
Artikler

31

Beneficial Ownership – nu en reel bestanddel af dansk skatteret

Af Jakob Bundgaard, partner, Moalem Weitemeyer Bendtsen, adjungeret professor, Handelshøjskolen, Aarhus Universitet, (www.corit.dk)

I artiklen kommenteres og analyseres den seneste landsskatteretskendelse vedrørende beneficial ownership. Kendelsen udgør den første af sin art, hvor SKAT har fået medhold.

1. Baggrund

Med Landsskatterettens kendelse i SKM2011.57.LSR (SU 2011, 41) skete det mange kapitalfonde, virksomheder og rådgivere havde frygtet efter flere års sabelraslen fra skattemyndighederne. Landsskatteretten har således givet SKAT medhold i, at der i en konkret situation bestod begrænset skattepligt for rentebetalinger fra et dansk selskab, på trods af det forhold, at betalingen skete til et svensk mellemholdingselskab.

Nedenfor kommenteres kendelsen, ligesom konsekvenserne for den samlede retstilstand skitseres. Jeg har tidligere kommenteret de to foregående kendelser på området ud fra den betragning, at disse udgjorde de første i dansk ret. At

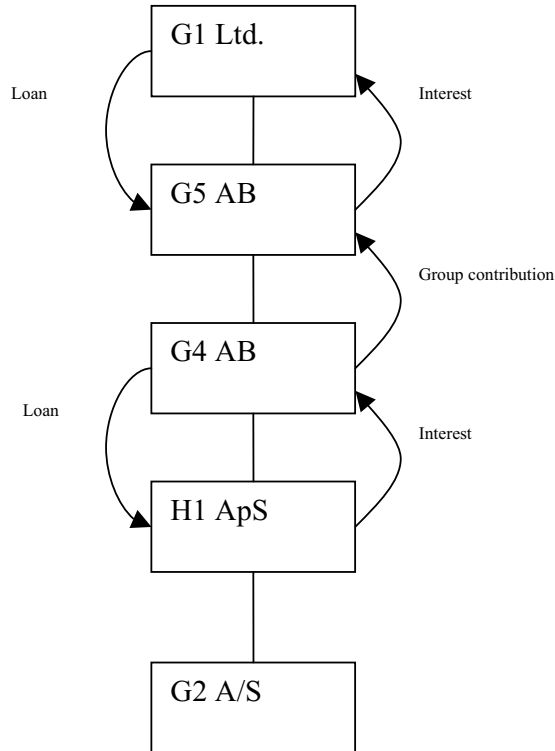
SKM2011.57.LSR (SU 2011, 41) tillige kommenteres skyldes, at denne kendelse er den første, hvor SKAT har fået medhold. Det næste relevante udviklingskridt må være, når domstolene får lejlighed til at tage stilling til sagskomplekset.

2. Faktum

En dansk koncern blev i 2002 erhvervet af G1 Ltd. (Jersey). I 2003 blev aktierne i koncernen overført til en dobbelt svensk holdingstruktur (G4 AB og G5 AB). Som led i transaktionen opstod to gældsbreve, ét fra G1 Ltd. til det øverste svenske holdingselskab (G5 AB) og ét fra det danske selskab H1 ApS til det nederste svenske holdingselskab (G4 AB).

Der var ikke tale om en private equity-transaktion.

Strukturen kan illustreres som følger:



Gældsbrevene var enslydende med en aftalt forrentning på Euribor 6 måneder plus 5 pct. Der var ikke aftalt faste afdrag og lånene var på anfordring.

Om G4 AB og G5 AB var det oplyst, at selskabernes eneste aktivitet bestod i at eje aktier i H1 ApS og G4 AB. Selskaberne var uden ansatte og blev administreret af G7 AB (et administrationselskab), hvis ansatte bestred posterne som direktion og bestyrelse i selskaberne og modtog betaling herfor af G1 Ltd.

Renteudgifterne i G5 AB blev finansieret ved, at de modtagne renteindtægter i G4 AB blev overført til G5 AB som et "koncernbidrag" (som er fradragsberettiget for G4 AB og skattepligtigt for G5 AB). For så vidt angår renterne for perioden 1. januar til 30/6 2004 skete der dog ikke kontante rentebetalinger, idet G4 AB's tilgodehavende blev konverteret til anpartskapital, mens renterne fra G5 AB til G1 Ltd. for denne periode indgik i et aktieejertilskud.

