

## Første slag om "beneficial ownership" er udkæmpet – det endelige venter forude

Af partner, Deloitte, lektor, Ph.d. Jakob Bundgaard, CBS, Copenhagen Research Group on International Taxation (CORIT, [www.corit.dk](http://www.corit.dk))

**I artiklen analyseres den første landsskatteretskendelse om beneficial ownership vedrørende udbytteudlodninger til udenlandske mellemholdingselskaber.**

### 1. Indledning

Ikke mange kan være i tvivl om, at afklaringen af begrebet "beneficial ownership" udgør et af vor tids helt centrale emner i den internationale skatteret. Spørgsmålet er særligt aktualiseret af private equity-fondenes akkvisitionsmodeller, men dog også af andre opkøbsstrukturer og holdingselskabsstrukturer.

Emnet har tiltrukket sig stor bevågenhed i internationale finans- og skattekrede. I en specifik dansk kontekst har skattemyndighederne siden 2007 anvendt betydelige ressourcer på kontrolindsatsen i forhold til visse udenlandske kapitalfondsopkøb af danske selskaber. Dette har ført til, hvad der estimeres at være ca. 50 skatteforhøjelser vedrørende påstået manglende indeholdelse af dansk kildeskat på renter og udbytter.<sup>1</sup>

Den 3/3 2010 afsagde Landsskatteretten den første kendelse i hvad der forventes at være en række af sager. Kendelsen er offentliggjort som SKM2010.268.LSR (SU 2010, 147). Resultatet af denne sag har været ventet med spænding.

Sigtet med denne artikel er ikke på ny at redegøre for problemstillingen om beneficial ownership, dennes baggrund og de mulige fortolkninger af begrebet på baggrund af national og international retspraksis og teori. En sådan eksercits har jeg tidligere gennemført i samarbejde med Niels Winther-Sørensen.<sup>2</sup> Den seneste mere omfattende internationale fremstilling af emnet er forfattet af Jiminéz i World Tax Journal, February, 2010, s. 35 ff., hvor udviklingstendenserne analyseres i OECD-regi samt i Spanien, Schweiz, Frankrig, Canada og Eng-

land. Forfatteren konkluderer, s. 62 f., meget rammende følgende:

*"... More than 30 years after it was introduced in the OECD Model, and despite the scholarly attention, the meaning of beneficial ownership still remains unclear. The problem was more or less theoretical until conflicts with tax administrations started to appear in different jurisdictions and decisions have been rendered by courts in several countries. These reveal, with the exception in Prévost, a growing trend to identify beneficial ownership with a broad anti-avoidance clause and to interpret the concept by reference to the legislation of the source country. An "economic interpretation/substance-over-form analysis" of the concept, in our view, does not conform with the history of the term, nor is it one that best serves the object and purpose of tax treaties. It also creates uncertainty for taxpayers and withholding agents. A legal approach to the concept seems to be preferable and will reduce the existing confusion. To achieve this, "beneficial ownership" should be detached from broad anti-avoidance clauses, although this does not seem to be the prevailing view in case law of the jurisdictions studied..."*

I andre lande ses der en spirende tendens til at gribe problematikken an uden påberåbelse af beneficial ownership-bestemmelserne. Dette er angiveligt tilfældet i Australien, hvor en generel anti-udnyttelsesbestemmelse i Income Tax Assessment Act fra 1997, Part IVA, bringes i anvendelse.<sup>3</sup> I Kina har myndighederne udsendt et cirkulære (Circular 601), som har opstillet en række parametre i bedømmelsen af beneficial ownership med henblik på at lette proceduren for skattemyndighederne.

I artiklen redegøres derimod for indholdet og udfaldet af landsskatteretskendelsen, ligesom resultatet og rækkevidden heraf vurderes i forhold til de øvrige verserende sager.

## 2. Faktum

Sagen vedrører spørgsmålet om indeholdelsespligt for en udbytteudlodning fra et dansk selskab til et Luxembourg S.a.r.l., som var moderselskab for det danske selskab. Strukturen udgør en sædvanlig private equity opkøbsstruktur som anvendt i en leveraged buy-out-transaktion.

Der var tale om en række kapitalfondes fælles opkøb af et dansk aktieselskab via et holdingselskab i Luxembourg af S.a.r.l.-typen. Opkøbsstrukturen kom i stand ved, at et andet dansk aktieselskab (D A/S), som var ejet af kapitalfondene, købte targetselskabet (A A/S) fra de hidtidige aktionærer og dermed blev holdingselskab for target-selskabet.

