



ADVISORY<sup>®</sup>

INDEPENDENT TAX CONSULTING

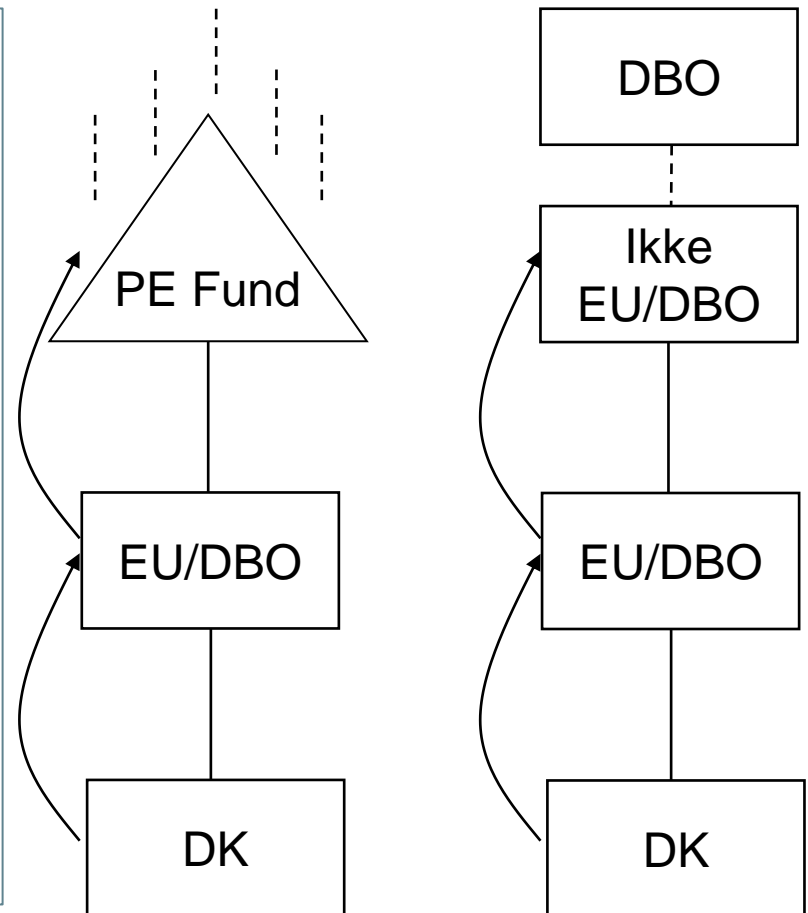


Hvem er retmæssig ejer  
(beneficial owner)

Niels Winther-Sørensen  
Corit Advisory og Aalborg Universitet

# Problem

- Hvem er rette indkomstmodtager efter intern dansk ret?
- Hvem er retmæssige ejer (beneficial owner)?
  - DBO
  - EU
  - Betydning i intern dansk skatteret?
- Misbrug
  - Selskab i ikke-DBO-land
  - Ultimative ejere i sædvanlige kapitalfondsstrukturer



## Afgørelserne fra EU-domstolen

- 6 sager blev behandlet samlet
  - 2 sager om udbytteskat
  - 4 sager om renteskat
  - Både Østre og Vestre Landsret
  - Både sager med danske selskaber, der
    - indirekte er ejet af kapitalfonde, hhv.
    - ultimativt er ejet af et US-selskab, men hvor der er et mellemliggende skattelyselskab