3. Landsskatterettens præmisser

SKAT havde fundet, at der bestod begrænset skattepligt for rentebetalingerne fra H1 ApS, idet de svenske selskaber hverken efter rente-/royaltydirektivet eller den fællesnordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst kunne anses for at være beneficial owner af renterne. Som følge heraf var H1 ApS indeholdelsespligtig af renteskat. Landsskatteretten gav SKAT medhold. Landsskatteretten udtalte indledningsvist om begrebet "beneficial owner", at dette ikke er kendt fra dansk ret, men er kendt fra bl.a. common law-retstraditioner, og at der således ikke uden videre kan sættes lighedstegn mellem indholdet af dette begreb og det i dansk ret anvendte udtryk "rette indkomstmodtager". Ved fortolkning af begrebet "beneficial owner" fandt Landsskatteretten, at der bør indgå et hensyn til en harmoniseret fortolkning af begrebet.

Landsskatteretten udtalte i denne forbindelse, at der ved vurderingen ud over den juridiske ejendomsret tillige må indgå andre vurderinger, f.eks. i relation til økonomisk ejendomsret m.v.

I sagen fandt Landsskatteretten, at G4 AB hverken i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller i relation til direktivet, kunne anses for "beneficial owner". Ved afgørelsen lagde Landsskatteretten vægt på den mellem de interesseforbundne parter faktisk tilrettelagte konstruktion, hvorefter G4 AB overfører de fra H1 ApS modtagne renteindtægter til G5 AB via de svenske regler om koncernbidrag, og fra G5 AB videre som renteudgifter med fradrag til G1 Ltd., med den virkning, at de af H1 ApS påhvillende rentebetalinger tilgår G1 Ltd. via de svenske selskaber.

Herefter udtales det, at på tidspunktet for konstruktionens etablering var Rådets direktiv af 1/6 2003 (rente-/royaltydirektivet) vedtaget, og at det efter vedtagelsen heraf måtte forventes, at der ville blive indført renteskat her i landet.

Da koncernbidraget ville være fradragsberettiget for det indskydende selskab, medens der ville være skattepligt for det modtagende selskab, ville der ikke komme skattepligtig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i de svenske selskaber, der således må anses som gennemstrømningsselskaber uden reelle beføjelser til/muligheder for at træffe afgørelse om disposition af de modtagne overførsler.

At overførslerne mellem de svenske selskaber sker i form af koncernbidrag og ikke som rente er i den forbindelse uden betydning.

Det bemærkes i øvrigt, at det med etableringen af de svenske selskaber – som ud over aktiebesiddelse er uden erhvervsmæssig aktivitet – og samtidig hermed oprettelse af enslydende lån mellem G1 Ltd. og G5 AB og mellem G4 AB og H1 ApS, og den foretagne identiske gældskonvertering/aktieejertilskud i indkomståret 2004 er tilsigtet at undgå enhver form for beskatning af de af H1 ApS påhvillende renter af det optagne lån, uden at rentefradragsretten bliver berørt.

G4 AB afslås derfor overenskomstens og/eller direktivets fordele om bortfald af den danske kildeskat. Herefter vil der være begrænset skattepligt af renter betalt fra H1 ApS til G4 AB, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d. Dette resultat fremkom også i lyset af, at det ikke blev anset for godtgjort, at betingelserne for bortfald af skattepligten i medfør af SEL § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, var til stede, da det, jf. den svenske indkomstkattelagen 35 kap. 2 a m.v. § 1L, ikke

kunne anses for godtgjort, at det svenske selskab, hvis det havde været kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et her i landet hjemmehørende selskab, ville have haft fradrag for koncernbidrag. Endelig blev det bemærket, at der ikke kan anses at være tale om forskelsbehandling i strid med det EU-retlige restriktionsforbud, jf. EF-traktatens art. 43, ligesom det ikke er dokumenteret, at der er tale om en skærpende praksisændring som anført af selskabet.

4. Vurdering af kendelsen

Med kendelsen i SKM2011.57.LSR (SU 2011, 41) er det første gang Landsskatteretten har givet SKAT medhold i, at kildeskat kan pålægges ved at underkende et mellemliggende holdingselskab som beneficial owner. Det er ikke voldsomt overraskende, at vi nu ser en kendelse med dette resultat. Det interessante er følgelig, hvad domstolene vil komme frem til i denne og øvrige sager. Indtil da bør vi se nærmere på kendelsens særkende og de mulige implikationer heraf.

