

Indholdsfortegnelse

Anvendte forkortelser	3
1. Indledning og problemstilling	4
1.2. Problemformulering	5
2. Metodisk tilgang	6
2.1 Retskilder	7
2.1.1 Definitioner	8
2.2 Afgrænsning	8
2.3 Opbygning	9
3. Internationalisering	11
3.1 Hvorfor koncerndannelse?	12
3.2 Beskatning af internationale selskaber	15
3.3 Gennemstrømningsselskab	16
3.3.1 Via udbytte	17
3.2.2 Via renter	19
4. Beskatning af koncernt interne transaktioner	21
4.1 Begrænset skattepligt for selskaber	21
4.1.1 Skatteretlige hjemstedsbegreb	22
4.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomster	23
4.2.1 OECD's Modeloverenskomst	24
4.2.2 Generelle principper	25
4.2.3 Forhold til intern ret	26
4.2.4 Modeloverenskomstens kommentarer	27
4.2.5 Udbytte og renter	29
4.3. EU retten	30
4.3.1 Forhold til intern ret	30
4.3.2 Moder- /datterselskabsdirektivet - 2011/96/EU	33
4.3.3 Rente- /Royaltydirektivet - 2003/49/EF	34
5. Beneficial Owner	35
5.1 Oprindelse	35
5.2 OECD's Modeloverenskomst	36
5.2.1 Konkretisering af beneficial owner	38
5.3 EU direktiverne	41
5.3.1 Rente- /royaltydirektivet	41
5.3.2 Moder- /datterselskabsdirektivet	42
5.4 Intern ret	43
5.4.1 Retmæssige indkomstmottager	44
5.5 International retspraksis	46
5.5.1 Indofoods	46
5.5.2 Prevost Car	47
6. Danske afgørelser	50
6.1 SKM2012.121.ØLR – 'ISS sagen'	50
6.1.1 Sagens oplysninger	50
6.1.2 Illustration – ISS	51
6.1.3 Parternes argumentation	52
6.1.4 Opsummering	54
6.2. SKM 2012.26 LSR	55
7.2.1 Sagens oplysninger	55
6.2.2 Illustration	56

6.2.3 Parternes argumentation.....	56
6.2.4 Opsummering.....	58
6.3 SKM2011.57.LSR.....	59
6.3.1 Sagens oplysninger.....	59
6.3.2 Illustration	60
6.2.3 Parternes argumentation.....	60
6.3.4 Opsummering.....	62
6.4 SKM2012.409 LSR.....	63
6.4.1. Sagens oplysninger	63
6.4.2 Illustration	63
6.4.3 Parternes argumentation.....	64
6.4.4 Opsummering.....	66
7.Udledte konklusioner	67
7.1 Autonom vs. intern fortolkning.....	67
7.2 Forhold til EU retten.....	68
7.3 Gennemstrømningsselskaber.....	69
7.3.1 Dispositionsretten.....	69
7.3.2 Kommercielle indhold.....	69
7.3.3 Pengestrømme.....	70
7.4 Gennemstrømning af DBO'er.....	70
8.Konsekvenser for selskaber	72
8.1 Direkte skattekonsekvenser.....	72
8.2 Koncernstruktur.....	72
9.Konklusion	74
10 Litteratur og kildehenvisning	76

2013

Aalborg Universitet
Samfundsvidenskabelige
Fakultet
Cand.Merc.Aud

Kandidatafhandling

Titel

Beneficial Owner

-I forhold til gennemstrømningselskaber



Forfatter

Mathias Z. Werner

Titelblad

Kandidatafhandling: Cand.Merc.Aud
Aalborg Universitet

Titel: Beneficial Owner – I forhold til gennemstrømningselskaber

Engelsk titel: Beneficial Owner – In Relation to Conduit Companies

Vejleder: Liselotte Madsen

Emne: International skatteret

Dato: 02/10 – 2013

Sidetæl: 78

Studienummer: 20021057

Afleveret af:

Mathias Werner

Anvendte forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
Kommentarerne	Kommentarerne til OECD's Modelovenskomst
KSL	Kildeskatteloven
LSR	Landsskatteretten
Modelovenskomsten	Model Tax Convention udgivet af OECD – årstal angiver udgave
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
SEL	Selskabsloven
SSL	Selskabsskatteloven
SKL	Skattekontrolloven
SR	Skatterådet
ØLR	Østre Landsret

1. Indledning og problemstilling

Problemer ved beskatning af multinationale selskaber er for tiden underlagt stor interesse, dels på grund af problematikens stigende omfang, dels på baggrund af medieomtale om opfattelsen af, at mange profitable multinationale selskaber ikke betaler skat i Danmark. Beskatning kan til tider virke som en slags evig leg af 'katten efter musen', hvor uanset hvordan skatteregler bliver indrettet, vil borgeren altid have en interesse i at minimere sine skattebyrder, men samtidig har ret til ikke at betale mere end han skal. Metoder til at nedsætte sin skattebyrde kan meget overordnet inddeles i tre kategorier; undgåelse, unddragelse og smuthuller. Undgåelse er fuldt ud legitime indretning af ens finanser, sådan at der ikke betales mere skat end højest nødvendigt. Derimod er unddragelse det, at illegitimt undlade at betale det man skal. Et sted imellem disse to tilstande er der smuthullerne, hvilke er legitime, men af myndighederne opfattet som utiltænkte, metoder hvormed skattebyrden kan nedsættes – en slags 'fejl' i lovgivningen.

Den stigende internationalisering og harmonisering af økonomien, som vi har oplevet i de seneste årtier, har medført at virksomheders har fået flere muligheder for skatteplanlægning og dermed udstillet smuthuller i diverse nationale skattesystemer. Især siden starten af 1980'erne har der været stor fokus på at få harmoniseret skattesystemer til værn mod hvad der ofte betegnes 'aggressiv skatteplanlægning'. Med dette menes bevidst udnyttelse af teknikaliteter og uoverensstemmelser imellem skattesystemer for at opnå en lavere beskatning¹ – dog uden begrebet har en universel definition. Tidligere har fokus været rettet mod virksomheders interne betalinger, såkaldt transfer pricing, mens nyere fokus har været rettet mod skattely. Det er i forbindelse med denne nyere fokus at beneficial owner begrebet har sin relevans.

Siden 2007 har de danske skattemyndigheder rettet en øget kontrolindsats mod betalinger til udenlandske moderselskaber herunder især i forbindelse med kapitalfondes opkøb af danske virksomheder. Kontrolindsatsen har skærpet opmærksomheden omkring arrangementer, der hævdes at have til formål at opnå den mest gunstige skattemæssige løsning gennem uberettiget udnyttelse af gennemstrømningsselskaber til at flytte eller ophæve skattepligten (SKAT, 2010; 4). I den forbindelse har SKAT rejst en række sager med påstand om, at det

1 Se f.eks. EU Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning (2012/772/EU) pkt. 2

modtagende selskab ikke var den retmæssige ejer (beneficial owner) af betalingerne og det udbetalende selskab derfor skulle have indeholdt kildeskat.

Fælles for sagerne er, at de omhandler situationer, hvor et dansk datterselskab har udbetalt enten udbytte eller renter til sit moderselskab, som herefter viderebetalte betalingerne til sit moderselskab i et skattely. De danske skatteregler gør sådanne udbetalinger skattefrie efter SSL §2, stk 1 litra c og d, men fritagelsen er betinget af, at modtageren er omfattet af enten gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO) eller det pågældende EU direktiver. For at være omfattet af DBO'erne er det en betingelse at selskabet er den retmæssige ejer af betalingerne, der hersker dog en del tvivl om hvordan dette begreb skal fortolkes. I sagerne har skatteydere selskaberne anfægtet skattemyndighedernes vurdering og hævdet at moderselskabet havde ret til overenskomsters fordele.

Da der ikke forligger længerevarende praksis på dette område, så vil disse sager med sandsynlighed være med til at afklare retstilstanden for hvornår mellemholdingselskaber har og ikke har ret til overenskomsternes fordele.

Med det vil denne afhandling forsøge at afdække hvordan beneficial owner betingelsen anvendes for danske selskaber.

1.2. Problemformulering

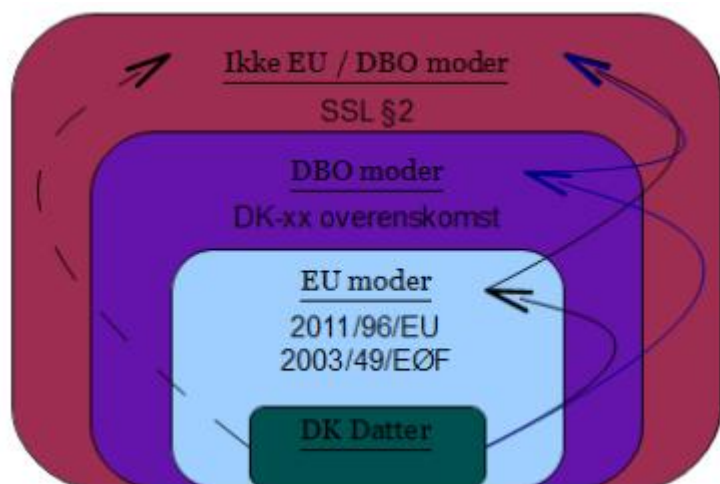
***Hvordan skal beneficial owner begrebet fortolkes i forbindelse
beskatningen af udbytter og renter betalt af danske
datterselskaber til udenlandske moderselskaber?***

2. Metodisk tilgang

Her præsenteres projektets opbygning og sammenhæng, som den betragtes af forfatteren herunder afgrænsninger og tilgange til retskilderne. Afgrænsninger og sammenhænge vil altid være diskutabile og det er derfor vigtigt, at gøre læseren opmærksom på hvordan forfatteren betragter virkeligheden.

Dette projektet omhandler anvendelsen af begrebet beneficial owner i forbindelse med beskatning af koncerninterne betalinger af renter og udbytter hos danske datterselskaber af udenlandske moderselskaber. Det danske skattesystems behandling af beneficial owner begrebet bliver dermed det centrale spørgsmål. Udgangspunktet skal findes i selskabsskattelovens bestemmelser om selskabers begrænsede skattepligt af rente- og udbyttebetalinger fra kilder her i landet samt hvornår denne skal frafaldes – lovbestemmelserne uddybes i afsnit 5.1 '*Begrænset skattepligt for selskaber*'. Betingelserne for at kildeskatten frafaldes er i loven angivet med henvisning til gældende DBO'er eller EU direktiver. Det er i disse, at beneficial owner er opstillet som betingelse for selskabernes ret til overenskomsternes fordele. Selvom det er de danske skattebestemmelser, der udgør hjemmelsgrundlaget, så er DBO'erne og EU direktiverne af særlig betydning, da det er igennem disse at mange af de sekundære kilder skal findes.

Figur 1 illustrerer situationen samt viser hvorfor geografi er vigtigt i denne sammenhæng. Hvilke bestemmelser modtagerselskabet skal opfylde for at kunne modtage udbytte skattefrit, afhænger af hvor selskabet er hjemmehørende. Indeholdspligten for de danske selskaber træder i kraft når der udbetales udbytte eller renter til moderselskaber hjemmehørende uden for Danmark. Hvis



Figur 1:

modtagerselskabet er hjemmehørende i et land, som Danmark har en DBO med, så skal kildeskatten frafaldes såfremt selskabet opfylder overenskomstens bestemmelser. Hvis

modtagerselskabet er hjemmehørende i EU, så skal den ydermere frafalde hvis EU rettens bestemmelser er opfyldt. Pilene illustrer de direkte og formelle pengestrømme, som udgør beskatningsgrundlaget, mens den stiplede pil viser den endelige pengestrøm, som ville udgøre beskatningsgrundlaget hvis ikke gennemstrømningsselskabet eksisterede eller var omfattet af DBO'erne.

2.1 Retskilder

Projektet udarbejdes med udgangspunkt i den traditionelle retsdogmatiske metode, som tager udgangspunkt i en aktuel fremstilling af gældende ret ud fra gældende og anerkendte retskilder (Wegener, 2000; 51). Der tages således afsæt i retsgrundlaget for den skattemæssige behandling af selskaber hjemmehørende i Danmark, herunder særligt den nyeste praksis på området, hvorpå analysen af retstilstanden vil bygge.

Af primære retskilder anvendes kildeskattelovens bestemmelser om indeholdelsespligt af kildeskat på udbytter og renter samt selskabsskattelovens bestemmelser om begrænset skattepligt. Inddragelsen af sekundære retskilder i form af retspraksis er nødvendigvis begrænset, da kun en sag endnu er indbragt for domstolene. Administrativ praksis anvendes i vidt omfang i form af kendelser fra Landsskatteretten. Administrativ praksis er af lavere retskildeværdi, men Landsskatteretten er et klagenævn, som fungerer på domstolslignende vilkår, det vil sige med dommers involvering. Dermed er retskildeværdien højere end normalt tillægges administrativ praksis, dog stadig lavere end domstolsafgørelser (Wegener, 2000; 112).

For EU retten benyttes både primære og sekundære retskilder. Traktaten udgør den primære kilde mens de sekundære; moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet tillægges stor betydning, da lovregler, som støtter sig på direktivers forskrifter, skal fortolkes i overensstemmelse med den EU-retlige fortolkning (Winther-Sørensen, 2009; 28). Denne må tillægges særlig betydning, da de danske lovbestemmelser ikke blot er i overensstemmelse med direktiverne, men direkte henviser til dem.

Dansk indgåede DBO'er er centrale for problemstillingen, og fortolkningsbidrag hertil har en væsentlig rolle i analysen. Det er almindeligt anerkendt, både i Danmark og internationalt, at

Modeloverenskomsten kan tillægges vægt ved fortolkning af overenskomster (Winther-Sørensen, 2009; 46). OECD's Modeloverenskomst har i denne sammenhæng en afgørende rolle. Specifikke overenskomster vil ikke blive anvendt, da danske overenskomster sigter mod og normalt følger Modeloverenskomsten tæt (Winther-Sørensen, 2009; 29). International retspraksis er medtaget, men anses ikke for bindende på danske afgørelser.

2.1.1 Definitioner

Moder-/datterselskab

Dette projekt anvender betegnelsen 'datterselskab' i sin skatteretlige form, hvilket omfatter både datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier som defineret i ABL §4 A og B.

Det skatteretlige moderselskabsbegreb er defineret i SSL §31C hvormed et moderselskab er et, som udøver bestemmende indflydeles over datterselskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger. 'Ultimative moder' er defineret i SSL §31 som det selskab, der er moderselskab uden selv af være datterselskab.

Beneficial owner sagerne

'Beneficial owner sagerne' er en generel betegnelse for de sager, som SKAT siden 2007 har rejst mod selskaber, der ikke har indeholdt kildeskat af renter eller udbytter og hvor SKAT har henvist til, at modtageren ikke var den retmæssige ejer af betalingen. De udvalgte sager i denne afhandling omfatter: SKM2012.121 ØLR, SKM2012.26 LSR, SKM2011.57 LSR og SKM2012.409 LSR. Det understreges dog, at betegnelsen generelt dækker over et ukendt antal sager, angiveligt mere end 30 (Bundgaard, 2012, 1).

2.2 Afgrænsning

I behandlingen af DBO'er, EU retten og selve sagerne fokuseres der kun på de elementer, som omhandler beneficial owner og kun i henhold til koncerninterne udbetalinger. I den udstækning om nogen, at beneficial owner begrebet har indvirkning på andre skattesituationer, så som personbeskatning eller faste driftssteder og filialer behandles dette ikke. Anliggender i sagerne behandles kun såfremt de relaterer sig til beneficial owner problemstillingen.

Problemstillingen burde i virkeligheden omhandle udbytter, renter og *royalties*. SSL §2, stk. 1 litra g indeholder bestemmelser om skattepligt af *royalties* og spejler i al væsentlighed litra c og d for udbytte og renter. EU direktivet omfatter renter og *royalties*, ligesom DBO'erne også anvender beneficial owner betingelsen i artiklen omhandlende *royalties*.

Royalties vil dog ikke blive behandlet i dette projekt af to grunde; resultatet forventes at være i identisk med behandlingen af renter samt at ingen danske eller internationale sager har adresseret beneficial owner i forbindelse med royalty betalinger.

Beneficial owner er også relevant i forbindelse med nyere dansk lovgivning² til værn mod at Danmark bliver benyttet som gennemstrømningsland. Danske datterselskaber afgrænses i projektet til selskaber, som oppebærer indkomster fra aktiviteter i landet, hvorved denne problemstilling undtages. Dette gøres dels for ikke at komplicere problemstillingen yderligere, og dels fordi der endnu ikke forligger praksis omhandlende denne situation.

2.3 Opbygning

Projektet indledes med en redegørelse for problemstillingerne i beskatning af multinationale selskaber og udviklingen i struktureringen af disse selskaber. Del I præsenterer brugen, formålet og rationalet for brugen af holdingselskaber i internationale koncerner. Dette gøres for at forstå holdingstrukturens formål udover skattetænkning, samt hvorfor det ikke kan antages, at ethvert mellemholdingselskab er oprettet af skattemæssige hensyn. Herefter vil gennemstrømningsselskaber forklares principielt og med eksempler, så der opnås en forståelse af hvordan disse fungerer i praksis.

Del II redegør for beskatningen af koncerninterne udbetalinger af udloddet udbytte og renter i selskabsskatteloven. Disse refererer til og følges derfor op af EU- og DBO retten. Det internationale system bestående af dobbeltbeskatningsoverenskomster beskrives for dets grundlæggende principper og herefter specifikt bestemmelserne omhandlende udbytter og renter. EU retten vil ligeledes indledes med de grundlæggende principper indeholdt i Traktaten. Herefter behandles moder- /datterselskabsdirektivet og rente- /royaltydirektivet specifikt. Del II omfatter også EU- og DBO rettens forhold til intern ret.

² Lov nr. 1254 af 18/12/2012. Lov om ændring af kildeskatteloven og selskabsskatteloven

Del III omhandler selve beneficial owner begrebet. Begrebet har en længere historie hvor det har udviklet sig over tid og den tidsmæssige forståelse er af relevans for problemstillingen. Begrebets udvikling gennem OECD afdækkes inden dets anvendelse inden for EU retten og dansk ret undersøges. Dette baseres på fortolkningsbidrag i form af direktiverne, Modeloverenskomstens Kommentarer og svar fra myndigheder med hensyn til den danske opfattelse.

Del IV analyser de udvalgte beneficial owner sager i form af den ene afsagte dom fra Østre Landsret og kendelser fra Landsskatteretten. Disse domme og kendelser vil blive præsenteret og analyseret for hvilke præmisser, der er blevet lagt til grund for kendelserne. Præmisserne og kendelserne vil så blive analyseret, for at søge svar på retsstillingen og udstrækningen af beneficial owners anvendelse og fortolkning.

Konklusionen består af hvordan beneficial owner begrebet er blevet anvendt i dansk ret, og på hvilke punkter retsstillingen stadig er uklar samt hvad, der kan forventes af fremtidige domme og kendelser. Hertil hører også en diskussion af konsekvenserne for beskatningen af danske datterselskaber.

3. Internationalisering

Vores tid omtales ofte med betegnelsen 'globalisering'. *"It has been said that arguing against globalization is like arguing against the laws of gravity"* – Kofi Annan

Hvad dette helt præcis dækker over er efterhånden en irrelevant diskussion. Vi mærker alle hver dag, hvordan alle hjørner af tilværelsen er mere international i dag end den var i går.

Dette gælder ikke mindst i international forretning, hvor virksomheder der koordinerer og har aktiviteter i et utal af lande, ikke længere er bemærkelsesværdigt. Man kan spore multinationale selskaber tilbage til kolonitiderne, men det var i efterkrigstiden, at selskaber for alvor begyndte at operere internationalt, som om landegrænserne knap nok eksisterer. Dette er blandt andet fordi vi politisk har gjort meget for at handelsbarrierer ophæves. GATT, WTO, EU, OECD, NAFTA osv. er alle organisationer, er har oprettet for at gøre det lettere for virksomheder at operere internationalt. Samtidigt er det også disse organisationer, som vi ser til for at løse de problemer, der følger i kølvandet på denne udvikling. Multinationale selskaber har brug for komplicerede organisationsstrukturer ofte bestående af flere selvstændige juridiske selskaber. Dette medfører en lang række konsekvenser, men i denne sammenhæng er det skattebetalinger, der er i fokus. En analyse foretaget af SKAT viser multinationale selskabers omfang og betydning for selskabsskatten i Danmark.

Tabel 1. Fordelingen af sambeskattede enheder i 2008

	Selskaber	Sambeskattede enheder	Andel af sambeskattede enheder	
	Antal		Pct.	
Multinationale selskaber, 2008	11.797	2.744	1,6	52,6
Udenlandske multinationale selskaber	2.723	1.059	0,6	9,5
Danske multinationale selskaber	9.074	1.685	1,0	43,1
Ikke multinationale selskaber, 2008	223.109	168.427	98,4	47,4
Foreninger	10.957	1.950	6,4	0,1
Øvrige aktive selskaber	142.301	92.065	53,8	43,6
Øvrige inaktive selskaber	69.851	65.412	38,2	3,7
I alt	234.906	171.171	100	100

(SKAT, 2010; 10)

Multinationale selskaber betaler lidt mere end halvdelen af den samlede selskabsskat selvom de kun udgør 1,6% af antallet af beskatningsenheder og 5,2% af det samlede antal selskaber.

