

Beneficial ownership – nyt nederlag og skærpede regler på vej

Af partner, Jakob Bundgaard, Moalem Weitemeyer Bendtsen, Ph.D., adjungeret professor, Handelshøjskolen, Aarhus Universitet

Landsskatteretten har nu for anden gang underkendt SKATs argumentation vedrørende beneficial ownership, denne gang vedrørende koncernterne rentebetalinger. Kendelsen og dennes konsekvenser analyseres i denne artikel. Afslutningsvis omtales de elementer i L 84 (fremsat 24/11 2010), som vedrører den samme problemstilling.

1. Baggrund

Det må efterhånden være hævet over enhver tvivl, 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 skatte kredse. 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.

Den 3/3 2010 afsagde Landsskatteretten den første kendelse i hvad der forventes at være en række af sager. Kendelsen er offentliggjort som SU 2010, 147. Kendelsen er analyseret af *Bundgaard*: Første slag om “beneficial ownership” er udkæmpet – det endelige venter forude, i Skat Udland, 2010, 144 og i Kapitalfonde i dansk og international skatteret, 2010, p. 230 ff. samt *Engdal* i SR-Skat 2010, p. 148 ff. og *Wittendorff* i SR-Skat 2010, p. 212 ff.

Med den første kendelse på området kom vi et lille skridt nærmere en afklaring af retstilstanden vedrørende grænseoverskridende betalingsstrømme af udbytter, renter og royalties, men en

række uafklarede spørgsmål udestår fortsat. Det vigtigste spørgsmål er selvsagt, om begrebet beneficial ownership kan få nogen praktisk betydning (ud over som trussel), og dermed, hvilke faktiske forhold der skal foreligge, før dette er tilfældet.

Den 17/11 2010 blev der offentliggjort endnu en kendelse vedrørende problemstillingen, men dog denne gang vedrørende indeholdelsespligten for koncernterne renter, jf. TfS 2010, 974. Det offentligt tilgængelige referat er kendetegnet ved at være af temmelig ringe kvalitet og mangelfuldt på flere punkter og ligger ganske langt fra den grundige sagsfremstilling i den første landsskatteretskendelse på trods af, at faktum er identisk, og kendelserne vedrører den samme virksomhed. Samtidig er det af sidstnævnte årsag begrænset, hvilken yderligere afklaring der tilføjes med kendelsen, ligesom det fortsat vækker undren, at SKAT har valgt sager med netop dette faktum som prøvesager.

2. Faktum

Sagen vedrører spørgsmålet om indeholdelsespligt for en rentebetaling 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 (G2 A/S), som var ejet af kapitalfondene, købte target-selskabet (G3 A/S) fra de hidtidige aktionærer og dermed blev holdingselskab for target-selskabet.

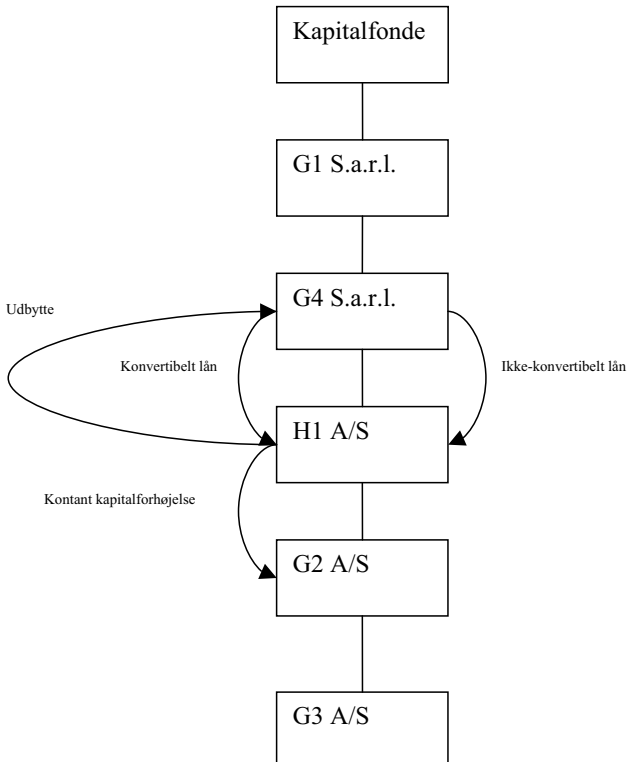
Efterfølgende stiftede kapitalfondene et nyt dansk selskab (H1 A/S), hvori G2 A/S blev apportindskudt, således at G2 A/S blev et helejet datterselskab af H1 A/S og der dermed var tale