I betragtning af, at beneficial ownership basalt set er et spørgsmål om dispositionsret til betalingsstrømme, må netop prøvelsen af dette spørgsmål være det centrale aspekt. Baseret på Landsskatterettens præmisser synes følgende tillagt betydning:

- At der er tale om interesseforbundne parter.
- At der var en vis automatik i viderebetalingen af renterne/koncernbidraget, idet denne skete på samme dato. Det var således Landsskatterettens synspunkt, at selskaberne reelt ikke havde anden mulighed end at lade betalingen passere videre i systemet.
- At formålet med strukturen var at undgå dansk kildeskat.
- At der ikke blev betalt skat i Sverige af de modtagne betalinger, samt endelig
- At der ikke var nogen driftsmæssige aktiviteter i Sverige og ingen ansatte, kontor eller administration.

På baggrund af disse forhold konkluderer Landsskatteretten, at der reelt ikke i de svenske selskaber var mulighed for at træffe ledelsesmæssige beslutninger over de omhandlede betalinger. Det er dog på baggrund af det offentliggjorte materiale meget vanskeligt at se, hvilke

forhold der præcis støtter den afgørende konklusion om manglende dispositionsret. Så vidt jeg kan se forsømmer Landsskatteretten herved at fremhæve, hvilke hele konkrete forhold, herunder kontraktlige eller faktiske, der fører til denne konklusion. Det kan ikke udelukkes, at Landsskatteretten har haft adgang til yderligere materiale, end hvad der fremgår af det offentliggjorte referat.

Det er således ikke muligt på baggrund af sagen at vurdere, om det aktuelt var tilfældet, at der ikke i de svenske holdingselskaber forelå en reel dispositionsret over beløbene. Derfor skal dette aspekt ikke analyseres i større detalje. Derimod skal de principielle aspekter af Landsskatterettens kendelse og argumenterne under sagen fremhæves.

Det fremstår heller ikke helt klart, hvilken sammenhæng der er mellem denne kendelse og den tidligere i SU 2010, 147, hvor Landsskatteretten bemærkede, at snævre beføjelser i sig selv ikke fører til, at selskabet ikke kan anses for at være beneficial owner.

Landsskatteretten lægger sig atter fast på en autonom international fortolkning under hensyntagen til en harmoniseret fortolkning af begrebet. Dette er i tråd med de to foregående kendelser. Efter SKATs afgørelse er der forskel på begreberne retmæssig ejer og rette indkomstmodtager. SKAT forholder sig snævert til ordlyden af SEL § 2, stk. 1, litra d, og finder, at betingelserne for at ifalde kildeskat er opfyldt, uanset at der ikke er tale om, at modtageren er retmæssig ejer efter direktivet eller en DBO. SKAT finder således, at G4 ApS er rette indkomstmodtager efter intern ret og derfor kan være skattesubjekt efter SEL § 2, stk. 1, litra d. Skatteyder argumenterede hårdt for, at det var en internretlig fortolkning, der skulle lægges til grund. I denne forbindelse blev der blandt andet henvist til, at skatteministeren ikke har skelnet mellem rette indkomstmodtager og retmæssig ejer. Der ses ikke at være noget i denne kendelse, der ændrer ved forventningen om, at Højesteret faktisk vil anvende en internretlig fortolkning.

Udtalelsen om, at der ved vurderingen må indgå andre vurderinger ud over den juridiske ejendomsret, herunder økonomisk ejendomsret, er vanskelig at forstå indholdet af og baggrunden for. Hvis det med udtalelsen menes, at der

nu i dansk ret skal anvendes et princip vedrørende økonomisk ejerskab, er dette en klar nyskabelse og synes da heller ikke at være i tråd med OECD's bemærkninger vedrørende begrebet beneficial owner.