Af SKAT's analyse ses også at 9,5% af den selskabsskatten betales af udenlandske selskaber. Med så stor en andel af selskabsskatten er det ikke overraskende, at det netop er her SKAT har øget sin kontrolindsats. I senere år er der indført en lang række værnsregler imod at selskaber flytter indkomster ud af landet. På trods af dette mente SKAT i 2010 at der stadig var et problem idet der kendes til virksomheder med store omsætninger uden at dette har udløst skattebetaling. Det har været regeringens ønske, at Danmark var *"i front med at afprøve rækkevidden af reglerne"* hvilket blandt andet omfatter retmæssige ejer. (SKAT, 2010; 5-6).

3.1 Hvorfor koncerndannelse?

En koncern er bemærket ved, at de enkelte virksomheder hver udgør en selvstændig juridisk person. Moderselskabets kontrol med datterselskabet sker igennem aktieejerskab frem for gennem interne ledelsesgange. Alternativet til koncerndannelse er, at strukturere sin virksomhed med filialer, afdelinger, kontorer og så videre, hvilket alt andet lige ville give selskabet mere kontrol over aktiviteterne. Derfor er det interessant at se på hvilke motiver, der ligger bag konstruktionen af en kompliceret ejerstruktur. Selvom motiverne naturligvis er dybt afhængige af den enkelte virksomhed, så er det fornuftigt at holde de forretningsmæssige grunde for øje, da en værnsregel helst ikke skal stille sig i vejen for disse.

For enkeltpersoner kan det være fornuftigt at eje et driftsselskab gennem et holdingselskab af hensyn til fleksibilitet, da ejere af driftsselskaber ofte har ejerandele i flere driftsselskaber eller driftsselskabet selv kan have flere ejere. Herudover er der også skattemæssige implikationer. Dette gælder også for koncerner, herudover konsoliderer de ofte datterselskaber og andre investeringer i en region eller forretningssegment under et selskab. Dette selskabs kan være så simpel som en holdeplads, hvor kapital fra flere selskaber konsolideres enten til senere udbytte eller til geninvestering og interne lånearrangementer, hvilket kan forsimple håndteringen af investeringerne, pengestrømmene og rapportering til de(n) overliggende ejer(e).

I et simpelt holdingselskab vil der normalt ikke være megen egentlig aktivitet. Modsat det simple holdingselskab, så har et hovedkvarter til formål at integrere driftsselskabernes aktiviteter. Dette involverer for eksempel bistand (juridisk, finansiel, markedsføring), koordinering, informationsbehandling og lignende (Dicken, 2004; 239-240).

I praksis kan det være svært at skelne mellem holdingselskaber og hovedkvarterer især hvis moderselskabet er et investeringsselskab og dermed ikke har den slags aktiviteter vi normalt forstår med ordet 'drift'.

Peder Møller inddeler motiverne til koncerndannelse i følgende 8 kategorier:

I Komplementaritetsgevinst

Fælles budget- og planlægning inden for flerledet forædlingskæder kan give en større og mere sikker samlet gevinst end hvis hvert led planlagde selvstændigt. Fælles ledelse sikrer koordinerede aktiviteter og matcher produktion til afsætning.

II Strukturrationalisering

Ved at sammenslutte virksomheder indenfor samme branche eller produktionstrin kan der opnås en mere rationel produktion. Dette kaldes en horisontal koncern og fordelene er stort set de samme som ved den vertikale model. Forskellen består blot i, at hvis selskaberne var uafhængige ville de stå i et konkurrence forhold til hinanden hvorimod de ville stå i et kunde-leverandør forhold ved den vertikale koncern.

III Differentiering

Når virksomheder bevæger sig ind på potentielt risikable forretningsområder, så kan det være fordelagtigt at udføre denne aktivitet i en selvstændig virksomhed. Hermed sikres modervirksomhed hvis forventningerne ikke opnås. Ligeledes kan risikospredelse ske ved at eje aktiviteter i forskellige brancher, hvorved der sikres mod konjunktursvingninger. I sådanne tilfælde giver det også mening, at bevare enhederne som juridisk selvstændige, da det er lettere and købe-sælge hele selskaber end en samling aktiver.

IV Uafhængighed af fremmedkapital

Forudbetalinger, lange kredit tider eller kapitaltunge investeringer kan bevirke, at virksomheder har udsving i behovet for fremmedkapital. Ved at komplimentere hinanden med kapital kan koncernens samlede behov for fremmedkapital mindskes.

V Leverage

Ved at eje stemmeflertallet men ikke eje 100% af aktierne kan investorer opnå kontrollen med langt større aktiviteter for mindre investeret kapital. Dette bevirker

naturligvis, at investorerne heller ikke opnår det fulde udbytte, men kontrollen bliver ikke delt med minoritetsejerne.

VI Vækst

Beslægtede med leverage motivet er koncerndannelse en kapitalbillig måde at opnå vækst i aktivitet og omsætning.

VII Internationale forskelle

- a. Skat: Forskelle i skatteregler og satser kan gøre en udenlandsk dattervirksomhed attraktiv. Der kan også være skattemæssige konsekvenser alt afhængigt af, om aktiviteten udføres gennem en filial eller et selskab.
- b. Kultur: Myndigheder, kunder og andre kan være mere venligt stemt overfor en "selvstændig" lokal virksomhed end en afdeling af en ukendt udenlandsk virksomhed.

VIII Organisatoriske hensyn

Ved at fordele aktiviteten op på mindre "selvstændige" enheder kan der opnås større fleksibilitet og motivation hos medarbejdere og ledelse.

IX Modgående faktorer

For de fleste fordele er der alternative måder at opnå disse på. For eksempel kan intern opdeling af aktiviteter på selvstyrende driftsenheder opnå de samme medarbejder fordele. Samhandelsfordele kompliceres hurtigt af transfer pricing regler, og administrativt kan det, at enhederne er formelt selvstændige, føre til meromkostninger, da hver enhed skal opfylde sine selskabsretlige forpligtelser.

Baseret på (Møller, 2010; 16-21)

Når der skal vurderes om et selskab tjener et forretningsmæssigt formål er disse faktorer værd at huske. Visse faktorer for eksempel de organisatoriske hensyn eller uafhængighed af fremmedkapital kunne hurtigt forveksles med et kunstigt gennemstrømningselskab.

3.2 Beskatning af internationale selskaber

Lovgivning og Skattemyndigheder hører under national suverænitet og gælder derfor kun for subjekter indenfor den pågældende stats grænser.

Historisk har skattelovgivningen været designet med den antagelse, at den økonomiske aktivitet forblev inden for landets grænser. Med begyndelsen af grænseoverskridende handel blev der identificeret den potentielle problemstilling, at selskaber kunne blive udsat for dobbeltbeskatning. Dette anses for uhensigtsmæssigt, fordi det er til hindre for økonomiske investeringer især foreign direct investments (OECD, 2013; 9).

I interne skattesystemer er problemer af denne karakter løst via matching. Hvis en indkomst er skattepligtig for modtageren, så er den normalt også fradragsberettiget for betaleren med mindre andet bevidst er valgt fra politisk side. Et sådan matchingprincip eksisterer ikke internationalt (OECD, 2013; 11). Løsningen af denne problemstilling startede i 1920'erne via dobbeltbeskatningsoverenskomster, men op gennem de tyvende århundrede har nye udviklinger gjort det betydeligt lettere at organisere virksomheder over landegrænser. Blandt disse udviklinger kan nævnes; nedbrydning af handelsbarrierer, udviklingen af telekommunikation, teknologi og transport muligheder kombineret med en overflod af kapital. Den oprindelige fokus var at sikre virksomheder mod dobbeltbeskatning, mens nyere indsats har været fokuseret mod virksomheders misbrug af disse foranstaltninger til at anvende skattely eller udsætte stater for skadelig skatte konkurrence. Misbruget forekommer ved, at selskaber flytter penge rundt mellem lande blot for at undgå beskatning og ikke skaber reel økonomisk aktivitet. Indsatsen kom for alvor i gear i 1996, da ministre anmodede OECD om at: *"develop measures to counter the distorting effects of harmful tax competition on investment and financing decisions and the consequences for national tax bases, and report back in 1998"* (OECD, 1998; 4). Resultatet af dette blev rapporten *"Harmful Tax Competition – An emerging global issue"*, som indeholder et samlet overblik problemstillingerne samt mulige værn herimod.

Selskaber har naturligvis lov til at placere deres økonomiske aktiviteter i de lande, der er mest gunstige for dem. Dette anses ikke generelt som et skatteteknisk problem, selvom det kan være et politisk problem. Det er når den skattepligtige indkomst bliver kunstigt separeret fra de reelle aktiviteter, at det bliver et problem (OECD, 2013; 10). De lande, som faciliterer sådan

separering betegnes som 'skattely lande' og er til skade for de lande, hvor den reelle aktivitet udføres og dermed har trukket på samfundets ressourcer. Når de fleste hører ordet skattely, så vil tankerne sikkert føres hen på eksotiske tropeøer eller miniput nationer, men det er langt fra tilfældet i virkeligheden. Velrenommerede lande som USA (Delaware), Irland og Nederlandene og endda Danmark har figureret på lister over skattely lande (Henn, 2013; 2. DR, 2011).

For at opnå fordelene af et lands skattebestemmelser, uden at investere i reel aktivitet i landet, kan man gøre brug af gennemstrømningselskaber. Metoden involverer at oprette et mellemholdingselskab i et land og så føre beskatningsgrundlaget hertil. Så bliver dette beskattet i dette land i stedet for der, hvor det er skabt, men uden at påvirke virksomhedens driftsaktiviteter. Gennemstrømningslandet skal naturligvis have fordelagtige skattebestemmelser før dette giver mening, og disse er ofte at finde i DBO'erne. Da det man gør, så at sige er at shoppe rundt og vælge den overenskomst, der er mest fordelagtig for en betegnes dette ofte som 'treaty shopping'. (Baker, 2007; 15).

3.3 Gennemstrømningselskab

Allerede i 1977 udtrykte OECD bekymring over den utiltænkte opnåelse af overenskomsters fordele, der ellers ikke ville være tilgængelige, gennem et juridisk subjekt, som er oprettet udelukkende eller hovedsageligt for, at kunne påberåbe sig DBO'en (OECD, 1986; A1). Dette blev fulgt op i 1986 af rapporten "*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*". Denne rapport giver eksempler på og forklaring af gennemstrømningselskaber.

Principielt er et gennemstrømningselskab et, som påberåber sig DBO'en i eget navn, men hvor fordelene tilfalder en person i et tredje land. Den skattemæssige fordel opstår af, at der ikke opstår betydelig beskatning i gennemstrømningslandet. De økonomiske fordele er oparbejdet i kildelandet og dettes interne skatteregler adresserer situationen tilfredsstillende, men problemet opstår på grund af DBO'en (OECD, 1986; D6). Problemstillingen kan yderligere kompliceres af, at selskabskonstruktionen kan være i flere led såkaldte 'stepping stone' arrangementer.

Nedenfor beskrives to eksempler; et hvor pengestrømmen føres ud af kildelandet via udbytte og et via renter. Disse illustrerer den principielle fremgangsmåde og er baseret på følgende involverede lande.

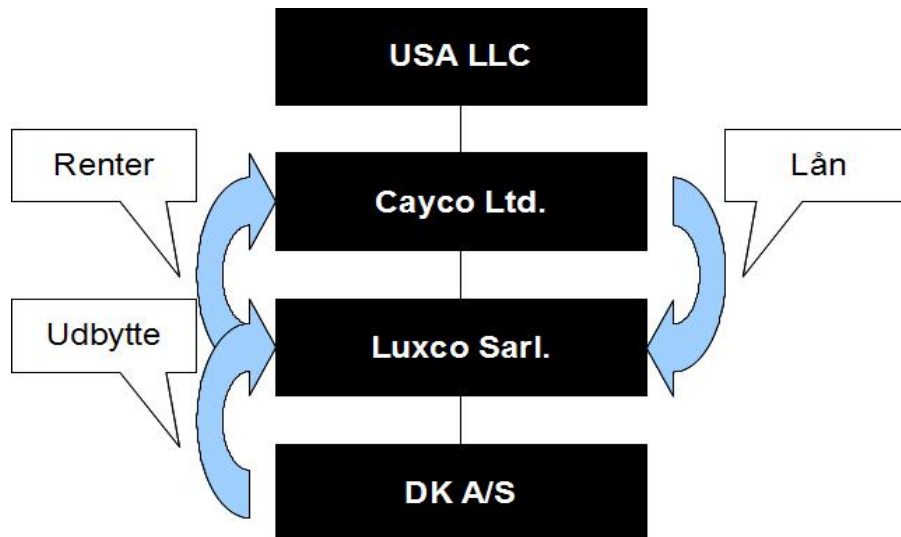
- Cayman Islands: Ikke EU land og ingen DBO med Danmark. Indkomst er typisk skattefri eller yderst lempeligt beskattet efter intern skattelovgivning
- Luxembourg: Som ikke indeholder kildebeskatning af rentebetalinger
- USA LLC: som er det ultimative moderselskab og er et investeringsselskab hjemmehørende i USA

3.3.1 Via udbytte

Efter dansk skattelov er udenlandske selskaber begrænset skattepligtige til Danmark af de renter og udbytter, som de modtager fra deres danske datterselskaber. Udenlandske selskaber kan undgå denne skat ved at føre udbyttet gennem et selskab, som opfylder betingelserne for at beskatningen frafalder. Ved at indskyde et eller flere holdingselskaber hjemmehørende i EU eller i et land, som Danmark har indgået en DBO med, mellem den ultimative ejer og datterselskabet, bliver udbyttet betragtet som betalt hertil og beskattes som sådan. Herfra kan pengene udbetales til det udenlandske selskab under de beskatningsbestemmelser, der gælder i gennemstrømningslandet. For at dette vil være i koncernens interesse forudsættes, at udbetalingen til gennemstrømningslandet ikke beskattes, og der reelt er mulighed for at opnå en mere favorabel beskatning i mellemlandet. Ellers ville konsekvensen blot være at flytte beskatningen fra et land til et andet.

Udlodning af udbytte fra danske selskaber sker efter SEL §§180-184 og er en selskabsretlig disposition, som skal følge de formelle civilretlige regler herom. Beslutningen om at udlodde udbytte træffes af generalforsamlingen i det udloddende selskab jf. SEL §180, med simpelt flertal med mindre selskabets vedtægter bestemmer andet jf. SEL §105. Det følger heraf, at det indskudte selskab skal besidde mindst 50% af stemmerne, for at få vedtaget en beslutning om udlodning af udbytte.

Eksempel – finansieringsmodel I – udbytte



I dette eksempel opretter Cayco Ltd. et mellemholdingselskab i Luxembourg Luxco Sarl. og yder dette et lån til at finansiere købet af DK A/S og samtlige aktiver.

Såfremt ejerskabskravet i moder- /datterselskabsdirektivet er opfyldt, dvs. Luxco Sarl. besidder mindst 10% af ejerandele i DK A/S, følger det af SSL §2, at den danske udbytteskat frafaldes. Ifølge Luxembourgs interne skatteregler beskattes det modtagne udbytte ikke når selskabet er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet. Renter er normalt ikke underlagt beskatning i Luxembourg. (Michaels og Føgh, 2006; 35). Det modtagne udbytte benytter Luxco til at betale renterne på lånet fra Cayco.

Hvis udbyttet ikke beskattes i Danmark eller Luxembourg, og i Luxco bliver omdannet til renteudgifter, som heller ikke beskattes i Luxembourg kan udbyttet bevæge sig til Cayman Islands uden at blive beskattet.

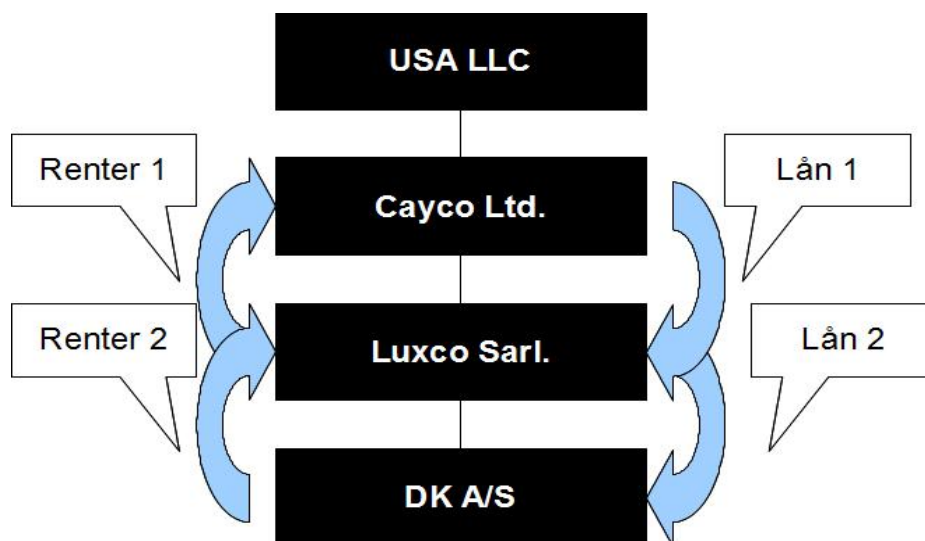
Dette eksempel kommer ikke nærmere ind på forholdet eller pengestrømmene fra Cayman Islands til USA, men da Cayman Islands er et berygtet skattely, bliver det formodentlig heller ikke her udsat for megen beskatning her før eventuel udlodning eller anden overførsel til USA LLC.

3.2.2 Via renter

Renteskat i Danmark kan undgås ved at betale renterne til et gennemstrømningsselskab, som opfylder betingelserne for at denne skal frafaldes.

Inden vi ser på eksemplet med renter er det vigtigt at være opmærksom på nogle særregler vedrørende koncerninterne lån. For det første er koncerninterne lån omfattet af de samme principper som andre koncerninterne transaktioner, hvormed det generelle armslængdeprincip for transfer pricing skal være opfyldt. Herudover indeholder SSL §11 værnsregler mod tynd kapitalisering, som kan være vigtige i konkrete tilfælde. Blandt de vigtigste af disse er, at fradragsretten for renteudgifter kan beskæres for koncerninterne lån, hvis forholdet mellem fremmedkapital og egenkapital overstiger 4:1 ved indkomstårets årets afslutning. SSL §11 B begrænser fradragsberettigelsen for nettofinansieringsudgifter, som overstiger selskabets aktiver multipliceret med standardrenten.

Eksempel – finansieringsmodel II – renter



Dette eksempel er næsten identisk med det første, selskaberne er de samme og det er deres placering også. Her låner giver Luxco et lån til DK. Ligesom for udbytter skal dansk renteskat frafaldes, hvis modtageren er omfattet af rente-/royaltydirektivet jf. SSL §2 stk. 1 litra c. Luxembourg har ikke regler om tynd kapitalisering (Michaels og Føgh, 2006; 35) og Luxco kan optage et tilsvarende lån hos Cayco. Renteindtægterne fra lån 2 benyttes til at betale udgifterne til lån 2 og der udløses ingen skat. Igen er betalingerne kommet fra Danmark til

Cayman Islands uden at være blevet beskattet. Som tidligere nævnt er der en række særregler vedrørende finansieringsudgifter/indtægter både i Danmark og Luxembourg. Det kan i praksis kræve en vis kreativitet med lånearrangementerne at få dem til at passe.

De to metoder kan virke ombyttelige og er det også i en vis udstrækning. Af fordele for udbyttetmetoden kan nævnes, at den undgår værnsreglerne om tynd kapitalisering og kan anvendes på driftsselskaber, selvom de ikke er helejede datterselskaber. Ellers kan der være behov for at placere et dansk holdingselskab over driftsselskabet. Blandt fordelene for rentemetoden er, at driftsselskabet måske kan fradrage renteudgifterne i dets skattepligtige indkomst. Kreativitet kan være påkrævet for at få lånet ind i Danmark, men i praksis kan det lade sig gøre. Om ikke andet, så kan man yde det til et nystiftet holdingselskab i Danmark, som anvender det til at erhverve driftsselskabet.

4. Beskatning af koncerninterne transaktioner

4.1 Begrænset skattepligt for selskaber

Legalitetsprincippet indebærer at myndighedsbeslutninger, der har indgribende virkning over for borgere, altid skal have hjemmel i lov. For skatteretten er hjemmelskravet direkte fastsat af Grundlovens §43; *"Ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov; ej heller kan noget mandskab udskrives eller noget statslån optages uden ifølge lov."*

Legalitetsprincippet og dette delegationsforbud medfører, at skatteretten er omfattet af et skærpet legalitetskrav således, at bebyrdende skattelovgivning altid skal fortolkes indskrænkende, og at fordelagtig skattelovgivning altid skal fortolkes udvideende (Michelsen, 2009; 104).