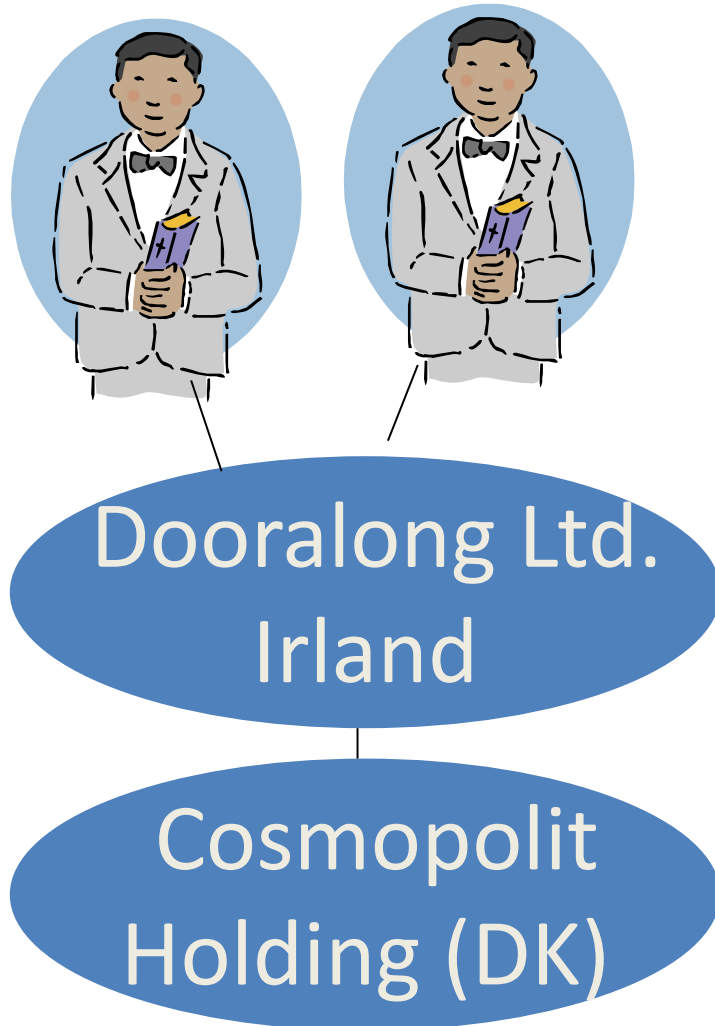
## GA Kokotts generelle bemærkninger

- "3. De ovenfor anførte spørgsmål omhandler i sidste ende alle den principielle konflikt i skatteretten mellem de skattepligtiges civilretlige handlefrihed og afværgelsen af civilretligt gyldige arrangementer, der alligevel under visse omstændigheder udgør misbrug. Selv om denne problemstilling har eksisteret, siden den moderne skatteret blev opfundet, er afgrænsningen af en lovlig fra en ulovlig skatteminimering stadig vanskelig. En bilist, der efter en forhøjelse af afgiften på motorkøretøjer sælger sin bil af omkostningsgrunde, undgår uden tvivl med vilje denne afgift. Dette kan dog ikke anses for misbrug af lovgivningen, selv om den eneste bevæggrund var afgiftsbesparelsen.
- 4. Set i lyset af den politisk opbragte stemning mod visse globalt agerende koncerners skattepraksis er afgrænsningen ingen let opgave for Domstolen, hvis ikke enhver skattereducerende adfærd fra borgeres side skal risikere at blive anset for misbrug."

# Kofoed C-321/05

EF-domstolens dom af 5.7.2007

- 29.10 1993
  - Aktieombytning
- 1.11 1993
  - Udlodning af udbytte fra Cosmopolit Holding til Dooralong Ltd.
- 3.11 1993
  - Udlodning af udbytte fra Dooralong Ltd. til Hr. Kofoed og Hr. Toft
  - DBO Irland-Danmark
    - Eksempion
- 7.11.1993
  - Ny DBO



## GA Kokotts udtalelse om M/D-direktivet

- Kan M/D-direktivet benyttes direkte?

- Kofoed-dommen (sag C-321/05) om misbrugsbestemmelsen i fusionsskattedirektivet:
  - Retssikkerhedsprincippet er til hinder for, at direktiver i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, hvorfor det var nødvendigt at have interne gennemførelsesregler
- Efterfølgende praksis fra EU-domstolen
  - Herunder inden for moms
- Kokott fortsat enig i Kofoed-dommen
  - Momslovgivningen adskiller sig ifølge Kokott væsentligt
- Herefter op til EU-domstolen...
  - Kokott var også GA i Kofoed-sagen

# Afgørelserne fra EU-domstolen

- Domme om udbytter og renter identiske om retsmisbrug.
- En gennemførelse i intern ret eller i DBO er ikke nødvendig for at nægte direktivernes fordele når retsmisbrug
- Der findes et almindeligt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug.
- En medlemsstat skal nægte at indrømme fordelene i EU-retlige bestemmelser, såfremt disse ikke er blevet påberåbt med henblik på at gennemføre målene med disse bestemmelser, men med henblik på at drage nytte af en EU-retlig fordel, selv om betingelserne for indrømmelse af denne fordel alene er opfyldt formelt.
- Dette gælder uanset direktiv indeholder adgang til at fastsætte nationale misbrugsregler