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 ingen 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 H1 A/S, og der blev afholdt ordinær generalforsamling i selskabet, hvor det blev besluttet at udlodde udbytte til moderselskabet G4 S.a.r.l. Efter udlodningen ydede G4 S.a.r.l. to lån til H1 A/S (et konvertibelt og ikke traditionelt lån), som i alt svarede til hele det deklarerede udbytte. Samme dag foretog H1 A/S også en kapitalforhøjelse i G2 A/S ved kontant indskud. Ultimo samme år blev det konvertible lån med påløbne renter konverteret til aktier i H1 A/S, og medio det efterfølgende år blev også det ikke-konvertible lån med påløbne renter konverteret til aktiekapital i H1 A/S.

Strukturen kan illustreres således:

Begge lån fra G4 S.a.r.l. til H1 A/S blev efterfølgende konverteret til aktiekapital i H1 A/S



3. Skattemyndighedernes afgørelse
SKAT forhøjede H1 A/S' skattebetaling med kildeskat af renter. G4 S.a.r.l. blev ikke anset for at være beneficial owner efter den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst og

efter rente-/royaltydirektivet, da selskabet efter SKATs vurdering ikke havde nogen aktiviteter, og da selskabet ikke havde nogen ret til at disponere over rentebeløbene.

4. Påstande og anbringender

Uddybende hertil anførte SKAT, at udlodningen og det samtidige genudlån af næsten hele det udloddede beløb udgjorde en på forhånd fastlagt pengestrøm, således at G4 S.a.r.l. i relation til disse dispositioner kan hævdes at have været en ren administrator eller et rent redskab for de bagvedliggende ejeres dispositioner.

Baggrunden fandtes yderligere at være, at det konvertible lån udgjorde et hybridt instrument, som i Luxembourg blev behandlet som egenkapital, mens det i Danmark blev behandlet som gæld. Det fremgår ikke direkte af det offentliggjorte referat, hvilket indkomstår sagen vedrører, men oplysningerne tyder på, at det var indkomståret 2005. De mulige skattemæssige fordele forbundet med skattearbitrage under anvendelse af hybride instrumenter er elimineret med SEL § 2 B med virkning fra 13/12 2006.

SKAT forsøgte tillige at tillægge det betydning, at det af de oprindelige lånedokumenter flere steder fremgik, at den koncerninterne "låne-manøvre" havde været planlagt fra start, ligesom det var de bagvedliggende ejere, der har kunnet beslutte, hvorledes der skulle disponeres over tilskrevne renteløb.

Til støtte for afgørelsen blev der som i den tidligere offentliggjorte sag tillige henvist til de almindelige argumenter vedrørende fortolkningen af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, til EU-retten, her særlig til Cadbury Schweppes-dommen og til international retspraksis (Indofood og Prevöst). Disse skal ikke gentages her, og der henvises i stedet til 2010, 144 og SU 2010, 147.

Selskabet gjorde selskabet gældende, at G4 S.a.r.l. var beneficial owner af rentebetalingerne, og at indeholdelsespligten vedrørende renter skulle ophæves.

Det blev endvidere påpeget, at G4 S.a.r.l. hverken havde udbetalt eller godskrevet rentebeløbene til de ultimative investorer, idet renterne i forbindelse med gældskonverteringerne var blevet bundet som aktiekapital i H1 A/S.

Ud over dette blev de ligeledes kendte argumenter vedrørende fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne frembragt (selv om analysen her af en eller anden grund omhandler udbytter (og ikke renter), ligesom også tankegangen om rette indkomstmodtager og internati-

onal retspraksis blev behandlet. Der er dog ikke noget nyt heri, hvorfor en nærmere omtale kan udelades.