SSL §2 fastsætter omstændighederne for hvornår udenlandske selskaber er begrænset skattepligtige til Danmark. SSL §2, stk. 1 litra c indeholder de nærmere bestemmelser for udbyttebetalinger fra datterselskaber og stk. 1 litra d indeholder de tilsvarende bestemmelser med hensyn til rentebetalinger. SSL §2 er udtryk for territorialprincippet, hvormed udenlandske selskaber er skattepligtige af indkomster, der hidrører fra Danmark. Dette står i modsætning til indenlandske selskaber, der er skattepligtige af indkomster uanset hvorfra de stammer.

Udloddet udbytte

KSL §65, stk. 1 fastsætter indeholdspligt af alle udlodninger på 27%, hvilket efter

KSL §65, stk. 5 frafalder, hvis det modtagende selskab er hjemmehørende i udlandet og ikke omfattet af skattepligten i henhold til;

SSL §2, stk. 1, litra c som fastsætter skattepligten for, de i SSL §1 nævnte selskaber, som er hjemmehørende i udlandet og oppebærer indkomst efter

LL §16 A skattepligtig indkomst inkluderer udbytte af aktier mv. Denne skattepligt omfatter ikke udbytte af datterselskabsaktier jf. **ABL §4 A** eller koncernselskabsaktier jf. **ABL §5 B** såfremt beskatningen frafalder eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU (moder-/datterselskabsdirektivet) eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med staten hvor moderselskabet er hjemmehørende.

KSL §69 fastslår, at det udbyttebetalende selskab, der er ansvarlig for indeholdelsen af

kildeskatten medmindre selskabet kan godtgøre, at der ikke er udvist forsømmelighed.

Renteskat

KSL §65 D fastsætter indeholdspligt af "renteskat" på 25% for selskaber, der udbetaler eller godskrifter renter betalt til selskaber, der er skattepligtige efter;

SEL §2, stk. 1, litra d som fastsætter skattepligten for de i SSL §1 nævnte selskaber, som er hjemmehørende i udlandet og oppebærer renter fra kilder i Danmark fra gæld til juridiske personer efter **SKL §3 B** (kontrolleret gæld). Denne skattepligt omfatter ikke selskaber, hvis skattepligten frafalder eller skal nedsættes efter 2003/49/EF (rente-/royaltydirektivet) eller gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst med staten modtager er hjemmehørende i.

KSL §69, stk. 2 det udbyttebetalende selskab hæfter for manglende betaling.

For at opsummere; udgangspunktet er, at koncerninterne udbytte- og rentebetalinger udgør skattepligtig indkomst for det modtagende selskab medmindre bestemmelserne i EU direktiverne eller DBO'en gør, at den skal frafalde. Det er det udbyttebetalende selskab, der har indeholdspligten fordi det dette, som er hjemmehørende i Danmark. Intern dansk lov udgør hjemlen til beskatning og lempelse. Dansk lov refererer til direktiverne og DBO'erne for detaljerne hvorvidt kravet for lempelse er opfyldt og er altså ikke specificeret i intern lovgivning. Dette forklarer sammenhængen til EU- og DBO retten.

4.1.1 Skatteretlige hjemstedsbegreb

De danske regler om hjemsted er udover det skatteretlige hjemstedsbegreb påvirket af selskabsretlige hjemstedsbegreb. I selskabsretten anses registreringsstedet for afgørende for tilknytningen. Tidligere var det administrativ praksis, at et selskab skulle have en dansk hjemstedsadresse. Dette bevirkede at hjemstedstilknytningen var bestemt af hvorfra selskabet ledes. Denne praksis blev meldt ændret i notat fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 10. marts 2009. Begrundelsen for den ændrede praksis var, at ophævelsen af bopælskravet for ledelsesmedlemmer, for anpartsselskaber og aktieselskaber i henholdsvis 1996 og 2004, gjorde det nødvendigt. Den nye praksis er, at det blot skal være muligt at komme i kontakt med ledelsen på hjemstedsadressen for eksempel gennem en repræsentant (E & S³, 2009)

3 Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

SSL §1, stk. 1 nr. 1 fastslår, at alle indregistrerede aktie- og anpartsselskaber er ubegrænset skattepligtige til Danmark. Nyere retspraksis har afgjort, at indregistrering er en nødvendig og tilstrækkelig betingelse for at statuere skattepligt (SKM 2007.151 H), og at det ikke er nødvendigt, at selskabet er både indregistreret og selskabsretligt hjemmehørende.

4.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomster

Personer og selskaber, der erhverver indkomster fra grænseoverskridende aktiviteter kan risikere at blive beskattet to gange af indkomster – såkaldt dobbeltbeskatning. Dette anses for u hensigtsmæssigt og skadeligt for international samhandel samt uretfærdigt. Problemstillingens opståen grunder sig i, at de fleste skattesystemer opererer med både globalindkomstprincippet og territorialindkomstprincippet (Winter-Sørensen, 2009; 23-24). Skattepligten for fuldtskattepligtige personer, i Danmark lovfæstet i statskatteloven §4, er baseret på globalindkomstprincippet, hvormed en persons skattepligtige indkomst omfatter al indkomst uanset om det stammer fra ind- eller udland. Begrænset skattepligtige personer, lovfæstet i KSL §2 og SSL §2 for henholdsvis fysiske personer og selskaber, derimod beskattes efter territorialprincippet, hvormed kun visse indtægter med tilknytning til Danmark beskattes. Indkomster fra internationale aktiviteter omfattes dermed normalt af fuldt skattepligt i den skattepligtiges hjemland og begrænset skattepligtig i det land aktiviteten er udført.

Indtil 1994 var regeringen bemyndiget ved lov til at indgå overenskomster med fremmede stater til lempelse af skatte- og afgiftsplikten. Siden lovens ophævelse har nye overenskomster skulle vedtages ved lov (Winter-Sørensen, 2009; 31). På trods af at hver overenskomst er unik, så er standardisering fordelagtigt, og derfor har OECD siden 1963 udarbejdet en standard model, som DBO'er kan tage udgangspunkt i. OECD's Model er ikke den eneste modeloverenskomst, for eksempel har USA sin egen modeloverenskomst og FN har udviklet en model til overenskomster med udviklingslande. Danske overenskomster udarbejde med udgangspunkt i OECD's Model (Winter-Sørensen, 2009; 29). Da Danmarks overenskomster er baseret på og tilstræber at følge OECD's model og principper, vil vi her kun beskæftige os med denne. Det bør nævnes, at Danmark har indgået DBO'er med de fleste stater i verden, men der er fortsat stater, hvormed der ikke er indgået overenskomster eller påbegyndt forhandlinger.

4.2.1 OECD's Modeloverenskomst

Dobbeltbeskatning relaterer sig til situationer, hvor to lande efter intern ret har krav på at beskatte den samme indkomst. Dette kan føre til, at de samme indtægter bliver beskattet mere end en gang, eller med OECD's ordvalg: *"...påligning af sammenlignelige skatter i to (eller flere) stater hos den samme skatteyder på det samme grundlag og for samme perioder..."* (OECD Model 2010, pkt. 1, I1). Traditionelt er det undgåelse af dette, der er hensynet med DBO'er. I senere år er dobbelt ikke-beskatning blevet et større fokusområde.

DBO'er forhandles og indgås næsten altid bilateralt på grund af betydelige forskelle i skatteregler, som gør multilaterale aftaler vanskelige rent teknisk. For Danmarks vedkommende er alle overenskomster bilaterale med undtagelse af den nordiske multilaterale overenskomst, EF-voldgiftskonvention og OECD / Europarådskonventionen om gensidig bistand i skattesager (Michelsen, 2009; 1027).

Modeloverenskomsten er ikke bindende ved udarbejdelse af nye overenskomster, men fungerer i stedet som en rettesnor, som skal sikre en ensartet praksis.

OECD's Modeloverenskomst er udarbejdet af OECD's *Committee on Fiscal Affairs*, som består af repræsentanter fra medlemslandene, og har til ansvar at sætte internationale standarder på skatteområdet. Til hver artikel er der tilknyttede kommentarer, der er formuleret med henblik på at beskrive og fortolke artiklerne, hvilke ligeledes er udarbejdet af samme *Committee on Fiscal Affairs*. Den første modeloverenskomst blev vedtaget i 1963 og er siden blevet opdateret i 1977 og 1992, mens den nuværende udkom i 2010. Ved udarbejdelsen af den tredje version blev det besluttet, at udgive overenskomsten i løbende system, således at modeloverenskomsten løbende kunne revideres i fremtiden. Siden 1992 er overenskomsten blevet opdateret regelmæssigt cirka hver 2 til 3 år⁴ (Michelsen, 2009; 1027).

4 Nye versioner: 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008

4.2.2 Generelle principper

4.2.2.1 Hjemmehørende

Art. 1 i Modeloverenskomsten fastslår, at overenskomster finder anvendelse på personer, som er hjemmehørende i en af de kontraherende stater. Herefter fastslår art. 4, stk. 1, at hvorvidt en person har status som hjemmehørende skal afgøres efter intern ret. En person er altså hjemmehørende i Danmark, hvis han efter dansk ret er fuldt skattepligtig i Danmark. Begrænset skattepligtige personer er ikke hjemmehørende. Da det er de enkelte landes interne ret, som bestemmer hvor en personen hjemmehørende, kan der opstå situationer hvor begge stater, efter egne skatteregler betragter en person som hjemmehørende i deres land - såkaldt 'dobbelt-domicil'. Dette har ikke betydning for om personen er omfattet af overenskomsten, men har betydning for lempelsen, idet bestemmelserne er opbygget på forudsætning af, at en personen kun er hjemmehørende i en af staterne. Afgørelsen af hvilket land, som en dobbelt-domicil person skal betragtes som hjemmehørende i, er specificeret i art. 3. For fysiske person er der et detaljeret hierarki af kriterier, som ikke er relevante i denne sammenhæng. For juridiske person er det eneste anviste kriterium "*virkelige ledelse har sit sæde*" / "*the place of effective management*".

I nyere danske overenskomster er en alternativ formulering anvendt, hvorved dette spørgsmålet skal afgøres ved gensidig aftale efter art. 25, og selskabet bliver anset som hjemmehørende i begge stater, med mulig dobbeltbeskatning til følge, indtil en aftale er nået (Michelsen, 2009; 1036).

4.2.2.2 Fordeling af beskatning

Overenskomsten fordeler beskatningsretten mellem domicil- og kildestaten. De nærmere bestemmelser herfor er at finde i art. 6-22. Det generelle princip er, at hvis beskatningsretten er tildelt den ene stat, så skal den anden stat give lempelse. Modeloverenskomsten bygger på en forudsætning om domicillands beskatning, således at domicillandet i udgangspunktet er tildelt retten til personens globale indkomst. Kildelandet kan kun beskatte en indkomst såfremt det er tildelt denne ret i en af overenskomstens fordelingsbestemmelser (Winther-Sørensen, 2009; 104-105).

4.2.3 Forhold til intern ret

DBO'er fungerer sideløbende med national ret, idet der ikke er tale om at dansk ret fortrænges eller ændres, med mindre der er intern hjemmel hertil. Dette er understøttet af Modeloverenskomstens art. 3, stk. 2, som forskriver at begreber, som ikke er defineret i overenskomsten skal tillægges den betydning, som det har i den kontraherende stats interne lovgivning med forrang for skattelovgivning (OECD Model 2010; art. 3, M9).

Der er i forbindelse med DBO'er mulighed for, at fortolkningsmæssige spørgsmål kan opstå, i og med de kontraherende landes interne lovgivning ikke nødvendigvis benytter de samme begreber. Fortolkningsmæssige spørgsmål kan opstå på to måder; enten i form af uenighed mellem de kontraherende stater eller som uenighed mellem skatteyder og statens interne instanser. Den første situation er en folkeretlig problemstilling⁵, som skal forsøges løst gennem gensidige aftaler i henhold til art. 25 i overenskomsten eller via voldgift (Michelsen, 2009; 1028). Den anden situation opstår mellem borger og stat, hvor tvivlen omhandler den interne fortolkning. Dette indebærer et retskildemæssigt problem om kvalificering efter folkeretten eller dansk ret. Lovgrundlaget for indgåelse af internationale trakter findes i Wienerkonventionen om traktatretten indgået 23. maj 1969, som Danmark har ratificeret. Det er alment anerkendt at Wienerkonventionen finder anvendelse på DBO'er (Michelsen, 2009, 1029).

"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."

(Wienerkonventionen om traktatret. 1969. art. 31, stk. 1).

Det følger af Wienerkonventionen, at når et udtryk er defineret i en traktat, så skal det fortolkes i overensstemmelse med den. Wienerkonventionen lægger hovedvægten på en objektiv fortolkning, hvormed subjektive eller teleologiske fortolknings inddragelse er begrænset til situationer hvor ordlyden ikke er klar (Winther-Sørensen, 2009; 38). En objektiv fortolkning kan altså ikke fraviges, blot fordi resultatet strider mod parternes interesser eller traktatens formål for eksempel i tilfælde af dobbelt ikke-beskatning.

⁵ Teoretisk kunne tvister indbringes for den internationale domstol i Haag, men endnu er der ingen eksempler herpå. Borgere har ikke mulighed for at rejse sag ved denne domstol.

4.2.4 Modeloverenskomstens kommentarer

Ifølge Wienerkonventionen art. 31, stk. 2 litra a indgår også bilag mv. såfremt de er indgået mellem alle traktatens parter. Supplerende fortolkningsmidler kan formentlig kun lægges til grund såfremt de er udtryk for begge staters opfattelse (Winther-Sørensen, 2009; 39). Kommentarerne til Modeloverenskomsten vedtages af OECD's medlemsstater, således at hver enkelt medlemsstat har mulighed for at fremkomme med bemærkninger eller forbehold. Dermed må indholdet af Kommentarerne kunne tages til udtryk for, at alle medlemslandene har givet sit samtykke til dem, og at indholdet er udtryk for den fælles opfattelse. Selvom de ikke er vedhæftet de egentlige DBO'er, så må de siges at opfylde Wienerkonventionens art. 31.

I introduktionen til overenskomsten er Kommentarerens retskildeværdi omtalt i punkt 29:

"As the Commentaries have been drafted and agreed upon by the experts appointed to the Committee on Fiscal Affairs by the Governments of member countries, they are of special importance in development of international fiscal law. Although the Commentaries are not designed to be annexed in any manner to the conventions signed by member countries, which unlike the Model are legally binding international instruments, they can nevertheless be of great assistance in the application and interpretation of the conventions and, in particular, in the settlement of disputes." (OECD Model 2010; 19)

Kommentarerne er således tiltænkt som fortolkningsbidrag og kan tages til udtryk for alle traktatens parter opfattelse i overensstemmelse med Wienerkonventionens art. 31 vægtning af begrebers "sædvanlige betydning" (ordinary meaning). Dette synspunkt er også støttet af en række domme⁶, hvor domstolene udtrykkeligt har henvist til modeloverenskomstens kommentarer (Winther-Sørensen, 2009; 46)

På trods af tilstedeværelsen af Kommentarerne kan overenskomsternes brug af definitioner stadig indeholde et vis spillerum, hvormed forskellige staters fortolkninger kan føre til vidt forskellige, men stadig rimelige, fortolkninger. I denne forbindelse opstår spørgsmålet hvilken vægt international domspraksis skal tillægges ved fortolkning hos danske domstole.

I international teori er harmoniseringsprincippet fremhævet som argument for, at praksis fra andre lande bør inddrages som retskilde. Dog nævner Wienerkonventionen ikke international

6 TfS 1992,291 Ø, TfS 1996,715 Ø, TfS 1993,7 H m.fl.

retspraksis, og det kan være vanskeligt at afgøre hvilken vægt denne bør have. Danske domstole har tidligere henvist til "dansk og international skattepraksis" (Winther-Sørensen, 2009; 44). Modsat andre traktattyper består DBO'er af en lang række sammenlignelige overenskomster, hvor nationale domstole regelmæssigt fortager autoritative afgørelser vedrørende fortolkningsspørgsmål. Dermed er der mulighed for, at der kan forligge fast praksis fordelt på mange stater, hvilket ville øge retskildeværdien, men værdien skal naturligvis overvejes i henhold til sammenlignelighed, fasthed og domstolsniveau.

4.2.4.1 Nye versioner af Kommentarerne

Overenskomster har ofte en levetid på flere årtier, hvorimod OECD især siden 1992 opdaterer både Modeloverenskomsten og Kommentarerne regelmæssigt. Dette fører til den problemstilling om hvilken version af Kommentarerne, der skal lægges til grund ved fortolkning. Overenskomster er indgået mellem de pågældende stater og OECD har ikke bemyndigelse til at ændre sådanne aftaler. Dermed må udgangspunktet være, at de Kommentarer, der var gældende på det tidspunkt aftalen blev indgået skal anvendes, i hvert fald såfremt nyere versioner må opfattes som ændringer (Winter-Sørensen, 2009; 48). Såfremt nyere versioner er udtryk for præciseringer anser OECD dem for anvendelige, hvilket er udtrykt i punkt 35 i introduktionen til Modeloverenskomsten:

"... Other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations" (OECD Model 2010, pkt. 35; I10-11).

Hvorvidt de danske domstole er enige i denne opfattelse kan anskues i SKM 2003.62.H. Sagen omhandlede retsstillingen omkring arbejdsudleje og fortolkningen af arbejdsgiverbegrebet i to overenskomster; USA af 1948 og Canada af 1955. Begge disse aftaler var indgået før Kommentarerne tilblivelse og før begrebet arbejdsudleje blev indsat i 1992 versionen. Sagen giver i særlig grad indblik i domstolenes opfattelse af problemstillingen, da dommen blev afsagt 5-2 og både flertallet og mindretallet adresserede spørgsmålet i præmisserne. Flertallet gjorde blandt andet gældende, at det var *"i god overensstemmelse med den internationale udvikling"* at anvende kommentarerne fra 1992. Mindretallet derimod lagde til grund at 1992 versionen ikke kunne lægges til grund uden for misbrugstilfælde, da dette var udtryk for en

reel ændring af overenskomstens indhold. (Winter-Sørensen, 2009; 50-51). Dommen er blevet kritiseret af flere juridiske eksperter, men for det nærværende spørgsmål bemærkes det, at mindretallets begrundelse for at afvise de nyere Kommentarer netop var, at de anså de nyere bestemmelser for at være en ændring og ikke en præcisering. Der kan være tvivl om hvor grænsen mellem ændring og præcisering går, men der er tilsyneladende enighed om, at nyere Kommentarer kan anvendes i tilfælde af præciseringer og kun i tilfælde af ændringer, hvis det angår misbrugstilfælde.

4.2.5 Udbytte og renter

Artikel 10: Udbytter

1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en af de kontraherende stater, til en person, som er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne stat.
2. Sådant udbytte kan imidlertid også beskattes i den kontraherende stat, i hvilken det selskab, der udbetaler udbyttet, er hjemmehørende, og i overensstemmelse med lovgivningen i denne stat, men hvis den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, må den skat, der pålægges, ikke overstige:
 - a) 5 pct. af bruttoudbyttet, hvis den berettigede modtager er et selskab (bortset fra et interessentskab), som direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet;
 - b) 15 pct. af bruttoudbyttet i alle andre tilfælde.

Artikel 11: Renter

1. Renter, der hidrører fra en af de kontraherende stater og betales til en i den anden kontraherende stat hjemmehørende person, kan beskattes i denne anden stat.
2. Sådant rente kan imidlertid også beskattes i den kontraherende stat, hvorfra den hidrører, og i overensstemmelse med lovgivningen i denne stat; men hvis den retmæssige ejer af renterne er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, må den skat, der pålægges, ikke overstige 10 pct. af bruttorentebeløbet. De kompetente myndigheder i de kontraherende stater skal ved gensidig aftale fastsætte de nærmere regler for anvendelsen af denne begrænsning.

(OECD Model 2010)

Begge artikler er opbygget på samme måde. Stk. 1 fastsætter at beskatningsretten for henholdsvis udbytter og renter tildeles den af de kontraherende stater, hvor den modtagende person er hjemmehørende. Stk. 2 afskærer ikke kildelandets beskatningsret, men påfører en

procentvis begrænsning i tilfælde af, at kildelandets interne lovgivning fastsætter en højere beskatning. Det er altså ikke overenskomsten, som frafalder beskatningsretten til udbytter og renter. Overenskomsten tillader Danmark en beskatning, dog mindre end den danske sats, SSL §2 frafalder den fuldstændig. Bemærk at begge artikler ganske bestemt benytter ordlyden "retmæssig ejer".

4.3. EU retten

EU retten har siden fællesskabets begyndelse haft stigende betydning for lovgivningen i de enkelte medlemslande, hvilket også gælder skatteretten. Retsakter på direkte skatters område kræver enstemmighed og er en grund til, at fuld harmonisering af skattesystemet langt fra er sket. Før 1990 var det eneste direktiv med betydning for de direkte skatter direktivet om gensidig bistand (77/799/EØF), som sikrer udveksling af information mellem kompetente myndigheder. Siden 90'erne er der vedtaget et antal direktiver med betydning for skatteretten, to af hvilke er relevante for beneficial owner problemstillingen. Moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF), senere afløst af (2011/96/EU), harmoniserede beskatningen af udbytte fra datterselskaber. Rente- /royaltydirektivet (2003/49/EF) vedtaget i 2003 tilsigter at ophæve kildeskat af rentebetaling inden for koncernforhold.