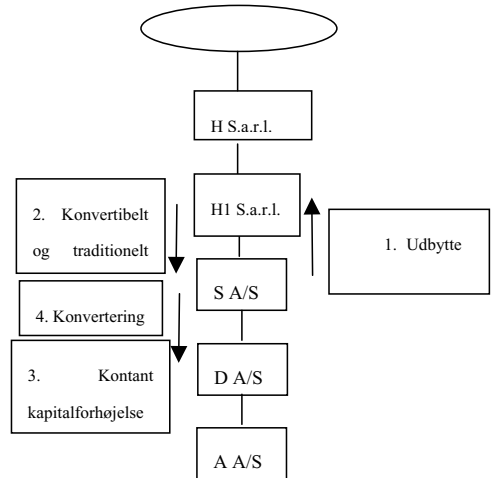
Efterfølgende stiftede kapitalfondene et nyt dansk selskab (S A/S), hvori D A/S blev apportindskudt, således at D A/S blev et helejet datterselskab af S A/S, og der dermed var tale om en dobbelt dansk holdingstruktur. Herefter blev den danske holdingstruktur indskudt i en Luxembourg dobbelt holdingstruktur.

Samtlige holdingselskaber havde som eneste aktivitet at eje og finansiere deres datterselskab. De luxembourgske selskaber var registreret i Luxembourg og havde ikke ansatte. Begge selskaber blev ledet af et Board of Managers, der var identisk i de to selskaber. Den daglige administration m.v. blev varetaget af kapitalfondenes administrationselskaber, hvis opgaver blandt andet bestod i opbevaring og førelse af aktionærfortegnelser, bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, fakturering, bogføring, udarbejdelse af regnskaber, afholdelse af møder og generalforsamlinger, kontakt til myndigheder m.v.

Straks strukturen var på plads blev der aflagt årsrapport for S A/S, og der blev afholdt ordinær generalforsamling i selskabet, hvor det blev besluttet at udlodde udbytte til moderselskabet H1 S.a.r.l.

Efter udlodningen ydede H 1 S.a.r.l. to lån til S A/S (et konvertibelt og ikke traditionelt lån), som i alt svarede til hele det deklarerede udbytte.

Strukturen og de gennemførte transaktioner kan illustreres således:



## 3. Skattemyndighedernes afgørelse

Skattemyndighederne havde fundet, at H1 S.a.r.l. ikke kunne anses for beneficial owner af udbyttet, hvorfor der i medfør af SEL § 2, stk. 1, litra c, bestod en begrænset skattepligt for de bagvedliggende ejere og dermed indeholdelsespligt for datterselskabet, jf. KSL § 65.

Resultatet fremkom på baggrund af en fortolkning af den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 1980, baseret på kommentarerne til art. 10, jf. pkt. 12, 12.1.-12.2. i OECD's kommentarer til modellen.

Skattemyndighederne fandt, at kommentarerne skal forstås således, at det ikke i sig selv er afgørende, at udbyttebeløbene ikke umiddelbart er videreført til de bagvedliggende ejere. Det afgørende er efter skattemyndighedernes opfattelse den formelle beløbsmodtagers manglende beføjelser til selv at råde over de udbetalte beløb, idet de bagvedliggende ejere fuldstændig afgør, hvordan der skal forholdes med indkomne beløb.

Samlet påstod skattemyndighederne, at H1 S.a.r.l., ikke var beneficial owner, da selskabet ikke havde nogen aktiviteter, og da selskabet ikke havde nogen selvstændig ret til at disponere over udbyttebeløbene. Da H1 S.a.r.l. efter skattemyndighedernes opfattelse alene var indskudt som et mellemliggende holdingselskab, der reelt ikke havde beføjelser til at disponere på anden måde end den bagvedliggende ejerstruktur på

forhånd havde besluttet, anså skattemyndighederne hverken dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller moder-/datterselskabsdirektivet for at afskære Danmark fra at gennemføre en kildebeskatning.

Skattemyndighederne uddybede særligt forholdet vedrørende manglende disponeringsret i H1 S.a.r.l., med, at udlodningen og det samtidige genudlån af næsten hele det udloddende beløb måtte anses for at udgøre en på forhånd fastlagt pengestrøm, som på forhånd var bestemt af de bagvedliggende ejere. Herved hævdedes det, at H1 S.a.r.l., var en ren "administrator" eller et rent "redskab" for de bagvedliggende ejeres dispositioner. Det fandtes heller ikke godtgjort, at H1 S.a.r.l. på noget tidspunkt havde truffet beslutning om genudlånet, samt at denne transaktion havde været planlagt fra start.

Denne afgørelse er ikke overraskende i lyset af den massive kontrolindsats som SKAT siden 2007 har iværksat.

#### 4. Påstande og anbringender

Selskabets påstand og argumenter bestod i en grundig og fyldestgørende gennemgang af de fleste relevante retskilder i national og international skatteret. Spørgsmålets kompleksitet og internationale forankring fremgår tydeligt af selskabets argumentation, som er ganske omfattende og veldokumenteret. Det er ikke tanken i det følgende at redegøre for alle detaljer i de fremførte argumenter, idet samtlige argumenter allerede tidligere er behandlet i den hidtidige skatteretlige teori.