I diskussionen med SKAT var også indeholdt spørgsmålet om den subjektive hensigt om at undgå kildeskat som følge af strukturen. I denne forbindelse udtaler SKAT noget uforståeligt, at vedtagelsen af rente-/royaltydirektivet skulle føre til en forventning om, at der ville blive indført kildeskat på renter i Danmark. Det var så absolut også en mulighed, at Danmark ikke indførte en kildeskat for herefter at ophæve denne for selskaber og renter/royalties omfattet af direktivet. På trods heraf tilslutter Landsskatteretten sig SKATs udtalelse på dette punkt. Uanset dette bør det dog ikke spille nogen rolle, idet hensigten med strukturen ikke bør tillægges afgørende betydning ved den retlige vurdering af strukturen, da det dog er naturligt at lade besparelseshensigten føre til en intensiveret prøvelse af strukturen.

I forlængelse heraf udtaler Landsskatteretten, at der ikke vil komme skattepligtig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i de svenske selskaber, der således må anses som gennemstrømningselskaber uden reelle beføjelser til/muligheder for at træffe afgørelse om disposition af de modtagne overførsler. Landsskatterettens præmisser kunne forstås således, at der ikke foreligger et gennemstrømningselskab, hvis der blot aflejres et spread i mellemholdingselskabet. Det er dog uafklaret, om dette er den tilsigtede betydning. Efter præmissen må tilstedeværelsen af et spread tillægges en vis betydning ved den samlede vurdering. Som præmissen er formuleret må den forstås sådan, at den manglende beskatning er afgørende for, at selskabet klassificeres som et gennemstrømningselskab.

Endelig fandt Landsskatteretten ikke, at selskabet havde godtgjort, at renteskatten skulle bortfalde efter de øvrige kriterier i SEL § 2, stk. 1, litra d, herunder særligt dagældende betingelse om, at skattepligten kunne bortfalde, hvis det modtagende selskab ikke ville være omfattet af SEL § 32, hvis det havde været kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et her i landet hjemmehørende selskab, jf. SEL § 32,

stk. 6, og det modtagende selskab ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab, som ville opfylde betingelserne i SEL § 32. Henset til udformningen af de dagældende CFC-regler, hvor kriteriet om lav beskatning fortsat var et centralt element, skulle det vurderes, om der ville have været fradrag for koncernbidraget, hvis det svenske selskab havde været kontrolleret af et dansk selskab. Dette fandt Landsskatteretten ikke var tilfældet og tillagde det i denne forbindelse ingen betydning, at viderebetalingen skete som et koncernbidrag og ikke konkret som en rente. Dette resultat fandt Landsskatteretten skulle fremgå af 35 kap. 2 a § IL (den svenske indkomstskattelag). Det lader til, at testen her er, hvorvidt der ville være fradrag efter svensk ret, hvis G5 AB i stedet havde været et dansk selskab. Hvis dette er tilfældet, lader det til, at betingelserne ikke var opfyldt for at kunne yde koncernbidrag.

Testen kunne dog også have været at indsætte et dansk selskab i stedet for G1 Ltd. Eller at indsætte et dansk selskab mellem de to svenske holdingselskaber. I sådanne tilfælde ville resultatet muligvis falde anderledes ud. Uanset hvad er det ikke betryggende, at Landsskatteretten tilsyneladende ikke har indhentet sagkyndig bistand til fortolkningen af intern svensk skatteret, men tilsyneladende selv har foretaget den fortolkning – alene baseret på ordlyden – der førte til resultatet.

Endelig afviste Landsskatteretten, at der kunne anses at foreligge en EU-stridig forskelsbehandling, jf. EUT art. 43. Begrundelsen herfor bestod i en henvisning til SKATs bemærkninger om, at der ikke forelå en diskrimination eller restriktion allerede fordi der ikke sker en skattemæssig forskelsbehandling af sammenlignelige situationer. Dette er ikke en fyldestgørende argumentation. En ting er om resultatet er korrekt, men at afgøre dette komplicerede spørgsmål med en “allerede fordi” udtalelse er nærmest arrogant og en manglende respekt for EU-rettens kompleksitet og udvikling. Der tages således end ikke stilling til, om det er forholdet mellem en hjemmehørende og ikke-hjemmehørende, der sigtes til.

Landsskatteretten udtaler, at viderebetaling af renter gennem koncernbidrag ikke ændrer på konklusionen. Om dette synspunkt også kan ud-

strækkes til situationer, hvor der er tale om egenkapital- og fremmedkapital-strukturer, og hvor betalingerne følgelig udgør henholdsvis renter og udbytter, er fortsat ikke afklaret, men det forventes, at Landsskatteretten vil anlægge en tilsvarende vurdering af sådanne situationer.