4.3.1 Forhold til intern ret

Direktiver er vedtaget af EU, men har ikke direkte retsvirkning. Direktiver påkræver at medlemslandene inkorporerer indholdet i deres nationale lovgivning, og det er herigennem de får retsvirkning (Wegener, 2000; 209). Udover direktiverne er selve Traktaten også gældende på skatteregler. Konsekvensen er, at overtrædelser af de grundlæggende friheder, den fri bevægelighed af; varer, tjenester, arbejdskraft og kapital, kan indbringes for EU domstolen. På skatteområdet har de fleste sager ved domstolen været præjudicielle, hvor nationale skattemyndigheder har stillet spørgsmål til domstolen hvor der har været tvivl om EU rettens fortolkning (Winter-Sørensen, 2009; 436).

4.3.1.1 Diskriminerings- og restriktionsforbud

Traktatens grundlæggende bestemmelser har også virkning på skatteområdet herunder

forbuddet mod diskriminering på basis af nationalitet. For skatteregler betyder det, at skatteregler ikke må direkte eller indirekte stille udenlandske EU borgere dårligere end medlemsstatens egne borgere. Staterne må heller ikke indføre regler, der udgør restriktioner over for andre EU borgere. Restriktionsforbuddet er mere generelt, og kan anses som den præventive version af diskriminationsforbuddet. Restriktionsforbuddet forudsætter ikke nogen faktisk bevægelse, men blot regler, der potentielt kunne være en hindring for andre EU borgere. (Winter-Sørensen, 2009; 438-439)

Diskriminerende adfærd forligger når sammenlignelige situation behandles ens eller ens situationer behandles forskelligt. For restriktioner gælder det, at hvis en beskatning kan være til hindring for den fri bevægelighed skal det prøves om denne hindring kan begrundes i det almene hensyn og er proportionale med dette. For diskrimination har domstolen anerkendt at at saglige hensyn eller tvingende almene hensyn kan retfærdiggøre diskrimination. Hvorvidt en situation ansues fra en diskriminationsvinkel eller en restriktionsvinkel vil normalt give det samme resultatet. (Winter-Sørensen, 2009; 439-441)

4.3.1.2 Hensyn der kan retfærdiggøre diskrimination / restriktioner

Som nævnt kan der accepteres elementer af diskrimination under særlige forhold. Disse hensyn er af stor relevans for medlemsstaterne, da hvis EU domstolen konstaterer, at der forligger diskrimination eller restriktioner, så vil disse regler tilsidesættes, som EU retsstridige og EU domstolen er direkte bindende (Winter-Sørensen, 2009; 28).

Medlemsstaterne har argumenteret med forskellige hensyn for at begrunde diskrimination, og igennem en række sager er der skabt retspraksis på dette område. Domstolen har fastslået, at en person kan miste sine rettigheder efter fællesskabsretten, hvis han forsøger at misbruge dem. Misbrug forekommer kun når det formål, som fællesskabsbestemmelserne forfølger ikke er opnået, selvom betingelserne er overholdt, samt at der består et ønske om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå fordel⁷. Desuden er det etableret, at nødvendigheden af, at forhindre skatteunddragelse og misbrug kan udgøre tvingende alment hensyn⁸. Domstolen har dog afvist tab af

⁷ C-110/99, C-255/02

⁸ C-324/00

skatteindtægter som et alment hensyn⁹. (EU Kommissionen, 2007; 3).

Det er ikke nok at diskriminationen er grundet legitime og almene hensyn, hvis ikke de også er proportionale med formålet. Til vurdering af dette hører vurdering af, om skattereglerne kunne indrettes på anden og mindre indgribende måde. Domstolen stiller i udgangspunktet strenge krav på dette punkt, men har givet medlemsstaterne mere snor i nyere tid. Hensynet til restriktionsforbuddet skal dog ikke forstås som, at staterne er forpligtet til at fastsætte sine skatteregler under hensyn til andre staters skatteregler eller udviske alle uligheder for at overholde etableringsfriheden (Winther-Sørensen, 2009; 512).

Indretningen af skatteregler blev grundigt belyst i Marks & Spencer sagen (C-446/03) vedrørende restriktioner i de engelske regler om underskudsfremførsel. Reglerne begrænsede engelske moderselskabers mulighed for at overføre underskud fra udenlandske datterselskaber, men ikke for datterselskaber hjemmehørende i England. Domstolen gav de engelske myndigheder medhold i tvingende almene hensyn, men underkendte dog stadig reglerne på grund af proportionalitet. Domstolen anførte i præmis 59, at den generelle nægtelse af underskudsfremførsel kunne gøres uvirksom, hvis moderselskabet påviste at mulighederne for at anvende underskuddet i den anden medlemsstat var udtømt.

Dommen viser, at det ikke er nok at henvise til det almene hensyn, men at foranstaltningerne, hvis de er diskriminerende eller hindrende, skal sammensættes sådan at de medfører mindst mulige ulemper for borgeren, og ikke efter hvad der er lettest eller mest fordelagtige for myndighederne. Hvis ikke dette er opfyldt vil reglerne stadig blive underkendt.

For at nationale skatteregler er lovlige skal de de være forholdsmæssige og specielt have til formål at lukke 'rent kunstige arrangementer'. Igennem en række domme har Domstolen præciseret dette ved at afvise en række argumenter fra medlemsstaterne, om hvad der udgør misbrug. At datterselskabet er etableret i en anden stat er ikke unddragelse, ligesom det faktum at aktiviteten kunne være udført i hjemlandet ikke udgør 'rent kunstigt arrangement'. Desuden er skatteovervejelser en legitim kommerciel overvejelse, og dette omfatter også udnyttelse af særlige skatteordninger i andre medlemslande¹⁰. Selv hvis sådanne skatteordninger er Traktatstridige, for eksempel via ulovlig statsstøtte, berettiger det ikke indskrænkning af den fri bevægelighed.(EU Kommissionen, 2007; 4).

9 C-264/96

10 C-196/04

Selskaber vurderes som reelle, hvis de ud fra objektive omstændigheder afspejler en økonomisk realitet, altså mere end et 'postkasse-selskab'. Skattemæssige begrænsninger for interesseforbundne parter udgør en objektiv omstændighed og kan godkendes såfremt den skattepligtige person har mulighed for at fremlægge beviser for de forretningsmæssige grunde. Kunstighed skal vurderes på basis af objektive faktorer, som kan afprøves, dog er det usikkert hvordan dette relaterer sig til selskaber, som ikke normalt har fysisk tilstedeværelse så som finanstjenester eller holdingselskaber. (EU Kommissionen, 2007; 5).

4.3.2 Moder- /datterselskabsdirektivet - 2011/96/EU

Direktivet indeholder bestemmelser for, at datterselskaber og faste driftssteder skal fritages for beskatning af udbytte og andre udlodninger betalt til moderselskaber inden for EU. I direktivet er begrundelsen givet som en tilkendegivelse af, at grænseoverskridende sammenslutninger af selskaber er nødvendige for, at det indre marked kan fungere bedst muligt. Derfor er det nødvendigt at etablere konkurrenceneutrale beskatningsregler for disse (2011/96/EU; pkt. 4).

Direktivet har betydning for beskatningen i såvel moderselskabet og datterselskabets domicilland. Kildelandet (datterselskabets domicilland) skal fritage datterselskaber for kildeskat af udloddet udbytte (2011/96/EU, art. 5). Domicillandet (moderselskabets domicilland) skal ligeledes ikke opkræve kildeskat det udbytte moderselskabet modtager (2011/96/EU; art. 6).

Ifølge direktivets art. 2 skal hjemmehørende forstås, som der hvor selskabet er skattemæssigt hjemmehørende ifølge medlemsstatens interne skattelovgivning, og samtidig at selskabet ikke er anset for hjemmehørende uden for Unionen ifølge DBO. Kravet for status som moderselskab er herudover, at selskabet besidder mindst 10% af kapitalen i et selskab hjemmehørende i en anden medlemsstat (2011/96/EU; art. 3, pkt. 1). Oprindeligt var denne tærskel 25%, hvilket sidenhen er blevet sænket så det i dag er 10%.

Art. 1 pkt. 2 anfører, at direktivet ikke er til hindre for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendigt for at forhindre svig eller misbrug.

4.3.3 Rente- /Royaltydirektivet - 2003/49/EF

Direktivet har til sigte, at ophæve dobbeltbeskatning af renter og royalties mellem associerede selskaber inden for EU. Direktivets art. 1, pkt. 1 fastsætter, at alle rente eller royaltybetalinger ikke må udsættes for nogen beskatning i kildestaten, såfremt de er betalt til selskab i et andet medlemsland, art. 1, pkt. 7 begrænser anvendelsesområdet til associerede selskaber. Direktivet benytter den samme hjemsteds definition som i moder- /datterselskabsdirektivet, men ikke det samme associations definition. Associeret selskab defineres i art. 3 ved; at selskabet direkte besidder mindst 25% kapitalandel i det andet selskab, det andet selskab besidder mindst 25% af dets kapitalandele eller et tredje selskab besidder mindst 25% kapitalandele i begge selskaber.

I modsætning til moder- /datterselskabsdirektivet er det en betingelse, at det modtagende selskab er den retmæssige ejer af betalingerne. Ydermere er ejerandelskravet direkte og forudsætter ikke nogen kontrol med selskabet.

Art. 5 anviser, at direktivet ikke udelukker anvendelsen af interne eller overenskomstmæssige bestemmelser til bekæmpelse af svig og misbrug. Ydermere giver art. 5, pkt. 2 medlemsstaterne mulighed for, at tilbagekalde direktivets fordele, eller nægte dets anvendelse for transaktioner hvor: *"... skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde"*, hvilket må siges at være en ganske bred formuleret anti-misbrugsbestemmelse.

5. Beneficial Owner

I forbindelse med beneficial owner begrebet har vi med tre forskellige retskilder at gøre. Hver især gør de brug af begrebet, men kun en af dem har anvendt det i længere tid. Dette afsnit vil se på hvordan de hver især opfatter begrebet og hvad retskilderne siger.

Beneficial owner har sin oprindelse i common law, men hjemlen til dets anvendelse i Danmark går gennem DBO'erne og direktiverne.

5.1 Oprindelse

Første gang beneficial owner blev anvendt i forbindelse med international beskatning var i 1942 i DBO'en mellem USA og Canada og havde to formål i sinde. Det første formål relaterede sig til beskatning af udbytter for datterselskaber, hvor overenskomstens artikel XI indeholdte to værneregler. Det var overenskomstens intention, at skattefritagelsen af datterselskabsudbytte kun skulle indrømmes, hvis selskabet var et helejet datterselskab og et aktivt driftsselskab (Vann, 2012; 5).

"The term "subsidiary corporation" referred to in Article XI of this Convention means a corporation all of whose shares (less directors qualifying shares) having full voting rights are beneficially owned by another corporation" (Can-US DBO 1942; art. XI(2), protocol 6).

Den anden anvendelse af beneficial owner i overenskomsten var med hensyn til nominees, agents og trusts indeholdt i bestemmelsen om informationsudveksling.

"The names and addresses of all persons whose addresses are within the United States of America and who beneficially or of record own stocks or bonds, debentures or other securities, or evidences of funded indebtedness, of any company taxed in Canada as a Non-Resident-Owned Investment Corporation" (Can-US DBO 1942; art. XX(2)(d), bilag C).

Udbredelse af disse bestemmelser og lignende sprog forgik især igennem Storbritannien's og andre common law landes DBO'er. Den oprindelige brug af begrebet var tæt knyttet til trustlaw (fondslovgivning). Det er ud fra de officielle paragraffer og notater i forbindelse med

forhandlingerne dog klart, at begrebets ikke var tiltænkt anvendt i trustlaws snævre tekniske forstand. Anvendelsesområdet var dels at sikre, at overenskomstens fordele blev givet til personen bag agenter o.l. Common law landene var alle enige om, at overenskomsten fandt anvendelse på agentens arbejdsgiver. Herudover var formålet at sikre, at overenskomstens fordele kun blev givet til datterselskaber, som var reelt ejet i den kontraherende stat (Vann, 2012; 13).

5.2 OECD's Modeloverenskomst

Beneficial owner blev introduceret i Modeloverenskomsten af 1977 i form af en indskudt sætning i visse artikler. Specifikt blev begrebet indsat i art. 10, 11 og 12 omhandlende henholdsvis udbytte, renter og royalties.

Som var beneficial owner allerede anvendt af flere lande før 1977 og endda også før 1963, primært men ikke udelukkende af common law lande. Kort efter udgivelsen af 1963 Modeloverenskomsten begyndte arbejdet med forbedringer igennem en række arbejdsgrupper. Interne dokumenter viser, at det var Storbritannien, der er primus motor for indførelsen af beneficial owner reglen. Deres delegerede anførte i 1967:

"If a "subject to tax" test is not included in these Articles we think that the drafting is defective. The Items of income which qualify for relief in the country of source are those paid to a resident of the other contracting State. In our view the relief provided under these Articles ought to apply only if the beneficial owner of the income in question is resident in the other contracting State, for otherwise the Articles are open to abuse by taxpayers who are resident in third countries and who could, for instance, put their income into the hands of a bare nominee who are resident in the other contracting State. (TDF/FC/216, 1967; 14)¹¹

Storbritannien giver her udtryk for, at de mener beneficial owner burde finde anvendelse på alle indkomster og burde indsættes i selve overenskomsten fremfor blot udvalgte artikler. Responsen fra arbejdsgrupper og delegerede til dette forslag var forholdsvis køligt. Arbejdsgruppe 27, som havde ansvaret for renter, konkluderede, at såfremt intentionen var, at

¹¹ Notater tilgængelige på <http://www.taxtreatieshistory.org>

gøre lempelse afhængig af beskatning i den anden stat, så vil dette være i strid med overenskomstens formål. Arbejdsgruppen medgav dog, at det var en selvfølge, at lempelse forudsatte at modtageren var hjemmehørende i staten. Sikring af dette anså de for at være et administrativt og inspektions ansvar (PC/WP27(68), 1968; 14 & DAF/FC/69.10, 1969; 6).

Arbejdsgruppe 27 anså tilsyneladende beneficial owner som en bekræftelse af, hvad der allerede var en grundlæggende antagelse, og ordlyden kunne for den sags skyld placeres i artiklerne, overenskomsten eller Kommentarerne uden det havde nogen videre betydning. I det ovenstående forløb startede Storbritannien diskussion som et generelt problem, men svarene fra OECD's arbejdsgruppe reducerede hurtigt problemet til kun at omhandle agenter og nominees (Vann, 2012; 16).

Med hensyn til udbytte og koncernforhold var det USA, der tog teten og rejste spørgsmålet om hvorvidt artiklerne indeholdte den nødvendige beskyttelse mod misbrug og fik nedsat en arbejdsgruppe til dette formål. Arbejdsgruppe 21 bestående af USA, Danmark og senere Tyskland endte med at identificere gennemstrømning, transfer pricing, roundtripping og hybrid-selskaber som problemer, der gav selskaber bedre muligheder for at undgå eller udsætte beskatning via skattely (FC/WP21(63)(1), 1963; 2). I denne arbejdsgruppe blev beneficial owner betingelsen udvidet til nu også at omhandle holdingselskaber. Men arbejdsgruppen havde svært ved at overtale resten af medlemmerne, som ikke mente den pågældende misbrug var mulig, såfremt transfer pricing og hjemmehørende regler blev fulgt. Først da diskussionen, anført af Frankrig, skiftede karakter til at omhandle 'ultimate ejer' i økonomisk henseende, opstod der mere enighed om problemet. Det var dog stadig svært at nå til enighed om en definition af 'base companies' eller misbrug, så begrebet endte med til slut stadig at relatere sig agenter og nominees (Vann, 2012; 36).

Resultatet blev af beneficial owner blev indsat som betingelse i art. 10, 11 og 12 på følgende vis:

Art. 10.2 (udbytte)

*"However such dividends may be taxed in the contracting state of which the company paying the dividends is a resident, and according to the laws of that State, but **if the recipient is the beneficial owner of the dividends**, the tax so charged shall not exceed..." (fed angiver tilføjet tekst 1977)*

Art. 11.3 (renter)

*"However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the law of that State, but **if the beneficial owner of the interest is a resident of the Contracting State**, the tax charged shall not exceed..." (fed angiver tilføjet tekst 1977)*

Med hensyn til Kommentarerne tilbød 1977 versionen følgende uddybning:

"The limitation of the tax in the State of source is not available when an intermediary such as an agent or nominee is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner of the income is a resident of the other contracting state".

5.2.1 Konkretisering af beneficial owner

27 November 1986 vedtog OECD to rapporter; en omhandlende gennemstrømningselskaber og en om 'base companies'. Forskellen på de to slags selskaber er, at base companies er 'parkeringspladser' i skattely lande. Ideen er, at moderselskabet ikke bliver beskattet af indkomsten så længe den ikke indføres til hjemlandet. Der findes diverse kreative muligheder, hvormed ejerne kan nyde godt af disse pengene, selvom de ikke kan besidde dem. For eksempel ved at bruge dem til at stille sikkerhed for lån, eller blot at lade dem stå indtil skattesatserne er mere favorable. Dette er især et problem i USA hvor Kongressen med jævne mellemrum vedtager midlertidige perioder med lavere skattesatser, såkaldte 'tax holidays'. Gennemstrømningselskaber er forklaret i afsnit 3.3.

Rapporterne adresserer de synspunkter tidligere anført af arbejdsgruppe 21. Rapporterne er vedhæftet den fulde version af Modeloverenskomsten med kommentarer. R(5) og R(6) er henvisningen anvendt i Model2010.

5.2.2.1 R(5) Double Taxation Conventions and the use of Base Companies

Denne rapport nævner kun beneficial owner i punkt 38, om hvorvidt overenskomsten giver mulighed for at tilskrive indkomster til bagvedliggende ejere. Her anfører rapporten, at det ikke er i strid med overenskomsten i tilfælde hvor selskabet fungerer som "agent, fiduciary or nominee", samme ordlyd som Kommentarerne anvender ved beneficial owner. Det at rapporten ikke beskæftiger sig med beneficial owner må tages til udtryk for, at OECD ikke mener beneficial owner har særlig relevans i denne sammenhæng. Rapporten udtaler sig dog mere detaljeret om spørgsmålet 'substans over form', hvilket er relevant for beneficial owner. Det spørgsmål rapporten adresserer her er både, om overenskomsten i sig selv indeholder en generel adgang til at sætte substans over form, eller helt modsat om den udelukker nationale bestemmelser af denne slags, hvis de ikke er indsat i en specifik DBO som ekstra værnsregel (R(5), 1986; pkt. 40). Rapporten ender med at konkludere, at der er brug for mere klarhed. Rapporten læner sig op af at Modeloverenskomsten udelukker 'substans over form' bestemmelser i national lovgivning, medmindre de er indsat i DBO'en. Begrundelsen herfor er, at hvis national bestemmelser sættes over overenskomsten, vil det underkende skatteyderens beskyttelse mod dobbeltbeskatning, men samtidig siger rapporten også, at de fleste OECD lande anser sådanne bestemmelser for at være en del af intern ret og ikke behøver at være bekræftet i teksten for at være gyldige (R(5), 1986; pkt. 40-41).

5.2.2.2. R(6) Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies

Modsat R(5) indeholder R(6) en uddybende forklaring af beneficial owner. Rapporten giver eksempler på og forklaring af, hvad der forstås med gennemstrømningselskaber og anviser bestemte værnsregler. I punkt 14 adresser rapporten forståelsen af beneficial owner:

"It would be equally inconsistent with object and purposes of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply act as a conduit for another person who in fact receives the benefits of the income concerned... A conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the

conduit company)... The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorize it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary”.

Dette er en betydelig udvidelse af beneficial owner begrebet i retning af substans over form og væk fra den snævre tekniske definition. Med tilføjelsen '*as a practical matter*' og '*interested parties*' åbnes der op for en mere subjektiv vurdering, af hvem der er ejeren af en indkomst. Denne ordlyd gør også en teleologisk tolkning af det modtagende selskabet mulig.

5.2.2.3 2003 Kommentarerne

Fortolkningen fra R(6) er videreført og tilføjet Kommentarerne fra og med 2003 udgaven i C(10), pkt. 12,1 / C(11), pkt. 11. Desuden anføres det i C(10), pkt. 12 / C(11), pkt. 9:

”The term 'beneficial owner' is not used in a narrow technical sense, rather it should be understood in the context and in light of the object and purpose of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and abuse”

Med den snævre tekniske forstand menes det tekniske problem fra engelsk trustlaw med at identificere indkomstmodtageren bag fonde mv. I kontekst forstås nu den økonomiske realitet og formålsbestemt ret til overenskomstens fordele. OECD's forståelse er over tid gået i retning af 'substance-over-form', økonomisk 'ultimate ejer' og anti-misbrug.