Skatteyderen bragte et særligt argument til torvs om, at der ikke kunne foreligge kontrolleret gæld efter SEL § 2, stk. 1, litra d, og SKL § 3 B, hvis synspunktet om, at den umiddelbare modtager ikke var beneficial ownership, blev fulgt konsekvent. Baggrunden herfor var, at betingelserne for at ifalde begrænset skattepligt ikke ville være opfyldt som en konsekvens af SKATs argument om beneficial ownership. Således ville de ultimative investorer i en kapitalfond ikke opfylde kriteriet om at kontrollere det danske debitorselskab (det skal erindres, at denne sag så vidt ses ligger forud for udvidelsen af kontrolbegrebet med L 116 i 2006).

Til dette fandt SKAT, at der er tale om to forskellige retlige prøvelser: én vedrørende fastlæggelsen af kreditor efter SEL § 2, stk. 1, litra d, og én vedrørende fastlæggelse af beneficial ownership, som i realiteten vedrører en undtagelse til kildeskattepligten. SKAT fandt det således ikke nødvendigt at tage stilling til, hvem der er de(n) begrænsede skattepligtige person(er). Dette skyldes, at det afgørende efter SEL § 2, stk. 1, litra d, udelukkende er, om rente-/royaltydirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg indebærer, at kildeskat skal frafaldes.

5. Kendelsens præmisser og udfald

Landsskatteretten indleder med at skitsere det faktiske hændelsesforløb og følger dette op med en generel redegørelse for retsgrundlaget. I lyset af sagens faktum og den tidligere kendelse er konklusionen ikke overraskende. Det udtales således, at Landskatteretten i en tidligere kendelse vedrørende kildeskat på udbytte havde givet selskabet medhold i, at udbyttet ikke var omfattet af begrænset skattepligt. Ved denne afgørelse blev der lagt vægt på, at udbyttet ikke blev viderekanaliseret til selskabets moderselskab, G1 S.a.r.l., eller dets aktionærer, men i stedet anvendt til udlån til H1 A/S og derfra til kapitalforhøjelse i H1 A/S' danske datterselskab med henblik på køb af G3 A/S, jf. TFS 2008, 539.

Herefter konkluderer Landsskatteretten, at da de pågældende renter efter gældskonverteringerne ligeledes ikke er viderekanaliseret til G4

S.a.r.l.'s moderselskab eller dets aktionærer, anses G4 S.a.r.l., heller ikke i relation til renterne, for et gennemstrømningsselskab, og G4 S.a.r.l. er dermed den retmæssige ejer af renterne.

En afvigende bemærkning fra den første kendelse er, at begrebet retmæssig ejer efter Landskatterettens opfattelse i rente-/royaltydirektivets forstand uden videre må forstås på samme måde som i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, hvorfor G4 S.a.r.l. tillige efter direktivet kan nyde godt af dets fordele. Som konsekvens heraf bortfaldt indeholdelsespligten til renterne. Denne umiddelbare overførsel af bebrejdsdannelsen fra dobbeltbeskatningsoverenskomsten til rente-/royaltydirektivet fejler i hvert tilfælde den tvivl af bordet, som blev luftet hos *Bundgaard & Winther-Sørensen*, jf. senest Kapitalfonde i dansk og international skatteret, 2010, p. 192 ff.

6. Vurdering af kendelsen

I lyset af den første kendelse sammenfattede jeg retstilstanden i SU 2010, 144. I lyset af TfS 2010, 974 har jeg udbygget denne sammenfatning nedenfor:

Det konkrete udfald af kendelserne må anses for værende absolut korrekt, når der henses til, at de omhandlede udbytteudlodninger og rentebetalinger ikke er kanaliseret videre til de ultimative ejere. Fænomenet "gennemstrømningsselskab" næppe giver mening, hvis ikke der faktisk skulle ske en gennemstrømning.

Landskatteretten bemærkede i SU 2010, 147, at en forudsætning for at underkende "gennemstrømningsselskaber" som beneficial owner er, at selskabet har meget snævre beføjelser, som i relation til udbyttet eller renterne 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 *Prevøst*-sagen, hvoraf det fremgår, at der ikke kunne iværksættes retlige skridt over for 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. Den seneste kendelse i TfS 2010, 974 tilføjer ikke yderligere til denne problemstilling.