5. Praktisk betydning

Det er hævet over enhver tvivl, at det med SKM2011.57.LSR (SU 2011, 41) er blevet endnu mere usikkert at rådgive om den skattemæssige behandling af udbytte- og rentestrømme fra danske selskaber til udenlandske holdingselskaber. Som det er påpeget, leverer Landsskatteretten ikke praktisk anvendelige retningslinjer til brug for bedømmelsen af fremtidige strukturer. De centrale forhold, der er udledt af kendelsen, kan dog bruges til at give en indikation af, om Landsskatteretten vil anerkende et mellemholdingselskab som beneficial owner, herunder ved en vurdering af:

- Om der er tale om interesseforbundne parter.
- Om der er en vis automatik i viderebetalingen af renterne/udbytter og om der reelt ikke er anden mulighed end at lade betalingen passere videre i systemet.
- Om der er tidsmæssigt sammenfald mellem betalingerne.
- Om formålet med strukturen var at undgå dansk kildeskat.
- Om der bliver betalt skat i udlandet af de modtagne betalinger.
- Om der findes driftsmæssige aktiviteter, ansatte, kontor eller administration i holdingselskabet.

Som nævnt giver disse spørgsmål dog ikke nødvendigvis svar på, om holdingselskabet har dispositionsret over betalingerne. Det kunne derfor fremadrettet overvejes, om der ved etableringen af internationale strukturer skal anmodes om bindende svar. Det lader dog til, at Skatterådet ikke har i sinde at skabe den fornødne klarhed ved at afgive sådanne svar, jf. SKM2011.47.SR. I denne sag afviste Skatterådet at afgive svar på spørgsmål 2 og 3, som vedrørte en konkret stillingtagen til, om et Luxembourg holdingselskab kunne anses for at være beneficial owner i forhold til fremtidige udbytteudlodninger.

Afvisningen skyldes, at spørgsmålet skal afgrænses på baggrund af konkrete faktuelle oplysninger om fremtidige forhold, som i den konkrete sag ikke var oplyst, jf. SFL § 24, stk. 2. Derimod frembringer Skatteministeriet i sagen – så vidt ses for første gang – praktiske oplysninger om, hvilke forhold der bør tillægges særlig vægt. Således oplyses flere relevante forhold vedrørende skatteministerens holdning til spørgsmålet:

- Skatteministeriet finder ikke, at holdingselskabskonstruktioner aldrig skal respekteres, således at et udbyttmodtagende holdingselskab ikke kan påberåbe sig en DBO indgået med kildelandet med henblik på fritagelse for eller begrænsning af kildelandsbeskatning.
- Kildelandsbeskatning kan efter Skatteministeriets opfattelse komme på tale, når de bagvedliggende ejere på forhånd eller “automatisk” har disponeret over beløbene, eller det i øvrigt må lægges til grund, at holdingselskabet ikke har nogen praktisk mulighed for at disponere på anden måde end fastlagt af ejerne, og når det fremgår, at holdingselskabet i relation til de konkrete transaktioner anvendes for at muliggøre skatteunddragelse – her for at undgå kildeskat på udbytter.
- Det fremhæves, at der efter Skatteministeriets opfattelse ikke er noget til hinder for at afskære selskaber etableret i en anden medlemsstat fra at påberåbe sig EU-retten – herunder de harmoniserede regler, der følger af bl.a. moder-/datterselskabsdirektivet – når det må lægges til grund, at etableringen af et holdingselskab i en anden medlemsstat “*tager sigte på at undgå kildeskat på betalinger til ikke-europæiske foretagender, hvis en sådan konstruktion ikke tjener noget kommercielt formål*”, jf. Europa-Kommissionens fortolkning af “*Rent kunstige arrangementer*” offentliggjort i EUT 2008, C 116/13. Denne fortolkning har efter Skatteministeriets opfattelse støtte i retspraksis fra Domstolen, jf. bl.a. Cadbury Schweppes-dommen (sag C-196/04, Cadbury Schweppes, Saml. 2006, s. I-7995 (SU 2006, 333)) og Halifax-dommen (sag C-255/02, Halifax, Saml. 2006, s. I-1609 (SU 2006, 123)). Skatteministeriet er derfor af den opfattelse, at EU-retten ikke i videre omfang end de på Modelkonventionen

baserede DBO’ere kan anses for at afskære Danmark fra at gennemføre en kildestatsbeskatning af renter og udbytter, når de pågældende beløbs retmæssige ejere er personer hjemmehørende uden for EU. Dette forhold er dog langt fra afklaret, og der er fremsat modsatrettede vurderinger herom i den skatteretlige litteratur. Der er dog ikke nogen vej uden om en fremtidig vurdering heraf, idet moder-/datterselskabsdirektivet ikke indeholder en beneficial ownership-klausul, men alene en misbrugs-klausul.