5.3 EU direktiverne

5.3.1 Rente- /royaltydirektivet

Formålet med rente- /royaltydirektivet er ligesom DBO'erne, at eliminere dobbeltbeskatning på grænseoverskridende transaktioner. At der er behov for at gøre dette i EU regi begrundes med, at bilaterale overenskomster ikke tilfredsstillende løser alle problemer med dobbeltbeskatning. Overenskomsterne indeholder mulighed for at påligne kildeskat i reduceret omfang, som moderselskabets så skal have fradrag for. Dette kan resultere i dobbeltbeskatning i tilfælde hvor moderselskabet ikke kan udnytte fradraget. Desuden kan dette skabe cash-flow problemer, da visse formaliteter først skal være opfyldt før selskabet kan få sin lempelse (EU Kommissionen, 1998; pkt. I 7-10).

Direktivet betinger at modtageren er den retmæssige ejer. Definition af dette er givet direktivets art. 1.4 og 1.5:

1.4 "Et selskab i et medlemsland anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke er formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person."

1.5 "Et fast driftssted anses for at være den retmæssige ejer af renter og royalties"

Den uddybende forklaring i Kommissionens forslag tilbyder ikke yderligere præcisering af begrebet, og tekstens ordlyd ligner ordlyden fra OECD, dog er tilføjelsen '*til eget brug*' ny. Ikke specifikt i sammenhæng med retmæssig ejer, men flere steder i forklaringen af forslaget henvises der til OECD's Modeloverenskomst eller anført, at bestemmelsen er i overensstemmelse med OECD's principper, for eksempel at definitionen af renter og royalties er baseret på OECD's (EU Kommissionen, 1998; pkt. II 2 og II 5).

Det virker ganske klart, at direktivets formål ikke var at tilsidesætte DBO systemet, men blot at sikre, at muligheden for kildebeskatning i reduceret omfang ikke anvendes. Derfor må det også antages, at begreber var tiltænkt den samme betydning som i DBO sammenhæng, men mindre andet er udtrykt. At beneficial owner er givet en decideret definition, som afviger fra OECD's, antyder at udarbejderne af direktivet ikke ønskede at anvende OECD's definition, eller ikke anså den for dækkende. Dette tyder på at begrebet skal tilskrives en særskilt kvalifikation i henhold til EU retten.

5.3.2 Moder- /datterselskabsdirektivet

Dette direktiv indeholder intet krav om retmæssig ejer. Direktivet indeholder ligesom rente- /royaltydirektivet en bestemmelse om, at direktivet ikke hinderer interne bestemmelser eller overenskomster til værn mod svig og misbrug (2011/96/EU, art. 1, stk. 2). Retmæssig ejer kan således kun anvendes på selskaber, der opfylder direktivets betingelser såfremt de afskæres direktivets fordele i henhold til misbrug jf. afsnit 4.3 eller via interne bestemmelser i henhold til art. 1, stk. 2.

Det giver anledning til at spørge, om direktivet implicit indeholder beneficial owner betingelsen, eller om det forhindrer anvendelsen af beneficial owner betingelsen gennem overenskomsterne. Gennem to svar har skatteministeren givet udtryk for, at beneficial owner er gældende i forbindelse med koncerninterne udbyttebetalinger også indenfor EU.

I forbindelse med L213 (2006 / 2007) rejste Foreningen for Statsautoriserede Revisorer spørgsmålet om beskatning af udbytte betalinger til ikke- beneficial owner selskaber hjemmehørende i EU. Svaret fra ministeren lød udover henvisninger til Kommentarerne til artikel 10:

"Et rent gennemstrømningsselskab i f.eks. et EU-land vil derfor ikke være beneficial owner af udbyttet. Det skal i den forbindelse nævnes, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke indebærer, at udbyttebetalinger gennem gennemstrømningsselskaber skal anerkendes" (Bilag 26 L213: s20)

Morten Homann stillede følgende §20 spørgsmål i 2006:

"Kan ministeren bekræfte, at udbytte fra danske selskaber, såfremt ejerandelen overstiger 20 %, kan udbetales skattefrit til et moderselskab i f.eks. Luxembourg og herfra overføres til et egentligt skattely? (S 474, 2006)

Svar:

"Den begrænsede skattepligt – og fravigelsen – gælder for det selskab, der reelt oppebærer udbyttet. Den begrænsede skattepligt fraviges derfor kun, hvis det udenlandsk selskab, der reelt oppebærer udbyttet, er omfattet af direktivet eller en dobbelt-beskatningsoverenskomst. Oppebæres udbyttet derimod reelt af et selskab i et skattelyland, er udbyttebetalingen ikke

undtaget fra kildebeskatningen. Princippet rette indkomstmodtager må således anvendes for at fastslå, hvem der "oppebærer" renterne. Udtrykket "rette indkomstmodtager" må anses for at være meget lig udtrykket "beneficial owner", som anvendes i [DBO'erne]...

...Det skal nævnes, at moder- /datterselskabsdirektivet ikke indebærer, at udbyttebetalinger til gennemstrømningsselskaber skal anerkendes". (Jensen, 2006; S 474).

Skatteministeriet har ganske klart ment, at beneficial owner kan anvendes selv inden for EU. Det er dog ikke helt klart hvorfor skatteministeren mener direktivet ikke finder anvendelse på gennemstrømningsselskaber. Ministeren udtrykker det som et generelt princip uden at gøre det klart, om det er fordi gennemstrømning er lig misbrug af direktivet, eller om han mener en intern værnsregel er i spil. Hvis beneficial owner er lig rette indkomstmodtager, så hidrører værnsreglen fra dansk rets interne principper.

EU domstolen har endnu ikke behandlet sager vedrørende beneficial owner.

5.4 Intern ret

Hvis begrebsdannelsen for beneficial owner baseres på dansk skatteret, så bør det indledningsvis noteres at dansk lovgivning ikke særskilt tager stilling til forholdet mellem civilretten og skatteretten, hvilket også ses i indholdet af en række skattelove, som indeholder sproglig lighed med civilretten (Bundgaard, 2006: 62). Dette giver anledning til problemer i tilfælde, hvor civilretten og skatteretten er i konflikt med hinanden. Der kan anføres to synspunkter til løsning for dette, enten at skatteretten skal vige for civilretten eller at skatteretten bygger på selvstændig kvalifikation. Argumentet for at civilretten skal være styrende er, at beskatning er det forhold afledt at den underliggende civilret (Vinther, 2004; 14). Overfor dette står synspunktet at skatteretten har et selvstændigt værdigrundlag, hensyn og intentioner og dermed en selvstændig funktion, som civilretten ikke bør underminere (Bundgaard, 2006; 157). Hvis dette synspunktet anlægges fører det til, at de to discipliner skal behandles som selvstændige, ligeordnede uden den ene har forrang for den anden, men at civilretten er præjudicerende for skatteretten.

De danske domstolene har i betydeligt omfang anlagt en selvstændig skatteretlige

kvalifikation, men det er vanskeligt at udlede, om dette er grundet manglen på præcision i civilretten eller en særskilt skatteretlig kvalifikation (Michelsen, 2009; 138).

Et særligt problem i skatteretten omhandler situationer, hvor parter ved aftale forsøger at omgå loven ved at lade aftalen fremtræde i en form ikke indeholdt i lovens ordlyd. Jan Pedersen introducerede i 1989 "realitetsgrundsætningen". Denne grundsætning løser ikke problemer hvor skatteyder går en omvej for at minimere skattebetaling, men udelukkende gør det muligt at foretage korrektioner, hvor den juridiske form afviger fra det reelle indhold. Realitetsgrundsætningen eksisterer som en ulovbestemt dommerskabt generalklausul hvilket umiddelbart er uforenlig med Grundlovens §43. Til denne kritik udtaler Jan Pedersen:

...grundsætningen alene indeholder normer for den skatteretlige faktumbestemmelse. Disse normer indebærer, at der bortses fra kunstige og fiktive elementer i aftalegrundlaget, hvis der herved er opstået en uoverensstemmelse mellem form og indhold. I stedet gennemføres beskatningen i forhold til det reelle i dispositionen, idet dette snarer udtrykker indhold og virkning af de fortagne dispositioner... Realitetsgrundsætningen behøver således ingen selvstændig hjemmel, men følger af selve indkomstbeskatningens karakter og egenart". (Michelsen, 2009; 142).

Danske domstole inklusiv Højesteret, har i flere tilfælde anerkendt den økonomiske form over den juridiske. Uden eksplicit reference til realitetsgrundsætningen, så er der grund til at mene, at domstolene ikke vil vige tilbage fra en sådan (Michelsen, 2009; 143).

5.4.1 Retmæssige indkomstmottager

Det kan være vanskeligt, at pege på en decideret lovhjemmel til indkomstfordeling på trods af, at det anvendes i dansk ret. Aage Michelsen mener at hjemlen er indeholdt i Statsskatteloven §4, som benytter begrebet "den skattepligtiges samlede årsindtægter", hvilket indikerer, at det er den skattepligtige og ikke andre, som skal være skattepligtig for de indkomster der er hans. Et synspunkt, der også er underbygget af LL §10, 11 og 12, som bygger på en forudsætning om, at ens skattegrundlag ikke kan overføre til en anden via dispositioner. (Michelsen, 2009; 644).

Domstolenes anvendelse af rette indkomstmottager kan bedst ses i domme omhandlende rentefiksering. I kølvandet på det skattefrie år 1969 fulgte en række sager om adgange til

fiksering af renter og arbejdsvederlæg samt i 1990'erne var rentefri aktionærlån på dagsorden. Skattemyndighederne tabte de fleste af disse sager med henvisning til, at adgang hertil ikke var tilstrækkeligt hjemlet i skattelovgivningen jf. LSR.1975.142, LSR.1975.6, TfS 1998, 199 H m.fl. (Michelsen, 2009; 645-646). Modsat disse sager står LSR 1972.71, hvor en far havde lånt en obligationspost rentefrit til sin datter. Retten fandt at låneforholdet var etableret af skattemæssige hensyn og anså faren som den skattepligtige. Ligeledes SKM2004.67 H hvor en far havde forpagtet sin landbrugsejendom til sin søn. Retten fandt, at da faren fortsat havde afholdt alle udgifter og modtaget alle indtægter, og at forpagtningsaftalen var indgået med henblik på at faren kunne modtage efterløn. Derfor blev faren anset for at være den rette indkomstmottager. (Michelsen, 2009; 652-653).

Der synes kun at være generel adgang til indkomstfordeling hvor form og indhold ikke stemmer overens. Uden for sådanne situationer kræves der specifik lovhjemmel.

Rette indkomstmottager er det nærmeste man kommer en intern forståelse af retmæssig ejer, men selvom de er beslægtet, så virker det ikke helt dækkende eller korrekt at sætte lighedstegn mellem de to. Danske lovgivere har da også valgt at oversætte begrebet som 'ejer' i stedet for at anvende 'indkomstmottager', selvom der er eksempler på, at de to begreber har været brugt i flæng. Hvis retmæssig ejer skal tillægges en ren intern fortolkning skal der formodentlig etableres ny praksis frem for reference til tidligere retspraksis for eksempel retmæssige indkomstmottager.

5.5 International retspraksis

5.5.1 Indofoods

Indofood dommen afsagt marts 2008 er generelt betragtet som den første dom afsagt på baggrund af OECD's reviderede Kommentarer fra 2003 (Booker, 2011; 775). Sagens selv var noget usædvanlig, da den ikke involverede nogen skattemyndighed, men i stedet var en civil retssag vedrørende fortolkningen af en låneaftale.

([2006] EWCA Civ 158¹²) Indofoods er en fødevarer producent / distributør hjemmehørende i Indonesien. I 2002 ønskede de at rejse kapital på \$280 mio. via obligationsudstedelse, hvilket ville udløse 20% rentebeskatning efter indonesisk skattelov. Indofoods oprettede et helejet datterselskab på Mauritius, som udstedte obligationerne på det internationale marked og herefter videreudlåne proventet til moderselskabet. Via DBO'en mellem Mauritius og Indonesien ville beskatningen blive nedsat til 10%. Banken JPMorgan Chase blev indsat som repræsentant og administrator for obligationsejerne.

Per 1. januar 2005 opsagde Indonesien sin DBO med Mauritius, hvilket aktiverede en klausul i låneaftalen, som tillod at obligationerne kunne indfries før tid hvis ændringer i indonesisk lov medførte, at beskatningen ville overstige 10%, men kun hvis: *"...such obligation cannot be avoided by the issuer....taking reasonable measures available to it..."*.

JPMorgan gjorde gældende, at aftalen kunne opretholdes ved at indskyde et nyt mellemselskab i Holland, Luxembourg eller Storbritannien, hvormed beskatningen fortsat ville være 10% eller mindre. Indofoods gjorde gældende, at der ikke var nogle "reasonable measures" med begrundelse i, at dette selskab ikke ville være beneficial owner.

(Sagen blev ført i England grundet værnetingsaftale og Indofoods fik medhold)

Med hensyn til beneficial owner udtalte domstolen, at *"the term "beneficial owner" is to be given an international fiscal meaning not derived from the domestic laws of contracting states"* med direkte henvisning til 2003 Kommentarerne (pkt. 42).

Om konklusionen at det hollandske selskab i realiteten ville være en nullitet:

12 Dommen kan findes på <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html>

"... In practical terms it is impossible to conceive of any circumstances in which either the Issuer or Newco could derive any 'direct benefit' from the interest payable by the Parent Guarantor except by funding its liability to the Principal Paying Agent or Issuer respectively. Such an exception can hardly be described as the 'full privilege' needed to qualify as the beneficial owner, rather the position of the Issuer and Newco equates to that of an "administrator of the income" (Pkt. 44).

I Indofoods sagen blev der lagt vægt på substance-over-form, idet dommen fremhæver kriteriet om det reelle ejerskab som det afgørende. Domstolen mente ikke at Newco havde nogen muligheder for selv at kunne opnå nogle fordele og var de facto på forhånd forpligtet til at anvende rentebetalingerne. Opfattelsen af 'snævre beføjelser' ansås således som ingen evne til at opnå selvstændig fordele eller disponere anderledes. Det bør nævnes at ordvalget 'full privileges' var taget fra et cirkulære fra de indonesiske skattemyndigheder, men dommeren udtalte at disse var i fuld overensstemmelse med ordlyden fra Kommentarerne.

At domstolen anlægger en autonom fortolkning er særlig relevant her, da første instans havde anlagt en intern forståelse og fundet, at det Newco ville være beneficial owner, fordi det ikke var forpligtet til at anvende rentebetalingerne (pkt. 39).

5.5.2 Prevost Car

Den anden ofte citerede sag fra international retspraksis er sagen Canada mod Prevost Car fra 2010. Sagen stammer fra Canada og handlede om selskabet Prevost Car Inc., som var ejet af det hollandske holdingselskab Prevost Holding B.V. Holdingselskabet var ejet af henholdsvis svenske Volvo Bussar Corporation (51%) og engelske Henlys Group plc. (49%). Udbytte blev udbetalt til Prevost Holding som, per aktionæroverenskomst mellem Volvo og Henley, skulle udbetale mindst 80% af modtagne udbetalinger videre som udbytte, betinget af at holdingselskabet havde de tilstrækkelige finansielle midler. Prevost Holding var et rent holdingselskab, det vil sige ingen kontorer, intet personale, ingen andre aktiviteter end deres aktier i Prevost car og en kontoradresse hos et management selskab i Holland.

Udbytte fra Prevost i Canada blev beskattet med 5% i henhold til Can-NI DBO'en. De canadiske skattemyndigheder gjorde gældende, at det var Volvo og Henlys, der var beneficial owner af udbyttet. Dette ville have resulteret i 15% beskatning for Volvos andel af udbyttet og 10% for Henlys i henhold til deres landes respektive DBO'er med Canada.

Retten i Canadas afgjorde at Prevost Holding var beneficial owner af udbetalingerne med følgende udvalgte præmisser: (2009 – FCA 57)¹³

Med hensyn til Kommentarerens retskildeværdi af beneficial owner anførte retten at:

"The worldwide recognition of the provisions of the Model Convention and their incorporation into a majority of bilateral convention have made the Commentaries on the provisions of the OECD Model Convention a widely-accepted guide to the interpretation and application of the provisions of existing bilateral conventions"[10].

"The same may be said with respect to latter Commentaries, when they represent a fair interpretation of the words of the Model Convention and do not conflict with Commentaries in existence at the time a specified treaty was entered...[11]

Retten konkluderer her, at Kommentarerne har retskildeværdi med henvisning til harmoniseringsprincippet, samt at Kommentarer udgivet efter en overenskomsts indgåelse ligeledes kan anvendes såfremt de ikke er i konflikt de tidligere Kommentarer.

Med hensyn til fortolkningen af beneficial owner anførte dommeren:

"...one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of the funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else's behalf pursuant to that person's instructions... [13].

Blot fordi pengestrømmene bliver kanaliseret videre gør ikke et selskab til en nullitet. Kun hvis selskabet er forpligtet til dette, uden at have nogen selvstændig dispositionsret, kan det betragtes som en nullitet. Retten afviste myndighedernes påstand om, at det var den, som i sidste ende nød fordelene, der måtte være beneficial owner. Hertil udtalte retten, at dette ikke var støttet af Kommentarerne og var udtryk for et nedsættende syn på holdingselskaber [15].

Retten fandt at Prevost Holding havde dispositionsret, *"...own use and enjoyment and assumes the risk and control"* i rettens ord, til udbetalingerne. Retten lagde vægt på, at holdingselskabet ikke var part i Volvo og Henlys aktionæroverenskomst, og at de ikke kunne sagsøge selskabet for misligholdelse af aftalen. De modtagne udbyttebetalinger var til rådighed for selskabets kreditorer indtil udlodningen var vedtaget i henhold til hollandsk selskabsret.

¹³ Dommen kan findes på: <http://canlii.ca/t/22pcc>

Prevost sagen udtrykker synspunktet, at det ikke er afgørende hvem der i sidste ende modtager udbyttet, men at det afgørende er, hvem der har rådigheden og risikoen for indkomsten. Herudover er det værd at bemærket, at Prevost Holding blev anerkendt som beneficial owner på trods af, at det ikke havde nogen ansatte, kontorer eller andre fysiske rammer.

6. Danske afgørelser

Siden 2007 har danske skattemyndigheder haft særlig fokus på multinationale selskabers skattebetalinger især kapitalfonde. Et element i denne fokus har været; at "*afprøve rækkevidden af reglerne*" herunder beneficial owner værnsreglen (SKAT; 2010, 5). Udvalget tæller 4 sager blandt anslåede mindst 30 sager (Bundgaard; 2012, 1). Her er udvalgt 2 sager omhandlende rentebetalinger, den nyeste sag omhandlende udbytte og 'ISS sagen'. 'ISS sagen' og er mest autoritative, da den er afsagt af Østre Landsret.

Sagerne vil blive præsenteret med faktum, SKAT's afgørelse, selskabets påstande samt rettens præmisser og kendelse. Hver sag afsluttes med kort opsummering, som udtrækker hvilke præmisser, der taler til anvendelsen af beneficial owner.

6.1 SKM2012.121.ØLR – 'ISS sagen'

'ISS sagen' omhandler både udbytte- og rentebeskatning i forbindelse med at service giganten blev overtaget af to udenlandske kapitalfonde. Udbytte og rente spørgsmålet blev behandlet ved to separate sager ved Landsskatteretten med kendelser afsagt henholdsvis marts og november 2010. Den første kendelse blev indbragt af SKAT til byretten, som henviste sagen til Østre Landsret på grund af sin principielle karakter. Østre Landsret afsagde dom december 2011. Landsskatterettens kendelse i rentespørgsmålet behandles ikke, da den på beneficial owner fronten blot henviser til den tidligere kendelse.

6.1.1 Sagens oplysninger

I maj 2005 overtog en række kapitalfonde service giganten ISS. Kapitalfondene var såkaldte 'fund of funds', hvilket vil sige, at de selv var ejet af bagvedliggende fonde og udgjorde således hundredvis af institutionelle investorer, pensionskasser, pengeinstitutter, privat person osv. Opkøbsstrukturen er her præsenteret en smule simplificeret, da den indeholdte nogle komplicerede elementer uden nævneværdig betydning i denne sammenhæng. I sidste ende var der tale om en typisk "leveraged buy-out" struktur, hvor forudsætningen for kapitalfondenes investering er, at finansiering etableres gennem et gældsforhold mod de underliggende datterselskaber – i sidste ende target selskabet.