# Afgørelserne fra EU-domstolen

- Konsekvenser
  - Landsskatterettens praksis i udbyttesagerne gælder ikke længere
  - Ikke længere nok, at der ikke er indført misbrugsregler i national ret
    - Kofoed-sagen i dag...
  - Betydningen ved fortolkningen af misbrugsbestemmelser i direktiver, fx
    - Fusionsdirektivet
    - Rente-/royaltydirektivet
    - Moder-/datterselskabsdirektivet
    - ATAD



# Afgørelserne fra EU-domstolen

- **Hvornår foreligger der retsmisbrug?**
  - Et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt,
  - Et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel

## Afgørelserne fra EU-domstolen

- Hvornår foreligger der retsmisbrug?
  - Der er "navnlig" et kunstigt arrangement, hvis
    - "betalingen af [udbytteskat/renteskat] undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en gennemstrømningsenhed mellem det selskab, som udlodder udbyttet, og det selskab, som er udbyttets retmæssige ejer."
  - Dette er tilfældet, såfremt udbyttet/renterne
    - "i sin helhed eller stort set i sin helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf [videreudloddes/-betales] af det selskab, som har modtaget det, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktivet.

# Afgørelserne fra EU-domstolen

- Hvornår foreligger der retsmisbrug?
  - Betydningen af viderebetaling til en, der ville kunne påberåbe sig DBO
    - Udelukker ikke retsmisbrug, at den ultimative ejer er hjemmehørende i DBO-land
    - Forskellige sproglige versioner af dommen, men ...hvis en direkte betaling til enhed over "gennemstrømningsenheden" ville være skattefri, kan der næppe være retsmisbrug

## De danske domstole efter EU-D

- EU-domstolen har talt...
  - Danske domstole skal vurdere betydningen i forhold til direktiver
- DBO og intern ret
  - Afgøres alene af danske domstole
- Udbyttesagerne
  - SKM2021.304.ØLR (og SKM2021.409.ØLR)
  - Anket til Højesteret
- Rentesagerne
  - Dom afsiges af ØLR den 25. november 2021

# SKM2021.304.ØLR

- To sager blev behandlet samlet
  - TDC
  - NetApp
- I begge sager var den rette indkomstmodtager af udbyttet fra det danske datterselskab et selskab i et EU-land
- ØLR: De centrale spørgsmål er, om den danske udbytteskat skal nedsættes/bortfalde efter
  - Moder-/datterselskabsdirektivet
  - Dobbeltbeskatningsoverenskomsten

# SKM2021.304.ØLR - NetApp

- Østre Landsret om moder-/datterselskabsdirektivet
    - Ubestridt af selskaberne omfattes af direktivet
    - Retsmisbrug?
      - EU-Domstolens fortolkning
      - Betydningen af formuleringen af SEL § 2, stk. 1, litra c?
        - Ordlyden er ikke i modstrid med EU-Domstolens fortolkning
        - Ikke holdepunkter i forarbejderne for, at man tilsigtedes skattefritagelse, hvor retsmisbrug som beskrevet af EU-Domstolen
- >>> En fortolkning af moder-/datterselskabsdirektivet, som anført af EU-Domstolen, er derfor ikke i strid med SEL § 2, stk. 1, litra c.

# SKM2021.304.ØLR - NetApp

- Østre Landsret om DBO, art. 10, stk. 2
- Afgørende, hvordan "retmæssig ejer" i DBOen skal forstås
  1. DBOen indeholder ikke nogen definition
  2. Artikel 3, stk. 2
    - Dansk skattelovgivning ses ikke at anvende begrebet "retmæssig ejer", der heller ikke er et nærmere defineret begreb i dansk ret
  3. Der foreligger ikke oplysninger om forhandlingerne med Cypern forud for indgåelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.
  4. Ved fortolkningen af begrebet "retmæssig ejer" i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10, stk. 2, **finder landsretten det derfor relevant** at inddrage fortolkningsbidrag vedrørende den tilsvarende bestemmelse i OECD's modeloverenskomst, der har anvendt begrebet "retmæssig ejer" siden 1977
- Vurdering
  - Rækkefølgen af undersøgelse
  - Krav til definition i intern ret
  - Betydning af oplysninger fra forhandlinger