Landskatteretten har med den tidligere kendelse så vidt ses med SU 2010, 147 tilsluttet sig en *dynamisk fortolkning* af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, idet der henvises til OECD's kommentarer til modellens art. 10 fra 2003, selv om sagen vedrører en fortolkning af en dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1980. Denne fortolkning er fastholdt med TfS 2010, 974 (SU 2010, 387).

Henvisningen til OECD's kommentarer synes tillige at indikere, at Landskatteretten har tilsluttet sig synspunktet om, at der skal foretages en *autonom fortolkning* af beneficial owner-begrebet. Også dette er fastholdt med TfS 2010, 974 (SU 2010, 387).

Det er endvidere bekræftet, at det centrale budskab fra den første kendelse i SU 2010, 147 om, at der forudsættes en faktisk viderebetaling, uden videre kan overføres til renter af de samme årsager som nævnt.

Uanset at begge kendelserne vedrører en situation, der må antages at være atypisk i forhold til de klassiske beneficial owner-situationer, har begge 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.

Visse spørgsmål blev rejst i sagen, men uden en stillingtagen fra Landskatteretten hertil. Disse forhold skal omtales i det følgende.

Det første er selskabets argument om, at der ikke kan komme kildeskat på tale, hvis tankegangen om beneficial ownership skal følges konsekvent. Selv om spørgsmål ikke havde betydning for sagens udfald, kan det meget vel tænkes at få det for andre sager med et anderledes faktum. Landskatteretten tog ikke stilling til dette spørgsmål, men det er min vurdering, at den af SKAT anlagte fortolkning har ganske meget for sig. Dette gælder særligt i lyset af, at Landskatteretten tilsyneladende har accepteret en autonom forståelse af begrebet beneficial ownership, og at dette begreb næppe præjudicerer

den internretlige fastlæggelse af kreditor eller en aktionær i henseende til selve anvendelsesområdet for de danske regler om kildeskat på finansieringsvederlag og udbytter. Modsat dette argumenterer *Engdal* i en kommentar til SU 2010, 147 i SR-Skat 2010, p. 148 ff., for, at der ikke er intern hjemmel til at opkræve kildeskat på udbytte, idet udlodningen i stedet må anses for et tilskud (udlodning til en indirekte aktionær), på hvilket der ikke hvilede begrænset skattepligt, eller at der ikke er taget stilling til, hvem de bagvedliggende ejere er som skattesubjekter vedrørende udbyttet. Forfatterens argumenter underkender, så vidt jeg kan se, den foretagne autonome fortolkning af begrebet beneficial ownership i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Hvis der anlægges en autonom fortolkning, er det vanskeligt at se noget grundlag for indgående at analysere intern ret.

Dernæst er det værd at bemærke, at SKAT forsøgte sig med argumentet om, at tilstedeværelsen af skattearbitrage skulle føre en særligt skærpet praksis. Selv om Landsskatteretten heller ikke tog stilling til dette argument, ville det være stærkt overraskende, hvis den blotte udnyttelse af asymmetrier mellem to lande skulle kunne føre til en skatteretlig tilsidesættelse. Indførelse af lovgivning til modvirkning heraf (SEL § 2 A, § 2 B og § 2 C etc.) er det bedste vidnesbyrd om, at retstilstanden netop ikke er sådan, som SKAT ønsker det.

Landsskatteretten fik heller ikke anledning til at udtale sig om fortolkningen af godskrivningskriteriet i KSL § 65 D. Det er jo allerede med TfS 2009, 1104 LSR fastslået, at kildeskat tillige falder på tilskrevne renter, men selskabets argument, om hverken at have udbetalt eller godskrevet rentebeløbene til de ultimative investorer, idet renterne i forbindelse med gældskonverteringerne er blevet bundet som aktiekapital i H1 A/S er der ikke taget stilling til. Det er dog min umiddelbare vurdering, at også en tilskrivning efterfulgt af konvertering må sidestilles med en godskrivning, hvor kreditor har modtaget renten i form af aktiekapital.