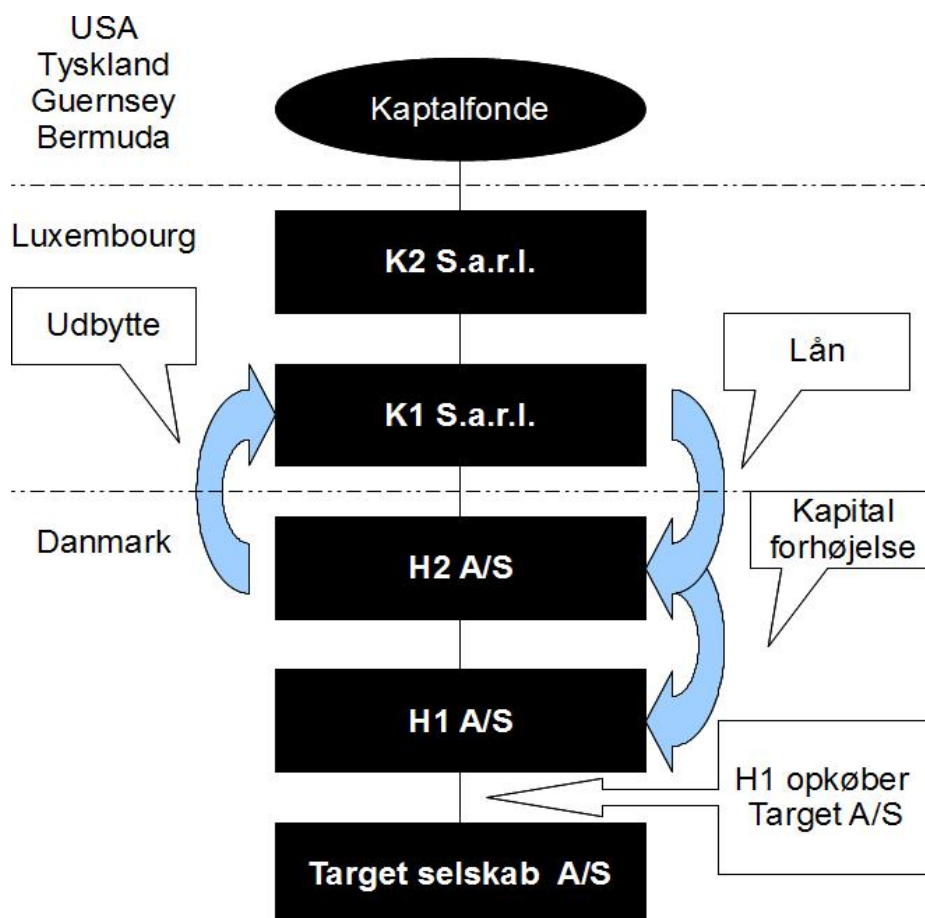
De bagvedliggende fonde var hjemmehørende i henholdsvis; Delaware (USA), Guernsey,

Tyskland og Bermuda.

Kapitalfondene stiftede et dansk selskab H1 A/S, hvis eneste funktion var at erhverve aktierne i target selskabet. Efter erhvervelsen blev dette selskab apportindskudt i et nystiftet dansk selskab H2 A/S, hvorefter aktierne i dette blev solgt forholdsmæssigt til de bagvedliggende kapitalfonde. Samme dag indskød kapitalfondene deres aktier i en Luxemburgsk dobbelt-holdingstruktur K1 og K2 S.a.r.l.

Dagen efter at opkøbet var på plads, blev der afholdt ordinær generalforsamling i H2 for dets første regnskabsår 4. - 9. maj. Her blev det vedtaget, at udbetale udbytte på DKK 5.544 mio. til det luxemburgske moderselskab. Samme dag ydede moderselskabet to lån til H2 henholdsvis; et konvertibelt lån på DKK 5.5 mia. og et ikke konvertibelt lån på DKK 37,2 mio. Det konvertible lån plus renter blev omdannet til aktier ultimo samme år.

6.1.2 Illustration – ISS



6.1.3 Parternes argumentation

6.1.3.1 Skattemyndighederne

SKAT havde afgjort, at selskabet skulle have indeholdt udbytteskat af udbyttet betalt til moderselskabet efter KSL §65, stk. 1 i henhold til SSL §2, stk. 1, litra c, idet SKAT ikke anså hverken moder-/datterselskabsdirektivet eller Dk-Lux DBO af 1982 som afskærende for beskatningen idet K1 S.a.r.l. ikke ansås for værende beneficial owner.

SKAT anførte det faktum, at selskabet ikke havde aktiviteter ud over at eje aktierne i H2 (Administration blev varetaget af en af kapitalfondenes administrationselskab), og at selskabet reelt ikke havde nogen beføjelser til at disponere over udbyttet udover det, som de bagvedliggende ejere på forhånd havde besluttet. SKAT erklærede, at de anså selskabet som værende uden kommercielt indhold og udelukkende indskudt for at opnå skattemæssige fordele.

Som bevis for at selskabet ikke havde dispositionsret fremførte SKAT, at låneplanen var planlagt fra start, og at de oprindelige dokumenter ikke skelnede mellem, om egenfinansiering var posteret som aktiekapital eller aktionærlån. Dermed ansås beslutningen om at genudlåne det modtagne udbytte for truffet af investorerne og ikke K1. Ydermere var beslutningen, ifølge selskabets repræsentant, om at indskyde kontantbeløbet direkte i det danske holdingselskab og derefter gennemføre successive aktieombytninger grundet i et ønske om, at undgå kapitaltilførselsafgift i Luxembourg.

SKAT anførte, at Dk-Lux DBO skulle fortolkes i overensstemmelse med og i lyset af Kommentarerne herunder, at opfattelsen af beneficial owner er udtryk for en gradvis præcisering og ikke en materiel ændring, da betingelsen har været inkluderet siden 1977. SKAT anså Kommentarerne som tydeliggørelse af, at det formelle ejerskab ikke er afgørende for hvem, der er den retmæssige ejer og at mellemlid ikke kan anses for retmæssige ejere, hvis de reelt har så snævre beføjelser, at de udgør en nullitet eller administrator. Hvorvidt der rent faktisk skete en viderekanalisering er ikke relevant, da det er beføjelserne, der er afgørende.

Som argument for, at direktivet ikke er afskærende henviste SKAT primært til Europa

Kommissionens fortolkning af rent kunstige arrangementer samt EU retspraksis. Sekundært anførtes det¹⁴, at direktivet art. 1, stk. 2 tillader interne værnsregler, som nødvendigvis måtte være en henvisning til DBO'er, og at der ikke kan slttes modsætningsvist fra rente-/royaltydirektivet. SKAT anførte, at formålet med arrangementet var, at etablere en fradragsret for renteudgifter uden at udløse kildeskat hvilket ansås for uforenlige med DBO'ens formål.

6.1.3.2 Selskabets anbringender

Selskabet nedlagt påstand om, at indeholdspligten vedrørende udbyttet skulle ophæves.

Til støtte herfor gjorde selskabet tre tilfælde gældende; at moderselskabet var beneficial owner, at selskabet ligeledes havde krav på skattefrihed i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet og, at SKAT's afgørelse udgør en skærpelse af en fast administrativ praksis med tilbagevirkende kraft, som ikke kan gennemføres uden passende varsel.

Selskabet gjorde gældende, at moderselskabet hverken var agent eller nominee, som i ordlyden af 1977 Kommentarerne, hvilke var gældende, da Dk-Lux DBO blev vedtaget. Selskabet ønskede ikke at forfølge spørgsmålet om 2003 Kommentarerne kunne gøres gældende da selskabet heller ikke anså SKAT's påstand for støttet af 2003 Kommentarerne. Selskabet gjorde gældende, at moder- /datterselskabsdirektivet ikke indeholder beneficial owner betingelsen, og art. 1, stk. 2. referer til principperne for rette indkomstmodtager og ikke beneficial owner.

Til spørgsmålet om selskabet var beneficial owner henviste selskabet til Kommentarerne og anførte, at det er en betingelse at pengestrømmen faktisk bliver kanaliseret videre. Til SKAT's påstand vedrørende rådighed anførtes det, at de bagvedliggende ejere ikke har haft glæde af udbyttet, da det stadig er i selskabet i form af egenkapital, samt at H1's kreditorer kunne søge sig fyldestgjort heri. Selskabet argumenterede, at det er normal forretningsgang i koncerner, at større beslutninger, som for eksempel udlodning eller finansieringsstruktur, besluttet af koncernens ledelse og herefter gennemføres af de relevante selskabsorganer. Dette fratager ikke disse selskaber dispositionsretten, da disse ikke er bindende over for selskabet.

¹⁴ SKAT fremførte ikke dette argument i Landsskatteretten

Til EU direktivet anførte selskabet, at det i modsætning til rente- /royaltydirektivet, ikke indeholder beneficial owner som betingelse, og at der derfor ikke kan forligge misbrug i henhold til EU retten. Værnsregler efter interne bestemmelser beror sig på principperne for rette indkomstmottager hvilket H1 utvivlsomt er.

6.1.3.3. Østre Landsrets bemærkninger

Retten udtrykte om retmæssig ejer skal fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse. Hertil henviste retten til, at det ikke er kendt fra dansk ret og til formålet med OECD's Modeloverenskomst. Retten henviste til Indofoods dommen med hensyn til, at 2003 Kommentarerne udgør præciseringer og kan anvendes.

Retten gav til kende, med henvisning til OECD's rapporter fra 1986, at beneficial owner ikke kan ramme enhver form for misbrug. For at et mellemholdingselskab kan underkendes som retmæssig ejer kræves det, *"at ejeren udøver en kontrol, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner"*.

Retten fandt det unødvendigt at vurdere investorernes kontrol i dette tilfælde, da OECD's rapporter gør det klart at pengestrømmen skal være videreført. H1 frifindelsepåstand tages herefter til følge.

6.1.4 Opsummering

Østre Landsret erklærer her, at beneficial owner skal tillægges en autonom fortolkning, og at Kommentarerne udgør præciseringer og kan tillægges en dynamisk fortolkning. Herudover hjælper dommen ikke meget i forhold til den nærmere fortolkning af beneficial owner eller direktivets virkning.

To faktorer bliver dog slået fast. Faktisk videreførsel af pengestrømme er nødvendigt før en beneficial owner vurdering overhovedet skal foretages. Dette er en meget klar og utvetydig faktor, som er til stor hjælp som rettesnor. Retskilderne fra OECD virker da også meget klare på dette punkt, og da disse skal lægges til grund, kan der ikke være meget tvivl om dette fremadrettet. Med hensyn til dispositionsretten anviser retten at sædvanlig kontrol er tilladt i koncernforhold¹⁵.

15 Dommen henviser her til [rapporten af 1986] Afsnit II, B, litra b, 7. pkt.

6.2. SKM 2012.26 LSR

Denne sag udgør den seneste sag vedrørende udbytte. Der forligger dog en nyere kendelse afsagt af Landsskatteretten 29. august 2012 (SKM 2012.409 LSR). 2012.26 LSR er valgt, da rettens afgørelse i den nyere dom er identisk med denne og på det afgørende punkt blot refererer til 2012.26 LSR.

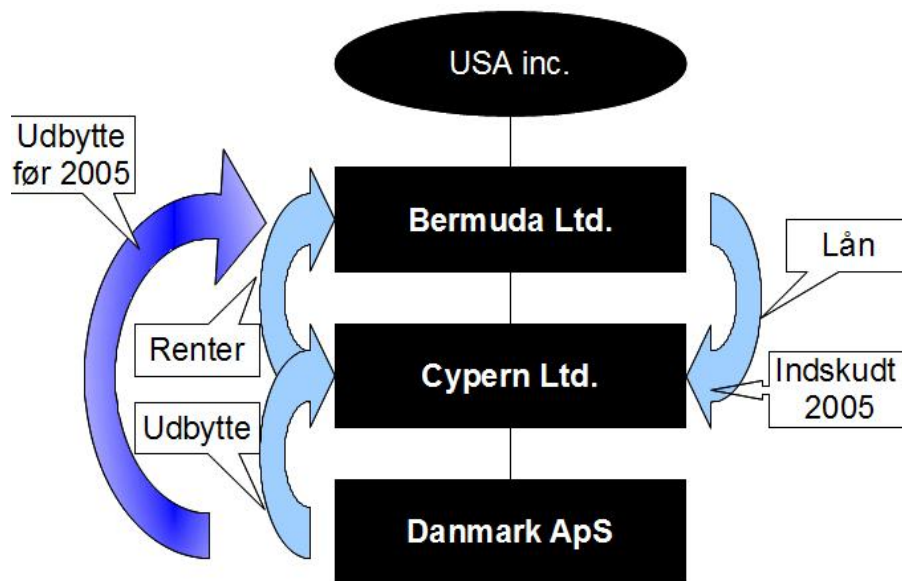
7.2.1 Sagens oplysninger

Denne sag omhandlede et dansk anpartsselskab (DK ApS), som udfører salgs- og supportaktivitet for en amerikansk børsnoteret koncern (USA Inc.). Indtil september 2005 var selskabet ejet af et holdingselskab på Bermuda (B Ltd.) og rapporterede til et selskab i Nederlandene (N b.v.), som varetager koncernens salg uden for Nordamerika. Efter stiftelsen havde DK erhvervet aktierne i N. I september 2005 stiftede B et selskab på Cypern (C Ltd.), som overtog DK til en købssum på EUR 90 mio., hvorefter DK solgte N til sit søsterselskab i Nederlandene. Grunden til omorganiseringen blev oplyst som, at da DK kun varetog salgs- og supportfunktion i Danmark, havde det ikke kompetencerne til at eje N.

I september 2005 udloddede DK DKK 566 mio. til C. Dette udbytte blev anvendt af C til at betale gæld på det lån, som var optaget fra B til finansiering af købet af DK. I oktober 2006 udloddes DKK 92 mio. til C, som ligeledes blev benyttet til afbetaling på lånet. C's væsentligste funktion var, at eje aktierne i DK og havde hverken lokaler eller personale til rådighed. Om B oplyses, at dette selskab ejede alle immaterielle aktiver fornødne til, at producere og markedsføre koncernens produkter uden for Nordamerika.

Ingen sådan reference kan findes, hvilken paragraf dommeren har i tankerne står ikke klart.

6.2.2 Illustration



6.2.3 Parternes argumentation

6.2.3.1 Skattemyndighederne

SKAT anså selskabet som indeholdspligtig af udbytteskat i henhold til SSL §2, stk. 1, litra c, da beskatningen ikke skulle frafalde efter den Dk-Cyp DBO af 1983, som indeholder beneficial owner betingelsen.

SKAT var af den opfattelse, at C i bedste fald havde haft meget snævre beføjelser i relation til udbyttebetalingen. SKAT henviste til Kommentarerne og gjorde gældende at, kriteriet om snævre beføjelser var opfyldt i sagen. Hertil argumenterede de, at de bagvedliggende ejere på forhånd har besluttet og dirigeret udbyttebetalingen derhen, hvor de ønsker, uden den formelle modtager havde reel mulighed for at påvirke beslutningen. SKAT mente, at C's eneste formål var at opnå skattemæssige fordele, hvilket de så underbygget af selskabets manglende substans. Disponeringen blev anset for truffet på forhånd, da C ikke havde andre muligheder for at betale lånet tilbage end via udlodningerne fra DK. Under disse omstændigheder ansås det for selskabets ansvar at godtgøre, at C ikke var et rent gennemstrømningselskab, hvilket de ikke havde gjort. SKAT fremhævede, at omstruktureringen ikke forklarede hvorfor C "pludseligt" skulle indskydes, samt at B kunne fungere som moderselskabet for den europæiske del af koncernen.

Med hensyn til direktivet henviste SKAT til art. 1, stk. 2, hvilket tillader brugen af interne værnsregler, hvilket beneficial owner i DBO art. 10 har karakter af. Ydermere anførtes det, med henvisning til EU retspraksis, at EU retten ikke er gældende, når der er tale om rent kunstige arrangementer.

Til selskabets argument at hvis ikke C, så ville USA være den retmæssige ejer anså SKAT, at det måtte være selskabet, der havde bevisbyrden for, at B ikke var den retmæssige ejer og at betalingerne faktisk var gået videre til USA. For selskabets hæftelse afviste SKAT argumentet om usikkerhed om retstilstanden. De bagvedliggende ejere måtte være klar over arrangementets formål og ikke havde fortaget nærmere undersøgelse eller søgt at afklare risikoen.

6.2.3.2. Selskabets anbringender

DK nedlagde principel påstand om, at indeholdspligten ophæves, og subsidiært at der ikke var udvist forsømmelighed.

DK anførte, at selskabet skulle fritages for kildeskat i henhold til direktivet art. 5, da det ikke indeholder beneficial owner betingelsen. Direktivets henvisning til nationale værnsregler kunne alene bero sig på specifikke værnsregler, hvilket ikke er implementeret og derfor kun kan omfatte principperne for rette indkomstmottager. Hertil henviste selskabet til dansk retspraksis¹⁶, hvor juridisk gyldige transaktioner ikke kan tilsidesættes blot fordi de medfører skattemæssige fordele. L202 2008/09 (værnsregel mod omvendte juletræer) viser modsætningsvist, at dansk lovgivning ikke indeholder hjemmel til at se igennem lovligt stiftede selskaber på baggrund af retmæssig ejer.

DK anerkendte, at behovet for at forhindre omgåelse af dansk beskatning, i princippet var i overensstemmelse med EU retten, men at SKAT ikke havde påvist intention hos skatteyderen. Udbyttet var ultimativt modtaget af koncernmoderselskabet i USA, som ville have været fritaget for udbyttebeskatning efter Dk-USA DBO, hvis betalingen var gået direkte fra DK til USA, hvormed koncernen ikke opnåede nogen fordel. Derfor kunne arrangementet ikke være i strid med DBO'en formål.

Selskabet dokumenterede, at pengene var videreført til USA og anførte, at SKAT ikke kunne underkende selskabet som retmæssige ejer uden samtidigt at tage stilling til hvem der så var.

¹⁶ SKM2006.749.HR og SKM2003.482.HR

USA var det eneste selskab, som opfyldte de kriterier, som SKAT havde anlagt.

Selskabet afviste forsømmelighed med henvisning til dansk retspraksis¹⁷, hvormed usikkerhed om retstilstande bevirker, at der ikke kan være udvist forsømmelighed.

6.2.3.3 Landsskatterettens bemærkninger

Retten henviste til Kommentarerne, og afviste at retmæssig ejer er sammenfaldende med principperne for rette indkomstmodtager. I dette tilfælde, hvor flere på hinanden afhængige transaktioner mellem interesseforbundne parter er fortaget, inklusiv parter uden for EU, så påhviler det selskabet at godtgøre, at bortfaldet af dansk kildeskat skal anvendes.

Med henvisning til; dels at udlodning ubestridt blev videreført til Bermuda og dels, at C ikke havde egne lokaler og meget beskedne driftsudgifter, udtrykte retten at C ikke kunne anerkendes som den retmæssige ejer. Hertil afviste retten, at Dk-USA DBO'en kunne anvendes, idet C var rette indkomstmodtager. Retten fandt, at direktivets art. 1, stk. 2 henviser til lovbestemmelser eller almindelige retsgrundsætninger. Højeste ret har ikke fundet grundlag til at tilsidesættelse af lovligt stiftede selskaber alene med henvisning til skattebesparelse. Som følge heraf skal udbyttet i medfør af direktivets art. 5 fritaget for kildeskat.

6.2.4 Opsummering

Retmæssig ejer og rette indkomstmodtager er altså ikke sammenfaldende. Retten giver i denne kendelse nogle retningslinier om hvornår det er selskabet, der skal sandsynliggøre, at betingelserne for frafald af beskatningen er tilstæde. Det anførte kriterie er når afhængige transaktioner involverende interesseforbundne parter uden for EU / DBO. Konklusion at C ikke er retmæssig ejer hviler på tre faktorer; timingen for stiftelsen, at udbyttet faktisk blev videreført og dels manglen på lokaler og driftsudgifter. Gennemstrømning af DBO'er afvises af retten med henvisning til, at C er rette indkomstmodtager, og derfor skal Dk-Cyp DBO'en anvendes.

Den vigtigste del af denne kendelse er, at retten ikke anser interne værnsregler i henhold til direktivet som indbefattende DBO'erne men kun deciderede værnsregler. Dette medfører, at når et selskab er lovligt stiftet og indregistreret (civilretlig gyldigt), så er det rette

17 SKM 2002.470 ØLR

indkomstmodtager og opfyldt direktivets krav.

Dette aspekt af domme kan og bør indbringes for EU domstolen, som mere autoritativt kunne afgøre dette spørgsmål. Jakob Bundgaard har fremført samme synspunkt (Bundgaard, 2012; 11), selvom han er enig i Landsskatterettens konklusion. Direktivets ordlyd er 'bestemmelser eller overenskomster', hvilket virker som en klar henvisning til DBO'erne, hvilket SKAT også anførte som argument. Det virker for denne forfatter besynderligt hvorfor værnsregler indeholdt i DBO'erne, som er vedtaget ved lov, ikke er omfattet af art. 1, stk. 2. Det ville også virke kunstigt at indsætte en værnsregel i selve lovgivningen, da hele området hvorpå reglen ville virke jo netop er reguleret igennem DBO'erne - men Bundgaards synspunkt, at dette spørgsmålet bør indbringes for en højere instans og helst EU retten tilsluttes. Hvis Landsskatterettens kendelse står ved magt vil beneficial owner i DBO'ernes art. 10 i al væsentlig gøres irrelevant, og det må forventes, at SKAT ikke giver sig så let.

Sagen er appelleret (SKAT Appelliste).