Ikke overraskende bestod selskabets påstand i, at selskabets indeholdelsespligt vedrørende udbytte til moderselskabet skulle ophæves, idet:

- H1 S.a.r.l. er beneficial owner af det modtagne udbytte i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand.
- H1 S.a.r.l. har et ubetinget krav på skattefrihed for udbyttet i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet.

Subsidiært gjorde selskabet gældende, at SKATs afgørelse var udtryk for en skærpeelse af en fast administrativ praksis med tilbagevirkende kraft, og at en sådan ikke lovligt kan gennemføres uden passende varsel.

Som forventet har selskabets repræsentant gjort meget ud af fortolkningen af kriteriet om beneficial ownership i den dansk-luxembourgiske overenskomst fra 1980. Argumentationen er blandt andet baseret på, at den konkrete overenskomst skal fortolkes i lyset af 1977-kommentaren til OECD-modellen og ikke som gjort af SKAT på baggrund af 2003-kommentaren. Dog forfølges spørgsmålet ikke yderligere, idet det findes, at hverken 1977- eller 2003-versionen støtter SKATs synspunkt.

Baseret på en gennemgang af de relevante passager i OECD's kommentarer lægges der fra repræsentantens side vægt på, at H1 S.a.r.l. ikke har videreudloddet det modtagne udbytte til de bagvedliggende ejere, og at selskabet af denne årsag ikke kan karakteriseres som en gennemstrømningsenhed (conduit). Det påvises som et centralt element i begrebet, at beløbet faktisk kanaliseres gennem selskabet, hvis dette skal anses som et gennemstrømningsselskab.<sup>4</sup> Repræsentanten påpegede på denne baggrund, at H1 S.a.r.l. "*allerede af denne grund*" måtte anses for retmæssig ejer af det udloddede beløb. Denne konklusion kan man kun dele med repræsentanten, idet selve fænomenet gennemstrømningsselskab næppe giver mening, hvis ikke der faktisk sker en gennemstrømning.

Når SKAT efterfølgende lægger til grund, at H1 S.a.r.l. har manglet beføjelse til selv at råde over udbyttet, baserer dette sig efter repræsentantens opfattelse på en misforståelse fra SKATs side, idet det er en forudsætning efter OECD-kommentaren for at vurdere rådigheden, at der faktisk er tale om et gennemstrømningsselskab, hvilket H1 S.a.r.l. netop ikke er.

Endvidere fremføres, at det ikke kan påvirke bedømmelsen af råderetten, at beslutningen om at disponere på en bestemt måde i en hvilken som helst koncern i første omgang træffes af topledelsen i koncernen. Det fremføres således som vanskeligt – for ikke at sige umuligt – at pege på et mellemliggende holdingselskab, som kunne opfylde den af SKAT anvendte test vedrørende rådigheden over udbyttet.

Repræsentanten fremførte synspunktet om, at der formentlig skal gennemføres en internretlig fortolkning af begrebet beneficial owner og fast-

slår på denne baggrund uden videre, at H1 S.a.r.l. er rette indkomstmodtager af det udloddede udbytte.

Endvidere påpeges det, at bestemmelsen om beneficial owner ikke kan bruges som en generel misbrugsbestemmelse.

Herefter gennemgår repræsentanten international retspraksis af relevans for problemstillingen, herunder den internationale retspraksis der er analyseret hos *Bundgaard & Winther-Sørensen* op.cit., men også den senere endelige og skatteyderenlige afgørelse i Prévost-sagen af 26/2 2009 fra Court of Appeals i Canada.<sup>5</sup> Det påpeges på denne baggrund, at der ikke i denne praksis kan hentes støtte for den fortolkning, som de danske skattemyndigheder har anvendt.

For så vidt angår SKATs begrundelse om, at H1 S.a.r.l. ikke har nogen aktivitet, gjorde repræsentanten gældende, at aktiviteten svarer fuldstændig til, hvad der normalt kendetegner holdingselskaber, og at der ikke findes ét eksempel på, at de danske skattemyndigheder har anfægtet, at et dansk holdingselskab skulle være retmæssig ejer af udbytter. Yderligere blev det fremført, at det i det hele taget ikke kan diskvalificere et selskab fra at være beneficial owner, at det alene driver virksomhed som holdingselskab, og at det hverken har selvstændigt kontor eller egne ansatte.

Repræsentanten tilbageviste også, at der skulle være tale om misbrug af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, med henvisning til, at kapitalfondenes forretningsmodel indebærer, at bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke spiller ind på valget for domicilland for holdingselskaberne.