Det oplyses, at bedømmelsen af det udbyttmodtagende EU-selskab efter Skatteministeriets opfattelse forudsætter *konkrete, faktuelle oplysninger* om bl.a.:

- Aftaler om dispositionsret/råderet over udbyttebeløbet,
- Hvornår og hvordan udbyttebeløbet forventes anvendt, herunder om det på forhånd – uanset at der ikke foreligger formelle aftaler herom – må anses for at ligge fast, at den formelle udbyttmodtager ikke har nogen mulighed for selvstændigt at disponere over beløbet,
- Hvilke udgifter/krav der forventes betalt med udbyttebeløbet
- EU-selskabets konkrete forretningsmæssige funktioner,
- Begrundelse for EU-selskabets placering i et bestemt EU-land
- Udbyttebeløbets størrelse,
- Finansieringsforhold og
- Ejerkretdens sammensætning og hjemsted på udlodningstidspunktet.

Hermed synes frembragt praktisk relevante forhold, som må forventes tillagt betydning i fremtidige sager.

6. Særligt om hæftelsesspørgsmålet

Som det også tidligere er fremhævet, har skattemyndighederne i flere sager anlagt det synspunkt, at de udbetalende danske selskaber ikke har foretaget nærmere undersøgelser med henblik på at afklare, om betingelserne for manglende indeholdelse var opfyldt, samt at der som følge af interessefællesskabet må stilles skærpede krav

til selskabets agtpågivenhed. Det er derfor gjort gældende, at selskabet hæfter for kildeskatten, jf. KSL § 65 D. Se herom *Becker-Christensen* i SU 2010, 386 og *Bundgaard* i SU 2010, 387.

Det følger af KSL § 69, at den som undlader at opfylde sin pligt til at indeholde skat er umiddelbart ansvarlig for betaling af manglende beløb, medmindre det godtgøres, at der ikke er udvist forsømmelighed ved iagttagelse af kildeskattelovens bestemmelser. Efter ordlyden er der tale om en objektiv hæftelsesregel, baseret på en omvendt bevisbyrde. Det påhviler således selskabet at påvise, at der i forbindelse med udbetalingen af renter eller udbytter ikke er udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde udbytte- eller renteskat.

Landsskatteretten har nu også udstedt en afgørelse (ikke en kendelse) om spørgsmålet i ovenstående sag, jf. SKM2011.59.LSR.

Landsskatterettens præmisser er følgende:

“...Selskabet, hæfter herefter, da det ikke anses for godtgjort, at det ikke har udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde renteskat, for

den manglende indeholdelse af skat, jf. kildeskattens § 65 D og § 69, stk. 1.

Ved afgørelsen er der lagt vægt på, at selskabet, efter de faktiske omstændigheder, som var selskabet bekendt, og hvorefter de renter, som blev betalt til G4 AB ved den tilrettelagte konstruktion blev overført via G5 AB til G1 Ltd, sammen med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, om renteskat, burde have indset, at der ville være, eller overvejende sandsynligt ville være, begrænset skattepligt af renter. Det bemærkes, at hverken formuleringen i SKATs Vejledning om indeholdelse af A-skat, AM-bidrag og SP-bidrag eller i blanket 06.026 kan føre til andet resultat.”

Inddragelsen af hæftelsesaspektet er forståeligt nok set fra SKATs synsvinkel, idet det ville være meget vanskeligt at hente pengene hjem gennem store udenlandske kapitalfonde. Det er fortsat mit synspunkt, at det ikke var muligt på baggrund af hidtidig lovgivning eller praksis at forudse, at der skulle gælde en indeholdelsespligt, og at en efterlevelse af blanket 06.026 fører til det samme resultat.