Det bemærkes hertil, at Skatterådet i mindst to tilfælde har henvist til denne sag og afgivet bindende svar i overensstemmelse med dommen (SKM 2012.246 SR, SKM 2012.320 SR).

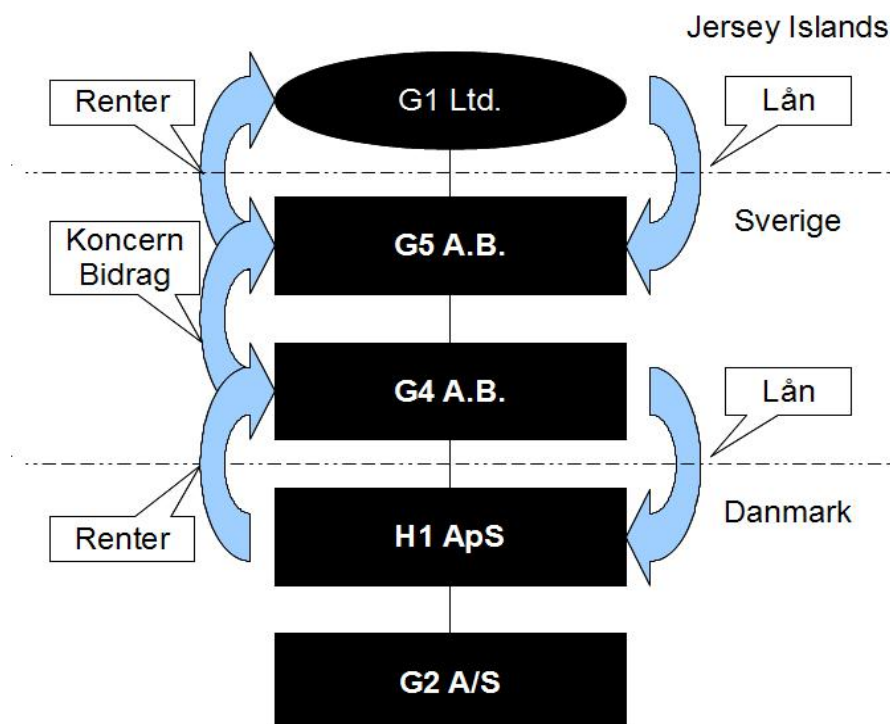
6.3 SKM2011.57.LSR

6.3.1 Sagens oplysninger

Juli 2002 erhvervede selskabet G1 Ltd., som er hjemmehørende på Jersey, en dansk koncern med selskabet G2 A/S som øverste selskab. Juni 2003 erhvervede G1 to selskaber i Sverige G4 AB og G5 AB. Dagen efter blev aktierne i G2 overført til G4 AB som 'ovillkorat aktieægertilskott' samtidig med, at G5 fik overdraget aktierne i G4 til samme beløb.

Finansieringen blev forstået af et lån fra G1 til G5. Næste dag erhvervede G4 aktierne i H1 fra G6 ApS finansieret ved lån fra G6. Herefter erhvervede H1 aktierne i G2 via lån fra G4. De to gældsbreve var på samme beløb og rente. Der var ikke aftalt fast afdrag, og debitor havde mulighed for at betale til hver tid, ligesom kreditor kunne kræve lånet indfriet med 6 måneders varsel. G4 og G5 havde som eneste aktivitet at eje H1 og G4 henholdsvis og blev administreret af G7, som var ekstern til koncernstrukturen.

6.3.2 Illustration



6.2.3 Parternes argumentation

6.3.3.1 Skattemyndighedernes afgørelse

SKAT havde forhøjet H1's skattebetaling med kildeskat af renter i henhold til SSL §2, stk. 1, litra d, da G4 og G5 ikke ansås for retmæssige ejere efter den nordiske DBO af 1997 eller rente- /royaltydirektivet.

SKAT henviste til Kommentarerne og gjorde gældende at kriteriet om snævre beføjelser var opfyldt i sagen. Hertil argumenterede de, at de bagvedliggende ejere på forhånd har besluttet og dirigeret betalingerne derhen, hvor de ønskede, uden den formelle modtager havde reel mulighed for at påvirke beslutningen. Dette blev underbygget af, at renterne betalt af H1 til G4 blev overført samme dato til G5 og herefter G1 i præcis samme størrelse. Det blev anset for afgørende, at der reelt ikke var andre muligheder for G5's servicering af sin gæld end ved viderebetaling af rentebetalingerne fra H1, hvormed der forlås en faktisk forpligtelse, selvom der ikke forlås en retslig, herunder blev der henvist til Indofoods dommen. Det ansås for uden betydning, at overførslerne skete som koncernbidrag. De svenske selskaber havde ingen selvstændig drift, og de to selskaber ansås for udelukkende oprettet af skattemæssige hensyn.

SKAT henviste til både Kommentarerne og direktivets ordlyd. Til EU retten anførtes det, at DBO'en var intern værnsregel, men at dette ikke var nødvendigt, da direktivet udtrykkeligt indeholder betingelsen om, at modtageren er den retmæssige ejer. Det blev afvist, at kun den rette indkomstmotager kunne være begrænset skattepligtig med henvisning til, at det var nok at statuere, at renterne stammede fra kilder her i landet.

SKAT påpegede, som modargument til selskabets, at selvom den pågældende skat ikke eksisterede på omstruktureringens tidspunkt, så var den planlagt indført kun en måned senere, som selskabet måtte antages at være oplyst herom.

6.3.3.2. Selskabets anbringender

Selskabets repræsentant nedlagde påstand, om at indeholdspligten ophæves, og at SKAT's afgørelse blev kendt ugyldig.

Selskabet argumenterede, at beneficial owner kun er af betydning, såfremt det udenlandske selskab er den rette indkomstmotager. Som fordringshaver var G4 efter intern dansk ret at anse som dette, og efter SSL §2, stk. 1, litra d, 1. pkt. er det kun det selskab, som er rette indkomstmotager, der kan være omfattet af den begrænsede skattepligt.

Om dispositionsretten anførtes, at alle selskaber i koncernen udgjorde selvstændige rets- og skattesubjekter hvilket underbygges af, at G4 accepterede en gældskonvertering. Ingen andre havde ret til indkomsten, men videreførelsen var afledt af naturlig aktionærinteresse.

Til påstanden om skatteundgåelse anførte selskabet, at dette kunne ikke være tilfældet, da der ikke på tidspunktet var kildeskat på renter.

6.3.3.3. Landsskatterettens bemærkninger

Retten henviste til Kommentarerne og tillagde en autonom fortolkning af beneficial owner og anførte, at det ikke kunne sidestilles med rette indkomstmotager og skulle tillægges en harmoniserende fortolkning. Hermed skulle vurderingen baseres på mere end den juridiske ejendomsret dvs. også den økonomiske. For direktivet henviste retten til art. 1. og fandt, at G4 ikke kunne anses som beneficial owner hverken i henhold til DBO'en eller direktivet. Retten lagde vægt på at konstruktionen var valgt af interesseforbundne parter, og valget af overførelsesmetode ikke resulterede i skattepligtig nettoindkomst hos de svenske selskaber.

Det og lånenes ensartethed førte til vurderingen, at konstruktionen var tilsigtet at undgå enhver form for beskatning uden at berøre rentefradragsretten

G4 afslås overenskomsten og direktivets fordele. SKAT's afgørelse stadfæstes.

6.3.4 Opsummering

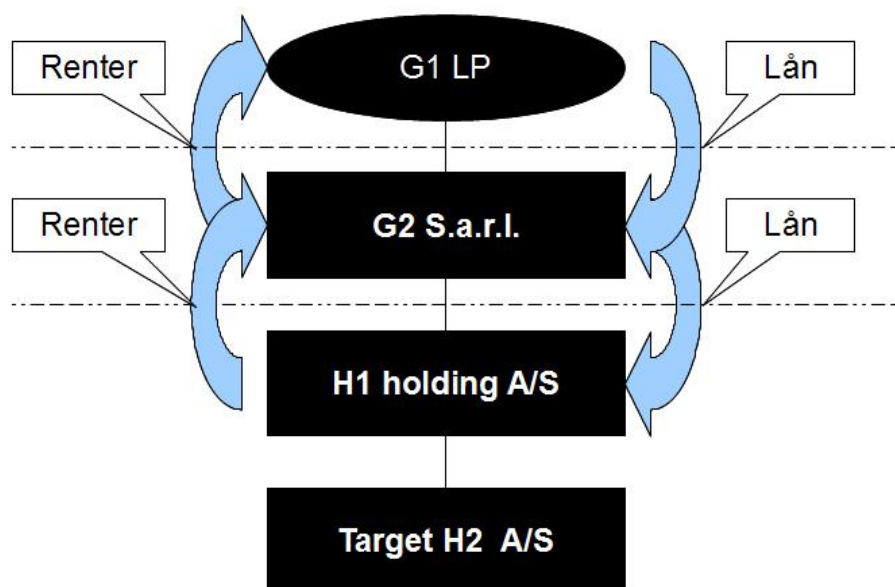
Retten anvender en autonom fortolkning af beneficial owner og begrundet dette med hensynet til harmoniseringsprincippet. Retten lagde den afgørende vægt på den økonomiske ejendomsret og en vurdering af selskabskonstruktionens formål. Hertil tilsluttede retten sig argumentet, at selskabet reelt ikke havde andre muligheder end at videreførselen på trods af dets civilretlige rettigheder. Det bliver ikke sagt eksplicit, men det virker som, at retten her har lagt stor vægt på skatteresultatet af de samlede transaktioner og den bevidste brug af de svenske regler for koncernbidrag. På trods af at argumentationen meget omhandlede hvorvidt et selskab skal være rette indkomstmodtager, for at være omfattet af SSL §2, så kommenteres dette ikke i præmisserne. Dette må tages til udtryk for, at retten tilslutter sig SKAT's holdning, at det er nok at statuere, at renterne var oparbejdet i Danmark for skattepligtens indtræffen.

6.4 SKM2012.409 LSR

6.4.1. Sagens oplysninger

H2 A/S blev i juni 2005 opkøbt af kapitalfonden G1 LP hjemmehørende på Jersey. Opkøbet blev forstået af et holdingselskab oprettet til formålet H1 Holding A/S. Finansieringen af købet var i form af et lån fra kapitalfonden på 9% p.a. til H1. I april 2006 blev denne fordring overdraget til et nystiftet selskab G2 S.a.r.l. i Luxembourg, som i juni 2006 overtog kapitalfondens ejerandele i selskabet. G2's erhvervelse blev berigtiget via en 'convertible loan note', som udgjorde samme hovedstol som gældsforholdet mellem G2 og H1 med en aftalt rente på 9.875% p.a. Begge lån blev forrentet og akkumuleret indtil indfrielse i november 2007, hvor de blev indfriet på samme tidspunkt og i samme bank. G1 oplyste, at baggrunden for etableringen af strukturen var interne drøftelser vedrørende oprettelsen af europæiske holdingselskaber i forbindelse med fremtidige opkøb. Luxembourg var valgt af hensyn til dets stærke finansielle sektor og centrum for investeringer. Selskabet havde ikke udnyttet mulighederne for finansielle serviceydelser i Luxembourg.

6.4.2 Illustration



6.4.3 Parternes argumentation

6.4.3.1 Skattemyndighedernes afgørelse

SKAT havde forhøjet H1's skattebetalinger med kildeskat af renter, da de betalte renter til G2 var oppebåret fra kilder her i landet og ikke skulle frafaldes i henhold til Dk-Lux DBO af 1982, da selskabet ikke ansås den retmæssige ejer.

SKAT henviste til Kommentarerne og gjorde gældende, kriteriet om snævre beføjelser var opfyldt i sagen. Hertil argumenterede de, at de bagvedliggende ejere på forhånd har besluttet og dirigeret betalingerne derhen, hvor de ønsker, uden den formelle modtager havde reel mulighed for at påvirke beslutningen. SKAT argumenterede, at indskydelsen af G2 var begrundet af skattemæssige overvejelser, hvilket blev set i låneforholdet mellem H1 og G1, som eksisterende før oprettelsen af G2. Overdragelsen af lånet fandt sted kun få dage før udvidelsen af skattekontrolløven, som ville have medført skattepligt af renterne. Til den manglende dispositionsret anførtes, at G2 ikke havde anden aktivitet end at eje H1, ikke havde nævneværdige udgifter indikerende, at selskabet hverken havde lokaler eller ansatte. Lånene og indfrielsen var af samme størrelse og skattemæssige neutrale i Luxembourg hvormed G2 udgør et gennemstrømningsselskab. For direktivets vedkommende henviste SKAT både til, at det indeholder retmæssig ejer betingelsen, og at retmæssig ejer udgør en intern værnsregel, der opfylder direktivets art. 5.

SKAT bestred ikke, at G1 kunne anses som transparent, hvorved indeholdspligten kunne bortfalde, men dokumentationspligten for dette måtte påhvile selskabet G1. SKAT anså ikke ejerlisterne fra selskabet som tilstrækkelige, da de var udateret og ejerforholdene utilstrækkelige oplyst.

6.4.3.2. Selskabets anbringender

Selskabet nedlagde påstand at renteskatten var opkrævet uretmæssigt.

Selskabet opfattede, at retmæssige ejer skulle fortolkes efter intern ret med henvisning til DBO'ens art. 3, stk. 2 (undefinerede begreber fortolkes efter intern ret), hvorved princippet om rette indkomstmodtager måtte tages til grunde. Til argument herfor anførte selskabet, at beneficial owner er upræcist defineret i overenskomsten og fortolkes forskelligt i forskellige lande. Det er ubestridt, at G2 er den civilretlige ejer af fordringen, og lånetransaktionen kan

ikke underkendes ud fra en realitetsprøveles, da der er fuld overensstemmelse mellem udformning og indhold.

Selskabet gjorde til grunde, at såfremt retten mente beneficial owner skulle tilskrives en autonom fortolkning, så skulle denne gennemføres ud fra Kommentarerne af 1977. Argumentet herfor var, at begrebet havde udviklet sig gennem årene og relationen til gennemstrømningselskaber først blev tilføjet i 2003. Også hvis 2003 Kommentarerne skulle lægges til grund, mente selskabet at G2 den retmæssige ejer. Det afgørende blev af selskabet opfattet som; hvorvidt kreditor oppebærer indkomsten til fordel for sig selv, om selskabet var aftaleretlig forpligtet til at anvende indkomsten på servicering af forpligtelse til tredjemand samt hvorvidt kreditor havde påtaget sig modpartsrisiko. G2 opfyldte alle betingelserne.

Selskabet henviste til SKAT's egen argumentation om at skatteunddragelse, hvortil det anførtes, at konstruktionen ikke kunne være fortaget af skattemæssige årsager, da 92,8 % af G1's investorer var hjemmehørende i EU / DBO lande, hvorved der kun var opnået en beskedent skattefordel.

Selskabet bestred SKAT's antagelse om, at beneficial owner skulle fortolkes ens i direktivet som i DBO'erne. Direktivet indeholder en selvstændig definition og skulle derfor tilskrives en fællesskabsretlig fortolkning. Da direktivet indeholder en egentlig misbrugsbestemmelse kan det formodes, at EU domstolen vil foretage en indskrænkende fortolkning af beneficial owner, hvormed et selskab ikke kan underkendes såfremt det er rette indkomstmodtager.

6.4.3.3. Landsskatterettens bemærkninger

Retten henviste til, at begrebet beneficial owner er taget fra Modeloverenskomsten og derfor skal forstås i denne sammenhæng. Med hensyn til ændring eller præcision henviste retten til Kommentarerne art. 11, pkt. 8, som anfører, at Kommentarerne kan anvendes på senere overenskomster af hensyn til en harmoniseret fortolkning, hvormed det afvises at beneficial owner er sammenfaldende med rette indkomstmodtager. For direktivet henviste retten til art. 1 og anså ikke selskabet for retmæssige ejer - hverken efter direktivet eller overenskomsten. Den samtidige erhvervelse af fordringen og aktierne, med næsten samme beløbsstørrelse, mellem interesseforbundne parter, og at transaktionerne ikke førte til skattepligtig nettoindkomst for G2 blev anført, som årsag til at selskabet vurderes som gennemstrømnings-selskab.

6.4.4 Opsummering

Selskabet forsøger sig i denne dom sig med nogle argumenter vi ikke har hørt tidligere. Selskabets repræsentant udstiller meget godt forskellen på den interne, statiske og dynamiske fortolkning af beneficial owner. Retten tillægger her en autonom og dynamisk fortolkning. Som argument til afvisning af den statiske fortolkning henviser retten til Kommentarerne.

Retten anfører en forholdsvis solid præmis for afvisningen af, at selskabet havde beføjelserne over indkomsten i det retten bemærker, at dispositionen ikke kunne føre til positiv nettoindkomst for selskabet. Det har været antydnet i andre sager, men ikke udtrykt specifikt. Logikken må være, at et selvstændigt subjekt ikke ville gå med til en transaktion, hvorved det ikke kunne opnå nogen fordele. For at have reelle beføjelser skal et selskab tilsyneladende have, i det mindste teoretisk, mulighed for at opnå en selvstændig fordel, hvilket også var det overvejende argument i Indofoods dommen.

Der er anført separate henvisninger for direktivet og overenskomsten, hvilket tages til udtryk for, at beneficial owner skal vurderes både for overenskomsten og direktivet på sine egne kilder.

7. Udledte konklusioner

Resultaterne af domskendelserne og de anførte præmisser vil her blive analyseret og holdt op mod retskilderne. Herudfra vil den del af retsstillingen, som er afklaret fremstå, samt hvilke elementer heraf der stadig ikke er endeligt afklaret. Hvad dette samt usikkerheden har af betydning for selskaberne vil blive diskuteret i næste afsnit.

7.1 Autonom vs. intern fortolkning

Det første spørgsmål der skal besvares, for at forstå beneficial owner værnsreglens indvirkning er, hvilke retskilder, der udgør basis for fortolkning. Som det fremstår i sagerne, så er dette et af de punkter, hvor selskaberne har udfordret skattemyndighedernes afgørelser.

Det er et fast princip i DBO'erne at begreber, som ikke er defineret heri skal tillægges den betydning, som de har i den kontraherende stats interne skattesystem. Hverken Landsskatteretten eller Østre Landsret har på noget tidspunkt udtrykt tvivl om hvorvidt begrebet er defineret i overenskomsten - det er det. Dette er også i overensstemmelse med international retspraksis. I begge sager blev der anlagt en intern fortolkning ved første instans, som blev omstødt på appel. Dette spørgsmål må anses for endeligt afklaret, hvilket heller ikke er overraskende, da kilderne utvivlsomt har haft dette til formål.

For at der ydermere kan tillægges en dynamisk fortolkning af Kommentarerne er praksis konsistent. Administrativ praksis har gentagende gange gjort dette gældende og Østre Landsretten henviser til international retspraksis samt udtrykker, at den selvstændigt har vurderet, at 2003 Kommentarerne har karakter af ændringer i forhold til 1977 versionen. Også dette aspekt må anses for endeligt afklaret.

7.2 Forhold til EU retten

Behandlingen af beneficial owner kan til tider være noget forvirrende, da man i virkeligheden har at gøre med overlappende regelsæt, der regulerer det samme område; DBO'erne og direktiverne. EU retten har forrang, men tillader anvendelsen af interne bestemmelser til undgåelse af misbrug og mere generelt ikke finder anvendelse i tilfælde af misbrug. Beneficial owner er uden tvivl til undgåelse af misbrug, men hvorvidt den er intern er mere tvivlsomt, ligesom det også er tvivlsomt om gennemstrømningsselskaber udgør misbrug i forhold til EU retten.

Med hensyn til selskabsdirektivet argumenterede skattemyndighederne, med henvisning til EU retspraksis, at direktivet ikke var afskærende idet der forlås misbrug. Oprindeligt anførte skattemyndighederne kun dette argument, men ved Østre Landsret og senere sager ved Landsskatteretten blev der ydermere anført, at art. 10 i DBO'en indeholdte en intern værnsregel, som tillades af direktivets art. 1, stk. 2. Landsskatteretten har nu mindst to gange afvist dette, og udtrykt, at gennemstrømning ikke er lig 'uden kommercielt formål' og hvis art. 1, stk. 2 skal anvendes, så skal værnsreglen indeholdes i dansk skattelovgivning – dog er der udtrykket dissens på dette punkt i 'ISS sagen'. På trods af dette udtaler Østre Landsret sig desværre ikke om dette aspekt. Administrativ praksis er nu, at moder-/datterselskabsdirektivet finder anvendelse såfremt principperne for rette indkomstmottager er opfyldt, men dette kan ikke betragtes som endeligt afgjort, da Østre Landsret undlod at tage stilling hertil. Ankesagen for SKM2012.26 må forventes at omhandle netop dette punkt. Indtil en domstol bekræfter administrativ praksis, så tillader denne forfatter at stille sig uenig med Landsskatteretten, med henvisning til direktivets egen ordlyd der inkluderer "overenskomster", som må henvise til DBO'er.