I forhold til moder-/datterselskabsdirektivet var repræsentantens analyse af gode grunde centreret om indholdet af art. 1, stk. 2, og om at tilbagevise SKATs sammenblanding af spørgsmålet om beneficial owner og misbrug. Det påpeges således – med rette – at direktivet ikke indeholder en bestemmelse om beneficial ownership, og at en eventuel nægtelse af direktivfordele skal ske på baggrund af en statuering af misbrug. Grundet manglende dansk implementering af art. 1, stk. 2, skal fortolkningen ske ved at vurdere nationale misbrugsregler, herunder retspraksis. På baggrund heraf lægges det atter til

grund, at H1 S.a.r.l. er rette indkomstmodtager og dermed ikke kan fratages direktivfordele, som følger af den umiddelbare opfyldelse af de formelle kriterier herfor i direktivet.

Selv med SKATs efterfølgende udtalelse i sagen, lykkedes det ikke på overbevisende måde at konstatere, at der forelå et misbrug, som med art. 1, stk. 2, kunne tillade Danmark at opkræve kildeskat. Efter en længere udredning om udviklingen i EU-Domstolens praksis konkluderer SKAT således, at der i SEL § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. skulle bestå en klar hjemmel til at håndhæve direktivets art. 1, stk. 2. En sådan fortolkning bør ikke vinde tilslutning ved nogen retsinstans, idet den forekommer meget langt fra EU-Domstolens tidligere budskab i blandt andet Kofoed-sagen, sag C-321/05 (SU 2007, 343).

## 5. Kendelsens præmisser og udfald

Landsskatterettens præmisser indledes med en generel beskrivelse af det passede hændelsesforløb samt en generel beskrivelse af retsgrundlaget, herunder at det følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg af 17/11 1980 art. 10, stk. 2, at udbytte ikke kan beskattes i kildestaten. Den skat, der pålægges, må dog – såfremt modtageren er udbyttets retmæssige ejer, og denne er et selskab, der direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det udloddende selskab – ikke overstige 5 pct. af bruttobeløbet af udbyttet. Herefter udtaler flertallet (bestående af tre medlemmer, herunder retsformanden), at bestemmelsen svarer til art. 10 i OECD's Modeloverenskomst. Landsskatteretten fremhæver kommentaren til modeloverenskomstens art. 10, pkt. 12, hvoraf det fremgår blandt andet, at udtrykket retmæssig ejer ikke er anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse. Ligeldes fremhæves kommentarens pkt. 12.1, hvoraf det fremgår, at en agent eller mellemmand ikke kan anses for retmæssig ejer, og at en person, der på anden måde end som agent eller mellemmand, blot fungerer som "gennemstrømningsenhed" (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst, heller ikke kan anses for retmæssig ejer. Endvidere henvi-

ste Landskatteretten til rapport fra Committee on Fiscal Affairs, hvoraf fremgår, at et "gennemstrømningselskab" normalt ikke kan anses for den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter. På denne baggrund udtales følgende:

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

*Det lægges som foran anført til grund, at H1 S.a.r.l. oppebar det pågældende udbytte.*

*Idet H1 S.a.r.l. ikke har viderekaliseret det pågældende udbytte til dets moderselskab, H S.a.r.l. eller dets aktionærer, men i stedet har anvendt udbyttet til udlån til selskabet, hvorfra det er anvendt til kapitalforhøjelse i D A/S, der endeligt har anvendt beløbet til køb af A A/S, kan H1 S.a.r.l. ikke i relation til dette udbytte anses for et "gennemstrømningselskab". Under disse omstændigheder anses H1 S.a.r.l. for retmæssig ejer af udbyttet.*

*Som følge heraf gælder begrænsningen i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10, stk. 2, hvorefter Danmark som kildeland alene kan beskattes 5 pct. af udbyttet.*

*Idet beskatningen af udbyttet herefter skal nedsættes efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten, følger det af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, at udbyttet ikke er omfattet af den begrænsede skattepligt...."*

Herefter vendte Landsskatterettens flertal sig mod fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivet. Utvivlsomt med rette konstaterede retten, at det følger af art. 1, stk. 2, at direktivets fordele kan nægtes med hjemmel i national rets bestemmelser om hindring af svig og misbrug, og at dette i en dansk kontekst i fraværet af ge-

nerelle lovbestemmelser med dette sigte skal ske efter retspraksis. Herefter konkluderede retten:

*"... Da H1 S.a.r.l. anses for rette indkomstmodtager af udbyttet, og da der ud fra realitetsbetragtninger ikke kan ske tilsidesættelse af de foretagne dispositioner, anses der ikke i dansk ret at være hjemmel til at nægte selskaberne de fordele, der følger af direktivet. Der kan blandt andet henvises til Højesterets domme af 30/10 2003 og 7/12 2006 offentliggjort i henholdsvis SKM2003.482.HR (TfS 2003, 889) og SKM2006.749.HR (TfS 2006, 1062) samt til EF-Domstolens dom i sag C-321/05, Hans Markus Kofoed (SU 2007, 343) og Skatteministeriets kommentar offentliggjort i SKM2007.843.DEP (TfS 2008, 45).*

*Som følge heraf skal udbyttet i medfør af direktivets art. 5 fritages for kildeskat.*

*Idet beskatningen af udbyttet herefter tillige skal frafaldes efter direktiv 90/435/EØF, følger det – også af denne grund – af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, at udbyttet ikke er omfattet af den begrænsede skattepligt...."*

Et retsmedlem ville derimod give SKAT medhold i en begrundelse, der i store træk fulgte argumenterne i SKATs afgørelse:

*"... For så vidt angår dobbeltbeskatningsoverenskomsten, må kommentarerne til modelkonventionen forstås således, at det ikke i sig selv er afgørende, at udbyttebeløbene ikke umiddelbart er blevet videreført til de bagvedliggende ejere, idet det afgørende er den formelle modtagers manglende beføjelse til selv at råde over udbyttet. H1 S.a.r.l. anses ikke for beneficial owner, da selskabet ikke har nogen selvstændig ret til at disponere over udbyttebeløbene. Da H1 S.a.r.l. således alene er indskudt som et mellemliggende holdingselskab, der reelt ikke har beføjelser til at disponere på anden måde over disse beløb end den bagvedliggende ejerstruktur på forhånd har besluttet, anses den dansk/luxembourgiske DBO ikke at afskære Danmark fra at gennemføre en kildelandsbeskatning af udbyttebeløbene.*

*For så vidt angår direktivet, anses det ikke at være en betingelse for at undlade lempelse i medfør af moder/datterselskabsdirektivet, at der nationalt er gennemført en konkret hjemmel til*

at håndhæve direktivets art. 1, stk. 2. Idet det må lægges til grund, at der er tale om et arrangement, hvis hovedformål er at undgå skattebetaling, og konstruktionen ikke tjener noget kommercielt formål, anses konstruktionen at kunne tilsidesættes efter EU-rettens generelle grundsatninger om, at EU-retten ikke kan påberåbes med henblik på at gennemføre svig eller misbrug...”

Kendelsen blev afsagt efter stemmeflertallet.

## 6. Vurdering

Med den første kendelse på området er vi nu kommet et lille skridt nærmere en afklaring af retstilstanden vedrørende grænseoverskridende betalingsstrømme af udbytter, renter og royalties. Men selv om slaget om Helms kløft metaforisk er udkæmpet, mangler fortsat slaget om Gondor, og først efter en forventet endelig stillingtagen i Højesteret kan retsstillingen endelig udledes. Selve landsskatteretskendelsen giver i sig selv også anledning til visse fortolknings-spørgsmål.

Som bemærket indledningsvis er det ikke tanken med dette indlæg at foretage en samlet analyse af problemstillingen på ny. Det synes ej heller meningsgivende at gennemføre en sådan eksercits inden domstolens endelig stillingtagen, idet alle bidrag indtil da blot vil have karakter af mellemregninger, når der henses til den massive dækning af emnet i den hidtidige skatteretlige teori. Mine foreløbige overvejelser om retstilstanden i lyset af kendelsen kan derfor sammenfattes således:

Det konkrete udfald af kendelsen må anses for værende absolut korrekt, når der henses til, at den omhandlede udbytteudlodning ikke er kanaliseret videre til de ultimative ejere. Fænomenet “gennemstrømningsselskab” giver næppe mening, hvis ikke der faktisk skulle ske en gennemstrømning. Forudsætningen for at vurdere, om H1 S.a.r.l. udgør rette indkomstmodtager baseret på rådigheden over udbyttet, synes således ikke at være til stede. På dette punkt kan det undre, at SKAT har udvalgt netop denne sag til at være den første retningsgivende sag på området.

Landsskatteretten bemærker, at en forudsætning for at underkende “gennemstrømningsselskaber” som beneficial owner er, at selskabet

har meget snævre beføjelser, som i relation til udbyttet gør det til en “nullitet” eller administrator. Samtidig bemærkes det, at snævre beføjelser i sig selv ikke fører til, at selskabet ikke kan anses for at være beneficial owner. Der synes således at skulle noget mere til. Dette “mere” kunne eksempelvis være inspireret af præmisserne fra Prévost-sagen, hvoraf det fremgår, at der ikke kunne iværksættes retlige skridt overfor holdingselskabet, hvis selskabet ikke fulgte den udbyttepolitik, som var vedtaget i aktionæroverenskomsten, ligesom selve stiftelsesdokumentet ikke forpligtede selskabet til udlodningen, jf. præmis 16 (f) og (g) i dommen. Dermed synes kendelsen ikke at medføre, at almindelige holdingselskaber diskvalificeres fra at være beneficial owner.

