryk for at der ikke er tale om retsmisbrug.

I relation til dobbeltbeskatningsoverenskomster kan det konkluderes, at det forhold, at den ultimative ejer er hjemmehørende i et land, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan have betydning på den skattemæssige behandling af udbyttet, i de tilfælde hvor det er fastslået, at den direkte udbyttedtager, ikke er retmæssig ejer. I denne situation er det dog ikke så meget det forhold, at der mellem Danmark og det land, hvor den ultimative ejer hjemmehørende, er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der har betydning, medmindre den ultimative ejer samtidig er beneficial owner. Hvis udbyttet er gennemstrømmet til et selskab, der er hjemmehørende i en sådan overenskomststat, og det med sikkerhed kan fastslås, at dette selskab er beneficial owner af udbyttet, vil udbytte kunne fritages for skat, på baggrund af denne dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Referencer (litteraturliste)

- Bolander, J., Madsen, L., Nørgaard Laursen, A., & Langhave Inge. (2023). *Lærebog om indkomstskat* (20 udg.). København: Djøf Forlag.
- Evald, J. (2020). *Juridisk teori, metode og videnskab* (2 udg.). København: Djøf Forlag.
- Michelsen, A., Nørgaard Laursen, A., & Svendgaard Dalgas, A. (2017). *International skatteret* (4 udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.
- Munk-Hansen, C. (2017). *Den juridiske løsning - introduktion til juridiske metode* (1 udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Munk-Hansen, C. (2018). *Retsvidenskabsteori* (2 udg.). København: Djøf Forlag.
- Schmidt, P. K., Tell, M., & Weber, K. (2020). *International skatteret - i et dansk perspektiv* (2 udg.). Ukendt: Hans Reitzels Forlag.
- Werlauff, E. (2019). *Selskabsskatteret* (21 udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.
- Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Wittendorff, J., Pedersen, J., Siggaard, K., Jeppesen, I., . . . Eriksen, C. (2013). *Skatteretten 3* (6 udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.

Lovgivning:

Selskabsskatteloven

Lovbekendtgørelse 2022-08-22 nr. 1241- Selskabsskatteloven

Ligningsloven

Lovbekendtgørelse 2023-01-13 nr. 42 om påligningen af indkomstskat til staten

Aktieavancebeskatningsloven

Lovbekendtgørelse 2021-01-29 nr. 172 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.

Kildeskatteloven

Lovbekendtgørelse 2023-11-20 nr. 1330 – Kildeskatteloven

EU retsforskrifter:

Rente-/royaltydirektivet

Direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003, som ændret ved direktiv 2004/66/EF af 26. april 2004, direktiv 2004/76/EF af 29. april 2004, direktiv 2006/98/EF af 20. november 2006 og direktiv 2013/13/EU af 13. maj 2013.

Moder-/datterselskabsdirektivet

Direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011, som ændret ved direktiv 2013/13/EU af 13. maj 2013, direktiv 2014/86/EU af 8. juli 2014 og direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015.

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

C2012/326/01

Wienerkonventionen om traktatretten –

Ved kgl. resolution af 10. maj 1976 og efter at folketinget den 22. april så. havde meddelt sit samtykke dertil, har Danmark ratificeret den i Wien den 23. maj 1969 udfærdiget konvention om traktatretten.

Domspraksis:

TfS 1994.184H

TfS 1993.7H

TfS 2003.222H

SKM2012.121.ØLR

U.2023.1575H

U.2023.4403H

Bindene svar:

SKM.2023.279.SR

Artikler:

SR.2007.395