Hvis de to kendelser er retningsgivende for de kommende sager, er det overvejende sandsynligt, at lovgiver kommer på banen. Indtil da må det også forventes, at Landsskatteretten får lejlighed til at afklare en række andre situatio-

ner, hvor det synes mere oplagt at bringe beneficial ownership i anvendelse end de to foreliggende kendelser. Særligt interessant bliver det selvsagt at læse Landsskatterettens stillingtagen til den klassiske rene situation, hvor betalingsstrømmene faktisk forlader et mellemholdingselskab og sendes videre opad i koncernen evt. til lavskattelønde.

Afslutningsvis skal hæftelsesspørgsmålet kort berøres. I sagen var det SKATs opfattelse, at der er begrænset skattepligt til Danmark, og at der ikke af selskabet var foretaget nærmere undersøgelser med henblik på at afklare, om betingelserne for manglende indeholdelse var opfyldte, samt at der som følge af interessefællesskabet må stilles skærpede krav til selskabets agtpågivenhed. Det blev således gjort gældende, at selskabet hæfter for kildeskatten, jf. KSL § 65 D. I referatet tales om hæftelse for kildeskat på udbytte, men sagen drejede sig dog om renter.

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 kildeskatlovens 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.

Selskabet argumenterede i denne forbindelse for, at det krav, der følger af KSL § 69 om udvist forsømmelighed, ikke kan være opfyldt, når der henses til hidtidig administrativ praksis, og at SKAT tilsyneladende skulle have været i tvivl om, hvorvidt der var grundlag for at rejse sagen.

Særligt første led i denne argumentation må der gives selskabet medhold i. Det er således ikke muligt at fremhæve tydelig støtte i hidtidig praksis for at antage, at udenlandske mellemholdingselskaber ikke skulle blive anerkendt i dansk ret som rette indkomstmottager/beneficial owner. Der ses alene at være kommet fokus på dette spørgsmål efter den internationale udvikling tog fart i kølvandet på Indofood-dommen og de efterfølgende udtalelser fra Skatteministeren, som varslede det kommende stormvejr.

Inddragelsen af hæftelsesaspektet er forståeligt nok set fra SKATs synsvinkel, idet det ville være meget vanskeligt at hente pengene hjem gennem store udenlandske kapitalfonde. Samtidig er inddragelsen af hæftelsesaspektet tillige et af de mindre pæne aspekter i dette sagskompleks, idet der er ganske store beløb på spil, og idet det ikke var muligt på baggrund af hidtidig lovgivning eller praksis at forudse, at der skulle gælde en indeholdelsespligt (hvad der jo i øvrigt fortsat ikke gør, før SKAT får medhold ved domstolene).

7. Beneficial ownership og L 84

Afslutningsvis skal nævnes de nye lovgivningsmæssige tiltag, der for tiden verserer i Folketinget, som lovforslag L 84, fremsat den 24/11 2010. Forslaget indeholder følgende elementer af konkret interesse i forbindelse med spørgsmålet om beneficial ownership og dansk begrænset skattepligt.

Forslaget indeholder et værn mod den velkendte skatteplanlægningsmanøvre, hvorefter kildebeskatning af udbytter kan undgås ved at lade et dansk pengekasesselskab fusionere med et udenlandsk moderselskab. Forslaget til ny FUL § 15, stk. 4, fastslår således, at udlodningen ved annulleringen af datterselskabsaktier i det indskydende selskab beskattes som udbytte, når dette udbytte ikke skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Tilsvarende skal gælde, hvis det modtagende selskab ejer mindre end 10 pct. af aktiekapitalen i det indskydende selskab, men har bestemmende indflydelse, jf. LL § 2.

Baggrunden herfor er beskrevet i bemærkningerne til § 4 i lovforslag nr. L 84. Skatterådet har således i en afgørelse af 16/11 2010 fundet, at der ikke er hjemmel til, at fusionen kan føre til beskatning af "likvidationsprovenu" efter LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a. Lægges Skatterådets fortolkning til grund, medfører dette, at der ikke sker beskatning af aktionærene i det indskydende selskab, når aktionæren er hjemmehørende i udlandet. Selskaber og personer, der er hjemmehørende i udlandet, er således ikke begrænset skattepligtige af gevinster og tab på aktier. Der vil derfor heller ikke ske beskatning af aktionærene i tilfælde, hvor reglerne om skattefri fusion

anvendes med henblik på at omgå reglerne om kildebeskatning af udbytteudlodninger. Baggrunden uddybes med et eksempel, jf. bemærkningerne til § 4, nr. 5 i L 84:

"...Selskabet X er hjemmehørende i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Selskab X ejer selskabet Y, der er et selskab omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat efter både fusionsskattedirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet. Selskab Y ejer det danske holdingselskab Z, som igen ejer driftsselskabet D. Der vil være dansk kildeskat på et udbytte fra selskab Z til selskab Y efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, når det forudsættes, at selskabet Y ikke er retmæssig ejer af udbyttet. Koncernen kan i stedet for at udlodde udbytte fra selskab Z til selskab Y lade de to selskaber fusionere ved en lodret fusion med selskab Y som modtagende selskab. I givet fald sker der ingen beskatning af den pengesum, der overføres til udlandet som led i fusionen – heller ikke selvom den reelt overføres til et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Denne model med udlodning via lodrette fusioner kan arrangeres ved at have et dansk holdingselskab parat til hvert år, der skal udloddes udbytter. Forventes en ejertid på f.eks. fem år, oprettes fem holdingselskaber, som fusioneres ud af Danmark ét efter ét. Konklusionen er derfor, at Skatterådets seneste fortolkning medfører, at den danske kildebeskatning af udbytter relativt nemt kan omgås, når der heller ikke i tilfælde af svig og misbrug kan ske beskatning af likvidationsprovenuet..."

Det er i dette lys forslaget skal ses. Ved fusion mellem et udenlandsk moderselskab og et hel-ejet dansk datterselskab med moderselskabet som det fortsættende selskab (lodret fusion) vil det udenlandske moderselskab dermed være begrænset skattepligtigt af "likvidationsprovenuet" som udbytte, når udbyttebeskatningen ikke skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det nævnes endvidere eksplicit, at den foreslåede bestemmelse vil være en intern bestemmelse, som er nødvendig for at hindre svig eller mis-

brug, jf. art. 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet og art. 15 i fusionsskattedirektivet.

Heraf ses, at begrebsdannelsen vedrørende beneficial owner nu tiltænkes endnu et konkret anvendelsesområde vedrørende fusioner. I lyset af de verserende sager er det ikke muligt at redegøre for de præcise grænser for anvendelsesområdet heraf.

L 84 indeholder endvidere et forslag til ændring af SEL § 2 B, i form af et nyt stk. 4, hvor efter bestemmelsen udvides til også at omfatte tilfælde, hvor skattereglerne i hjemstaten for den umiddelbare kreditor under et hybridt instrument ikke indebærer en behandling som egenkapital, men hvor den umiddelbare kreditor selv har gæld til et koncernforbundet selskab, for hvilket der er tale om indskudt kapital (egenkapital). Dette skal efter forslaget også gælde, selv om der måtte være flere kreditorer. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvis kildebeskatning skal frafalde eller nedsættes i forhold til kreditor efter rente-/royaltydirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Denne sidste betingelse er dog vanskelig at forstå, hvis det ønskes modvirket, at der indsættes mellemholdingselskabet i EU-/DBO-lande .

Rente-/royaltydirektivet synes således ikke at modvirke en finansieringsstruktur, hvor der fra kreditorselskabet er gæld til et andet koncernforbundet selskab, som er beliggende i et land, hvor mellemværendet behandles som egenkapital. Direktivets beneficial ownership-klausul eller misbrugs-klausul kan næppe anvendes i situationer, hvor der foreligger forskellig kvalifikation af finansielle instrumenter. Samtidig er "subject-to-tax"-klausulen heller ikke af en sådan beskaffenhed, at den vil forhindre direktivet i at finde anvendelse i en situation som omhandlet her. Tilsvarende må gælde beneficial owner-klausulerne indeholdt i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Hvis dette er korrekt, er lovændringen alene udtryk for, at den almindelige beneficial owner-prøvelse (om hvilken der ikke findes nogen praktiske retningslinjer) nu tillige skal anvendes ved vurderingen af, om SEL § 2 B finder anvendelse.

En tilsvarende ændring er indeholdt i forslaget til ny SEL § 13, stk. 1, nr. 2, med henvisning til moder-/datterselskabsdirektivet og ny SEL § 2 A, stk. 3, med henvisning til rente-/royaltydirektivet.