Med denne udtalelse er det langt fra givet, at Landsskatteretten vil nå til den modsatte konklusion end det konkrete udfald af kendelsen i de tilfælde, hvor der faktisk foreligger et gennemstrømningsselskab. Derimod har jeg en vis sympati for den udlægning af præmisserne, at kendelsen faktisk er udtryk for en “*allerede fordi*”-afgørelse, uanset at dette ikke fremgår tydeligt. Selskabets repræsentant lagde i redegørelsen op til dette, og Landsskatterettens flertal synes at følge repræsentantens argumentation. Hvis dette er en korrekt fortolkning af kendelsen, giver den ikke megen vejledning til de efterfølgende sager, hvor der faktisk er sket en kanalisering af betalingsstrømme til de bagvedliggende ejere. Hvis der er tale om en “*allerede fordi*”-afgørelse er der netop ikke taget stilling til, hvad der skal til for at opfylde kravet om manglende beføjelser over udbyttet. Hvis dette derimod ikke er en korrekt fortolkning af kendelsens præmisser, er spørgsmålet, om der kan udledes noget retningsgivende af Landsskatterettens præmisser. For mig at se bør Landsskatterettens præmisser dog ikke forstås sådan, at hvis der blot havde været tale om et gennemstrømningsselskab (dvs. hvis udbyttet faktisk var videreudloddet), så ville selskabet ikke under de givne faktiske forhold blive anset for at være beneficial owner. Der er med andre ord ikke taget stilling til, om H1 S.a.r.l. havde tilstrækkelige beføjelser over udbyttet til at være beneficial owner, hvis udbyttet faktisk var videreudloddet.

Landsskatteretten har så vidt ses tilsluttet sig en *dynamisk fortolkning* af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, idet der henvises til OECD's kommentarer til modellens art. 10 fra 2003, selv om sagen vedrører en fortolkning af en dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1980.

Henvisningen til OECD's kommentarer synes tillige at indikere, at Landsskatteretten har tilsluttet sig synspunktet om, at der skal foretages en *autonom fortolkning* af beneficial owner-begrebet. Hvis dette er tilfældet, er der måske herved åbnet for en større inddragelse af Indofood-dommen, som netop lancerede den autonome fortolkning til skade for skatteyderen. Udfaldet af en sådan fortolkning i andre situationer end den foreliggende er vanskeligt at forudsige. Det er dog ikke muligt at konkludere, i hvilken grad Landsskatterettens fortolkning er baseret på eller inspireret af international retspraksis, idet der intet er nævnt herom. På den ene side bringer Landsskatterettens betragtninger om kravene til rådigheden over udbytte tankerne hen på Prévost-dommen, mens den tilsyneladende autonome fortolkning på den anden side bringer tankerne hen på Indofood-dommen.

Kendelsen reducerer for mig at se den i rådgi-verkredse megen fokusering på "substans" i holdingselskaber. Denne diskussion er i vis udstrækning forfjlet (eller medvirker i det mindste til at skævvride diskussionen), idet spørgsmålet kun i begrænset omfang spiller ind ved vurderingen af beneficial ownership, som i højere grad omhandler rådighed over betalingsstrømme, og hvor holdingselskabets substans alene i denne sammenhæng udgør et element i den samlede bedømmelse.

Det er ikke afklaret, hvilken betydning kendelsen har for andre betalingstyper end udbytte, herunder renter og royalties. Det centrale budskab fra kendelsen om, at der forudsættes en faktisk viderebetaling, må dog uden videre kunne overføres til disse betalingstyper af de samme årsager som nævnt.

Uanset at kendelsen vedrører en situation, der må antages at være atypisk i forhold til de klassiske beneficial owner-situationer, har kendelsen måske nok betydning for private equity-sektoren, idet det her er sædvanligt, at udlodningerne (eller renterne) ikke umiddelbart kanaliseres videre til de bagvedliggende ejere, men derimod

i stedet anvendes til servicering af bankgæld i holdingselskabet. Af denne årsag kan kendelsen vise sig betydningsfuld i praktisk henseende.