Administrativ praksis i forbindelse rente- /royaltydirektivet henviser til indeholdelsen af beneficial owner i art. 1, stk. 4 som præmis og ikke via henvisning til interne bestemmelser. Der antydes, at fortolkningen af beneficial owner skal bygge på selvstændige kvalifikationer i henholdsvis direktivet og overenskomsterne. Såfremt domstolene beslutter, at overenskomsterne udgør interne bestemmelse kunne dette føre til forskellige konklusioner om hvorvidt selskabet er retmæssig ejer. I så fald må EU retten have forrang og art. 1, stk. 4 må

anses som *lex specialis* i forhold til den generelle bestemmelse i art. 5.

7.3 Gennemstrømningselskaber

Til syvende og sidst handler problemstillingen om hvornår og under hvilke omstændigheder et mellemholdingselskab kan anses som et gennemstrømningselskab og underkendes som retmæssig ejer. Dette beror sig på to faktorer;

7.3.1 Dispositionsretten

Hvorvidt det modtagende selskab har den reelle ret til at disponere over udbetalingen er central for vurderingen. For det første kan det ud fra kendelserne afvises, at der skal forligge en retslig pligt til at videreføre udbetalingerne. Herefter er spørgsmålet, hvornår et selskab er faktisk forpligtet. Den mest autoritative udtalelse herom er Østre Landsrets bemærkning om planlægning og styring i internationale koncerner samt anerkendelse af ledelsens ret til at råde over underliggende selskaber. Det at konstruktionen er valgt af interesseforbundne parter, og at selskaberne ikke har reel substans virker ikke som afgørende, men mere som den indledende betragtning, der bevirker at modtagerens status som retmæssige ejer skal sandsynliggøres.

Landsskatterettens anførelse af skattemotiver som præmis kunne godt ses som værende i strid med Østre Landsrets udtalelse samt det, at skattehensyn er anerkendt som et legitimt kommercielt hensyn i EU retspraksis¹⁸. Ydermere falder skatteplanlægning ind under det sædvanlige, når internationale koncerner træffer beslutninger om etablering.

Hvorvidt selskabet kan opnå selvstændige fordele bør være et afgørende kriterie, men dette bør nok holdes adskilt fra skatteresultater.

7.3.2 Kommercielle indhold

Konsekvent i sagerne har SKAT anført argumentet at det, at de pågældende selskaber kun havde som funktion at eje det udbetalende selskab, viser manglende kommercielt indhold, hvilket underbygges af selskabernes manglende lokaler og personale. Dette må siges at være et tvivlsomt argument, idet dansk skatteret uden problemer anerkender mellemholdingselskaber samt at Kommentarerne specifikt udtrykker i C-10, pkt. 12.1: "*The*

18 C-196/04 - *Cadbury*

fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorize it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary". Landsskatteretten fremhæver heller ikke dette i præmisserne som afgørende.

Administrativ praksis virker til at være, at der hviler en dokumentationspligt på det udbetalende selskab, for at modtager er retmæssig ejer (eller mere generelt at betingelserne for kildeskattens frafald) i situationer, hvor rene holdingselskaber er oprettet af interesseforbundne parter og pengestrømme føres ud af EU / DBO.

7.3.3 Pengestrømme

To elementer er af betydning her. For det først slår Østre Landsret meget fast, at pengestrømmene rent faktisk skal være ført videre før retmæssig ejer overhovedet skal vurderes. På dette punkt refereres der til Kommentarerne, og der er ikke grund til at tro dette kunne blive omstødt. Dette udgør en meget klar præmis og er derfor en særlig god rettesnor for selskaberne.

For det andet lægger retten vægt på, at ind og ud betalingerne kan matches til hinanden og der kan vises en sammenhæng hvormed pengestrømme sker med en vis automatik. Hertil er det uden betydning om pengene konverteres til en anden form f.eks. fra renter til udbytte eller andet, hvilket bedst kommer til udtryk i SKM2011.57 LSR. Det bør dog bemærkes i 2012.409 LSR, at lånene ikke var 100% identiske.

7.4 Gennemstrømning af DBO'er

I forbindelse med selskabernes argumentation imod bevist skatteundgåelse anføres det blandt andet, især i SKM2012.409 LSR, at de ultimative investorer var hjemmehørende i EU / DBO. Dette præsenteres af selskaberne dels som bevis for, at der ikke er opnået en skattemæssig fordel og herudover, at kildeskat som kan dokumenteres udbetalt til den ultimative ejer, skal frafalde efter DBO'en med det land, hvor han er hjemmehørende. Ideen at DBO'erne selv kan gennemstrømmes, således at hvis gennemstrømningsselskabet bliver underkendt, så skal overenskomsten direkte til den ultimative ejer træde i stedet. Retten afviser dette i SKM2012.26 LSR og tager ikke stilling hertil i SKM2012.409 LSR på grund af manglende

dokumentation, men antyder at det er muligt. SKAT anerkender i princippet ideen om skattemæssig transparens, men med forbehold for fremtidig ændring.

Hvis skattemyndighederne opretholder dette synspunkt vil det formodentligt aldrig blive indbragt for domstolene, da det ville være i skatteyderens interesse. Det skal dog afgøres, da de fleste tilfælde hvor et selskab ikke kan anerkendes som beneficial owner, vil i det mindste nogle af de ultimative ejere være omfattet af en DBO. På nuværende tidspunkt er der ikke belæg for at konkludere. Landsskatteretten er delt, og retspraksis er ikke eksisterende. Det ville være i overensstemmelse med DBO'ernes formål, da hvis ikke fordelene gennemstrømmes kunne de ultimative ejere udsættes for dobbelt beskatning. SSL §2 derimod virker kun til at kunne frafalde kildeskatten eller pålægge den.

8. Konsekvenser for selskaber

8.1 Direkte skattekonsekvenser

Med opdateringen af Kommentarerne til beneficial owner i 2003 udgaven af Modeloverenskomsten risikerer danske datterselskaber nu at blive skattepligtige af udloddet udbytte og / eller renter betalt til udenlandske moderselskaber hjemmehørende uden for EU / DBO. Det står klart af praksis, at på trods af den fortsatte usikkerhed om anvendelsen, kan selskaberne blive holdt ansvarlige med henvisning til forsømmelighed. Dette gør det særdeles relevant for sådanne selskaber, at følge udviklingen af både afgørelser og ændringer i OECD's fortolkningsbidrag til beneficial owner. Præciseringer kan her ske løbende, og med den dynamiske fortolkning anvendes nye Kommentarer også på eksisterende overenskomster.

For udbyttebetalinger er tilstanden på nuværende tidspunkt, at danske datterselskaber ikke risikerer beskatning, såfremt det modtagende moderselskab er lovligt indregistreret i et EU land. Dette kan de få sikkerhed for via bindende svar, men den endelige afgørelse af dette er ikke nødvendigvis afsagt. Det må forventes, at SKAT vil anfægte Landsskatterettens kendelser ved højere instanser og i sidste ende måske ved EU domstolen.

Denne sikkerhed gælder ikke for rentebetalinger, og selskaberne skal her sandsynliggøre at modtageren er den retmæssige ejer. Hertil skal dokumenteres, at det modtagende selskab ikke blot kanalisere betalingerne videre, men har reel mulighed for at disponere over dem.

Et af de fortolkningspunkter som står mest klart er, at selskaberne ikke skal indeholde kildeskat, hvis betalingerne ikke kanaliseres videre. Betalinger til holdingselskaber, som har karakter af (regional) hovedkvarter frem for rene holdingselskaber bliver ikke berørt. Dette er særligt relevant for kapitalfonde, da som nævnt metoden i ISS sagen er typisk for branchen.

8.2 Koncernstruktur

Udover de direkte skattekonsekvenser for oplagte gennemstrømningssituationer er det relevant at vurdere de mere reel forretningsmæssige konsekvenser for internationale koncerner. For disse betragtninger forudsættes det, enten at beneficial owner ender med også at indbefatte udbytter inden for EU eller at rentebetalinger er af en sådan karakter, at de ikke blot kan gennemføres som udbytte i stedet.

Beneficial owner har ikke konsekvenser for hovedkvarterer eller selskaber med substantiel aktivitet. Der virker ikke til at være nogle umiddelbare ulemper for selskabers valg af koncernstrukturer, forudsat at valget beror sig på forretningsmæssige grunde og ikke skatteplanlægning. Der hvor det kan have betydning er i koncerner, hvor den reelle ledelse og driftsselskaberne er adskilt af flere led og dermed indeholder rene holdingselskaber. I sådanne tilfælde bør selskaberne gøre sig grundige med at dokumentere, at selskabet har de fornødne beføjelser til at træffe beslutninger og den kommercielle grund til konstruktionen. Koncernerne pålægges dog en administrations byrde i denne forbindelse. Dertil kommer, at blot beskyldninger om skatteunddragelse kan have store omkostninger i form af image, og da retsstillingen hverken er klar eller velkendt af offentligheden, så kan det være svært for selskabet at forsvare sig i 'the court of public opinion'. Et eksempel på hvor omkostningsfuld dette kan være ses hos Starbucks UK, som på grund af beskyldninger i offentligheden valgte / lovede at betale £10 millioner i skat i 2013 og 14, for at afværge en forbrugerboykot, uden at det var afgjort, om de rent faktisk var lovligt skattepligtige (Bloomberg, 2013).

9. Konklusion

I dette projekt er fortolkningen af beneficial owner og begrebets indvirkninger på beskatning af koncerninterne udbytte og rentebetalinger analyseret på baggrund af de hidtil afsagt kendelser.

På trods af flere danske og udenlandske kendelser, så fremkommer der stadig ikke nogen endelig og udtømmende retsstilling. En stor del af usikkerheden skyldes, at kun en afgørelse er afsagt af domstolene, mens resten kun er afsagt af Landsskatteretten. Den verserende tvivl kan forekomme besynderlig i og med begrebet har været del af overenskomsterne i mere end 30 år. Hvorfor det netop er nu, at disse sager opstår ses gennem udviklingen hos OECD, hvor begrebet er blevet tillagt en udvidet betydning i 80'erne, som først er blevet en del af Modeloverenskomsten i 2003. På trods af dette kan de nye Kommentarer anvendes på ældre overenskomster, da de er anset for præciseringer.

Det rent juridiske grundlag for beneficial owner virker med en undtagelse fastlagt. For det første kan det konkluderes at beneficial owner ikke er sammenfaldende med det danske retmæssige indkomstmottager og i stedet skal tillægges en international betydning. Kommentarerne og ordlyden fra OECD er den vigtigste kilde til fortolkning og international retspraksis kan og bliver inddraget.

I forhold til EU retten finder beneficial owner anvendelse i forbindelse med rente-/royaltydirektivet, men ikke på moder- /datterselskabsdirektivet. Beneficial owner er en værnsregel, og direktivets fordele kan afslås af interne værnsregler eller i tilfælde af rent kunstige arrangementer. I en kendelse har retten klart udtalt, at et selskab ville være skattepligtig af udbytteskat hvis ikke for direktivet. SKAT mener fortsat, at beneficial owner kan anvendes inden for EU, og her gives der en konklusion med forbehold. Det må forventes, at en højere instans enten i Danmark eller helst EU domstolen skal afgøre dette, og indtil da vil retsstillingen fortsat være usikker. Uden beneficial owner kriteriet for frafald af udbytteskat inden for EU vil de danske principper for retmæssige indkomstmottager skulle anvendes, hvormed der blot kræves at mottagerselskabet er lovligt indregistreret, hvilket vil gøre værnsreglen uvirksom.

Ved afklaring af om der forligger et gennemstrømningselskab, er det modtagende selskabs reelle muligheder for at disponere over beløbene afgørende. Det er ikke nok, at selskabet ikke er kontraktmæssigt forpligtet til at videreføre betalingerne. Manglende skattebetaling i gennemstrømningslandet og selskabets mulighed for selvstændig indkomst inddrages af retten i vurderingen. Når beslutningerne er truffet af interesseforbundne parter kombineret med et holdingselskab, der mangler substans, så antages det at betingelserne for frafald af kildeskatten ikke er opfyldt og det er selskabets ansvar, at dokumentere at modtageren er den retmæssige ejer. Det er dog under alle omstændigheder et absolut krav, at pengestrømmene faktisk bliver kanaliseret videre før en vurdering af beneficial owner er nødvendig.

Af uafklarede spørgsmål står stadig den nærmere udstækning af sædvanlig planlægning og kontrol i internationale koncerner samt hvorvidt DBO'er mellem Danmark og den ultimative ejer kan anvendes i stedet hvis et selskab underkendes som retmæssige ejer.

Med anerkendelsen af rene holdingselskabers kommercielle formål, så burde der ikke være den store betydning for koncerner, udover den tiltænkte lukning af skattehullet. Såfremt Landsskatterettens kendelse vedrørende udbyttebetalinger opretholdes vil dette skattehul dog i stor udstrækning stadig bestå, da udbetalinger i mange tilfælde kan omdannes mellem renter og udbytter.

10 Litteratur og kildehenvisning

Bøger

- (Bundgaard, 2006) ***Skatteret & civilret***
Jakob Bundaard
Forlaget Thompsen, 2006, 1. udg
- (Dicken, 2004) ***Global Shift***
Peter Dicken
Sage Publications, 2003, 4. udg.
- (Michelsen, 2009) ***Lærebog om indkomstskat***
Aage Michelsen, Steen Askholt, Jane Bolander, John Engsig
Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2009, 13. udg.
- (Møller, 2010) ***Introduktion til koncernregnskab***
Peder Fredslund Møller
Gjellerup, 2010, 11. udg.
- (Vinther, 2004) ***Civilrettens styring af skatteretten***
Nikolaj Vinther
Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004, 1. udg.
- (Wegener, 2000) ***Juridisk Metode***
Morten Wegener
Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000, 3. udg.
- (Winter-Sørensen, 2009) ***Skatteretten 3***
Niels Winther-Sørensen m. fl.
Thompsen Reuters, 2009, 5. udg

Artikler

- (Baker, 2007) ***Beneficial Owner – After Indofoods***
Phillip Baker
Grey's Inn Tax Chamber (GITC Review) Vol. VI, No. 1
- (Booker, 2011) ***Beneficial Owner***
Thomas Booker
Skat Udland, okt. 2011 - 415
- (Bundaard, 2010) ***Beneficial Owner – nyt nederlag og skærpede regler på vej***
Jakob Bundaard
Skat Udland, dec. 2010 - 387
- (Bundgaard, 2012) ***Danish Case Law Developments on Beneficial Owner***
Jakob Bundgaard, okt. 2012
Tax Notes International, vol. 68, no. 1
- (Michaels og Føgh, 2006) ***Månedens land – Luxembourg***
Jesper Michaels og Anne Katherine Føgh
Skat Udland, feb. 2006 - 35

(Vann, 2012) ***Beneficial Ownership: What Does History (and maybe policy) Tell Us***
Richard Vann, sep. 2012
Sydney Law School, University of Sydney

Rapporter, overenskomster mm.

OECD publikationer kan findes på oecd-ilibrary.org

- (OECD Model) ***Model Convention on Income and Capital***
OECD Publishing, 2010
- (OECD, 2013) ***Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting***
OECD Publishing, 2013
- (OECD, 1998) ***Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue***
OECD Publishing, 1998
- (OECD, 1986) ***Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies***
OECD Publishing, Adopted 27. nov. 1986
- (R(5), 1986) ***Double Taxation Conventions and the use of Base Companies***
OECD Publishing, Adopted 27. nov. 1986
- (E & S, 2009) ***Notat: Ny praksis vedrørende hjemsten***
Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, 10. mar. 2010
- (EU Kommissionen, 2007) ***Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande***
Kommissionen for de europæiske fællesskaber, dec. 2007
KOM(2007) 785
- (EU Kommissionen, 1998) ***Forslag til Rådets Direktiv om en fællesordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede virksomheder i forskellige medlemslande.***
Meddelelse fra Kommissionen til rådet, Europa Parlamentet, og det europæiske økonomiske og sociale udvalg
KOM(1998) 67. mar. 1998
- (Henn, 2013) ***Tax Havens and Taxation of Transnational Corporations***
Markus Henn
Fridrich-Ebert-Stiftung, 2013
<http://www.fes-globalization.org>
- (Bilag 26 L213) ***Svar til Folketinget - Skatteudvalg***
Skatteminister Kristian Jensen, 22. maj 2007
- (S 474, 2006) ***Svar til Folketingets Lovsekretariat***
Skatteminister Kristian Jensen, 30. okt 2006
- (SKAT; 2010) ***Handlingsplan for beskatning af multinationale selskaber***
Skatteministeriet, juni 2010

Domme	EU domsliste	Int. domme
SKM 2007.151 H	C-110/99	[2006] EWCA Civ 158
SKM 2011.57 LSR	C-196/04	http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html
SKM 2012.26 LSR	C-255-02	
SKM 2012.121 ØLR	C-264/96	[2009] – FCA 57
SKM 2012.246 SR	C-324/00	http://canlii.ca/t/22pcc
SKM 2012.320 SR	C-446/03	
SKM 2012.409 LSR		

Internet referencer

- (DR, 2011) ***Danmark på sortlist over skattely***, 04. okt. 2011
<http://www.dr.dk/Nyheder/Penge/2011/10/04/070227>
- (Epn, 2013) **SKAT laver storbrøler i sag om TDC, 05. sep. 2013**
<http://epn.dk/samfund/politik/ECE5920734/skat-laver-storbroeler-i-sag-om-tdc/>
- (Bloomberg, 2013) **Starbucks Pays \$15,4 Million U.K. Corporation Tax Amid Backlash**
<http://www.bloomberg.com/news/2013-06-24/starbucks-pays-15-4-million-u-k-corporation-tax-amid-backlash.html>
- <http://www.taxtreatieshistory.org>
- (SKAT Appelliste) <https://www.skat.dk/SKAT.aspx?oId=4744&vId=0>

English Summary

The scope of this thesis is to analyse the application of the beneficial owner requirement in double taxation treaties and EU directives, for tax relief in connection with payments of interest and dividends from danish subsidiarries to it's parent corporation. The beneficial owner requirement constitutes an anti-abuse clause contained within OECD's Model Tax Convention and EU's directive on interests and royalties, but not explicitly in the parent-subsidiarry directive.

With the update of the 2003 Commentaries to OECD's Model Tax Convention, new language was added in regards to the interpretation of beneficial owner. This combined with the Indofoods and Prevost Cars verdicts from the U.K. and Canada, and a renewed interest for the taxation of multinational corporations by the danish tax autorites, have resultet in a number of high profile cases, where the application of beneficial owner have been the key issue in question. Common to these cases are, that they involve situations where the parent company has been without much substance and merely forwarded the payments to an ultimate parent company located in a tax shelter. Danish tax law, SSL §2, stk. 2, litra c and d relieves subsidiaries of source tax on dividends and interest payments to parent companies but this is conditional upon the parent being covered by either tax treaty with Denmark or the EU directives.

This thesis explores the details of how the term beneficial owner is understood within the framework of double taxation treaties and EU law, as well as how danish law relates to this. From one verdict by the Eastern High Court and three decisions by the highest administrative tax authority, an analysis of the danish legal situation is conducted.

From the verdicts it is concluded, that the term beneficial owner is to be interpreted in accordance with an international understanding, and the courts have relied mainly on the Commentaries as sources of interpretation. Furthermore the danish courts have affirmed the Commentaries own premise and precedent from international case laws, that newer versions constitute precisions rather then changes to the Commentaries, and can thus be applied to tax treaties preceeding the 2003 update.

As for EU law, the decision have been that the parent subsidiary directive does not implicitly contain the beneficial owner requirement, and facts which render the recipient not the beneficial owner is not enough to deny the benefits of this directive on the grounds, that it's an artificial construct and abusive. The provision contained in the directives art. 1, section 2, which permits member states to enact internal regulation or treaties to combat abuse, does not include anti-abuse clauses contained in the tax treaty itself, whereby such internal anti-abuse clauses can only be contained within the danish principles of rightful income recipient. These principles does not enable the authorities to see through legitimate formal contracts and apply a reality based qualification for who the true recipient is. Thereby a parent corporation qualifies for the benefits of the parent- subsidiary directive, so long as it is legitimately constituted in an EU member state (in addition to the directives other requirements) irrespective of it's rights to make decisions regarding recieved payments.

It is however noted, that this verdict is as of yet only an administrative decision and the author questions whether this will be upheld by the courts.

As for the particulars of what constitutes a non-beneficial owner recipient, the Eastern High Court has ruled that payments must be actually forwarded to a recipient not covered by EU law or tax treaty – otherwise the recipient is deemed the beneficial owner. Furthermore the court affirms the rights of parent companies to manage their subsidiarries including recieved dividends. In order to deem af recipient not the beneficial owner it has to be subject to a more strict control by the parent company, then is normally found in international business groups.

In declaring the recipient a conduit company the tax authorities seem to consider the lack of substance a precondition, but associated partners and the tax liable effect in the conduit country is highlighted as the basis for the conclusion, along with matching and automatism of the transactions themselves.

The implication of the rulings are not deemed to pose a significant imposition for international business groups, except those who artificially use conduit companies to lower tax burdens. And this implication is to a large extent conditional on the courts overruling administrative practise in regards to the EU directive, since dividends and interest is to a large extent convertible.