Landsskatterettens bemærkninger om moder-/datterselskabsdirektivet er yderst interessante, idet det med rette anerkendes, at der i intern ret skal være hjemmel til at anvende art. 1, stk. 2. Landsskatterettens konstatering af, at da H1 S.a.r.l. anses for rette indkomstmottager, og da der ikke ud fra realitetsbetragtninger kan ske til-sidesættelse af de foretagne dispositioner, forekommer ubetinget korrekt. Følgelig er det også korrekt at konkludere, at der ikke er intern hjemmel til at nægte selskaberne de fordele, der følger af direktivet. At der ikke er grundlag for en til-sidesættelse af dispositionerne (her må menes udbytteudlodningerne) nås ved en henvisning til gamle kendinge i form af Overhold-dommen (SKM2003.482.HR (TfS 2003, 889)) og Finwill-dommen (SKM2006.749.HR (2006, 1062)).<sup>6</sup> Det er ikke første gang skattemyndighederne forsøger at angribe forskellige dispositioner ud fra en betragtning om, at et beløb er forudbestemt til et bestemt formål. Dette indgik uden held i begge de nævnte sager. Dette argument stammer formentlig fra domstolspraksis vedrørende debtors reelle råderet over låneprovenu. En sådan reel råderet er ikke til stede, hvor låneprovenuet er indsat på en konto hos kreditor.<sup>7</sup> Landsskatterettens udtalelse i SKM2010.268.LSR (SU 2010, 147) må også ses som en afstandstagen fra argumentet i intern dansk ret. Det interessante er i denne henseende, på hvilket grundlag Landsskatteretten når sin konklusion om, at selskabet er rette indkomstmottager. Formuleringen "da" kunne tyde på en henvisning til den tidligere konstatering af, at selskabet var beneficial owner, men formuleringen kan også blot være en generel konstatering, som anses at være åbenbar, når det drejer sig om, hvorvidt et moderselskab er rette indkomstmottager af udbytte. Det er for mig at se mest nærliggende at antage, at Landsskatterettens formulering dækker over sidstnævnte, som dermed generelt vil være opfyldt for holdingselskaber efter intern dansk ret. Hvis dette er korrekt, er retstilstanden dermed således, hvilket måske ikke er tiltænkt fra Landskatterettens side, at alle udlodninger fra danske selskaber til moderselskaber, som er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, skal nyde godt af kildekattefratagelsen efter

direktivet, idet det erindres, at SEL § 2, stk. 1, litra c, alene forudsætter frafald eller nedsættelse efter enten en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller efter direktivet. Det er da også vanskeligt at se, på hvilket grundlag Landsskatteretten skulle foretage en internretlig fortolkning af princippet om rette indkomstmottager og da basere udfaldet på en autonom fortolkning af et begreb i vore dobbeltbeskatningsoverenskomster. Hvis dette er korrekt, er det det mest opsigtsvækkende udfald af kendelsen.

Hvis landsskatteretskendelsen er retningsgivende for de kommende sager, er det overvejende sandsynligt, at lovgiver kommer på banen. En meget nærliggende antagelse er, at det forslag til en værnsregel, der først blev fremsat med høringsudkastet til lovforslag nr. L 202 fra 2009, kommer op af skuffen endnu en gang. Begrundelsen for dengang at indskrænke mellemholdingsreglen i ABL § 4 A og ABL § 4 B til alene at omfatte danske selskabsaktionærer var netop en forudsætning om, at vi har et velfungerende værn mod conduit-strukturer i vores dobbeltbeskatningsoverenskomster. Hvis dette skulle ske, overføres alle lyksalighederne fra mellemholdingsreglen til også at gælde for udenlandske aktionærer.

Hvis der indføres en sådan lovgivning rettet mod udenlandske mellemholdingselskaber, skal det selvsagt overvejes, om dette er i overensstemmelse med art. 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. For så vidt angår konformiteten med moder-/datterselskabsdirektivet har jeg analyseret spørgsmålet indirekte i SU 2010, 4 og konkluderet, at indsættelsen af mellemholdingselskaber i hovedreglen ikke kan siges at være udtryk for svig eller misbrug i direktivets og dermed EU-rettens forstand. Flere EU-medlemsstater har implementeret art. 1, stk. 2, direkte. Dette er eksempelvis tilfældet i fransk ret, jf. Article 119 i den franske Code d'Impôts. Heraf følger, at Frankrig kan pålægge kildeskat på udlodninger fra franske selskaber til andre EU-selskaber, hvis EU-selskabet er et mellemholdingselskab, som direkte eller indirekte er kontrolleret af selskaber beliggende uden for EU, medmindre det franske selskab kan godtgøre, at hovedformålet med at indsætte et mellemholdingselskab ikke er opnåelse af skattefordele. Bevisbyrden er ek-

sempelvis løftet, når det godtgøres, at kildeskatten i den samlede koncernstruktur mindst svarer til den franske kildeskat, hvis udbytte blev betalt direkte til et selskab beliggende uden for EU. Der er ikke taget endelig stilling til den EU-retlige dimension af denne bestemmelse, men der er en udbredt skepsis mod bestemmelsen i franske rådgiverkredse.<sup>8</sup> Bestemmelsen er eksempelvis analyseret hos *Piq*, som anfører, at den franske bestemmelse er i strid med art. 1, stk. 2, i direktivet, idet formålet med direktivet tilsiger, at misbrugsbestemmelsen alene kan bringes i anvendelse, hvis en EU-holdingstruktur anvendes til at opnå fordele for skatteyderen hjemmehørende i tredjelande og idet den franske bestemmelse ikke er klar.<sup>9</sup> Også i tysk ret er art. 1, stk. 2, implementeret med § 50d(3) i EStG, som indeholder en "business purpose test" vurderet på selskabsniveau og ikke på koncernniveau.<sup>10</sup> Bestemmelsen indeholder, som det ses, også et krav om, at mindst 10 pct. af bruttoindkomsten i mellemholdingselskabet skal stamme fra selskabets egne forretningsmæssige aktiviteter. Endelig indeholder bestemmelsen et egentlig substanskrav til det udenlandske mellemholdingselskab i henseende til udstyr, ansatte og lokaler m.v. Denne bestemmelse har EU-Kommissionen anmodet Tyskland om at ændre ved formel skrivelse herom af 18/3 2010. Kommissionens skrivelse anfægter dog ikke bestemmelsen i sin helhed, men derimod særligt 10 pct.-kravet, som, det gøres gældende, er i strid med kapitalens frie bevægelighed og uproportionalt, ligesom det vurderes at være i strid med moder-/datterselskabsdirektivet grundet den manglende mulighed i bestemmelsen for at lade udenlandske holdingselskaber fremskaffe bevis, der kan fritage disse fra bestemmelsens anvendelsesområde. Spørgsmålet om treaty overriding må selvsagt også vurderes, hvis det netop lægges til grund, at beneficial owner-klausulen ikke omfatter de omhandlede situationer, og der generelt ikke findes misbrugsbestemmelser i overenskomsterne.

### Noter

- 1) Se *Lytken og Bjørnholm* i Tax Notes Int'l 15 march, 2010, s. 977 f.
- 2) Jf. "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering", SR-Skat 2007, s. 395 ff. og s. 508 ff., samt i Tax



- Notes International, 19 May, 2008, s. 587 ff.: "Beneficial Ownership in International Financing Structures". Uanset at der er kommet en del international litteratur og retspraksis siden udgivelse af de nævnte værker, er der fortsat tale om en dækkende fremstilling af problemstillingerne.
- 3) Jf. herom *Butler & Pengelly* i Asia-pacific Tax Bulletin 2010, s. 20 f., og *Joseph* i DFI 2010/2, s. 31 ff.
  - 4) Jf. pkt. 12.1. i kommentaren til art. 10 samt afsnit I. A. 2. i "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, fra Committee on Fiscal Affairs, 1986.
  - 5) Her Majesty the Queen and Prévost Car Inc., 2009 FCA 57.
  - 6) Denne generelle afstandtagen fra en tilsidesættelse af udbytteudlodningen kan måske også påvirke den nylige åbning der er sket vedrørende omkvalifikation af udbytte til løn, jf. SKM2010.140.SR og SKM2010.141.SR. Det har længere stået klart, at SKAT ikke fortolkede SKM2006.749.HR (TfS 2006, 1062, *Finwill*), således, at udbytte ikke kunne omkvalificeres. I de to nævnte sager blev forudsatte lønudbetalinger dog konkret erstattet med udbytte i medfør af den indgåede aftale mellem parterne.
  - 7) Se hertil TfS 1992, 238 H og TfS 1994, 718 H.
  - 8) Bestemmelsen er konkret fortolket af Administrative Tribunal of Lyon med sag nr. 0504128, *McKechie*-sagen.
  - 9) Jf. European Taxation 2009, s. 471 ff. og s. 534 ff. (s. 475).
  - 10) Se herom i hovedtræk *Eckhardt* i Tax Notes Int'l, February 12, 2007, s. 55 ff. Ordlyden er således: "...<sup>(3)</sup> <sup>1</sup>Eine

*ausländische Gesellschaft hat keinen Anspruch auf völlige oder teilweise Entlastung nach Absatz 1 oder Absatz 2, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten, und*

*1. für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen oder*

*2. die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10 Prozent ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt oder*

*3. die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.*

*<sup>2</sup>Maßgebend sind ausschließlich die Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft; organisatorische, wirtschaftliche oder sonst beachtliche Merkmale der Unternehmen, die der ausländischen Gesellschaft nahe stehen (§ 1 Absatz 2 des Außensteuergesetzes), bleiben außer Betracht.*

*<sup>3</sup>An einer eigenen Wirtschaftstätigkeit fehlt es, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt.*

*<sup>4</sup>Die Sätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet oder für die ausländische Gesellschaft die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes gelten...".*