# SKM2021.304.ØLR - NetApp

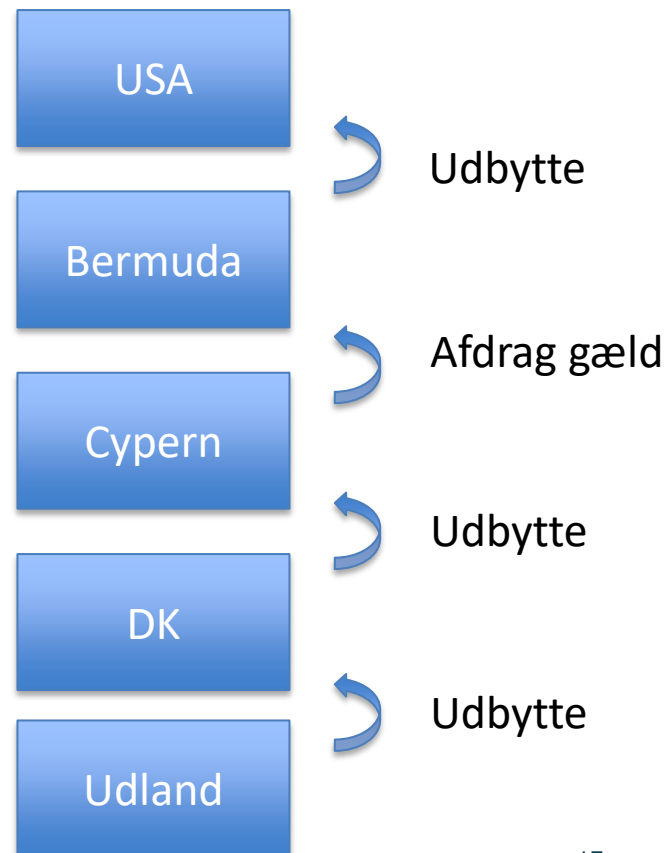
- Østre Landsret om DBO, art. 10, stk. 2 (fortsat)
  - OECD's kommentarer til 1977 og 2003 versionerne refereres
  - Østre Landsret finder ikke, at en forståelse "som anført ovenfor" ikke er i strid med ordlyd eller forarbejder til SEL § 2, stk. 1, litra c
    - Selskabet havde gjort gældende, at OECD's "udvidede kommentarer fra 2003" ikke kan inddrages ved fortolkningen
    - Østre Landsret anfører bl.a., at det forhold, at "rette indkomstmodtager" og "retmæssige ejer" ikke er anvendt sprogligt stringent, ikke fører til andet resultat



## SKM2021.304.ØLR - NetApp

### 1. Udbytte på 565.896.000 kr.

- **28/9 2005** DK vedtager udbytte
- **25/10 2005** modtager DK tilsvarende udbytte fra sit udenlandske datterselskab
- **27/10 2005** udbetaler DK udbyttet til Cypern
- **28/10 2005** Cypern overfører til Bermuda
  - Ikke som udbytte, men betaling af gæld
- **3/4 2006** overførsel af udbytte fra Bermuda til USA



# SKM2021.304.ØLR - NetApp

## 1. Udbytte på 565.896.000 kr. (fortsat)

Østre Landsret:

- Cypern blev indskudt for at udlodde skattefrit
- Cypern kunne alene tilbagebetale gæld ved at modtage udbytte

>>>

- Cypern ikke "retmæssige ejer" og DBO med Cypern art. 10, stk. 2, fører ikke til nedsættelse/bortfald af dansk udbytteskat
- "Kunstigt arrangement", hvor M/D-direktivet som udgangspunkt ikke kan anvendes

# SKM2021.304.ØLR - NetApp

## 1. Udbytte på 565.896.000 kr. (fortsat)

Østre Landsret om betydningen af DBO USA:

- Den retmæssige ejer af udbyttet kan påberåbe sig denne DBO som grundlag for skattnedsættelse, jf. pkt. 12.2 I OECD kommentaren (2003).
- Forudsat, at udbyttet skulle videre til USA, og udbyttet blev beskattet I USA
- Dette indebærer, at der ikke er retsmisbrug, hverken i forhold til DBO eller I forhold M/D-direktivet
  - Ændrer ikke herved, at Bermuda-selskabet disponerede over beløbet ved I 5 mdr. at investere i obligationer
  - Ændrer ikke herved, at det hypotetisk set havde været muligt at undlade at videreudlodde til USA

**>>> Derfor ikke kildebeskatning efter SEL § 2, stk. 1, litra c**

# SKM2021.304.ØLR - NetApp

## 1. Udbytte på 565.896.000 kr. (fortsat)

- Hvordan harmonerer Østre Landsrets begrundelse med formuleringen af SEL § 2, stk. 1, litra c?

*”Skattepligten omfatter **ikke** udbytte af datterselskabsaktier, ..., **når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafalde eller nedsættes** efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU .. **eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med ... den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.**”*

- “Moderselskabet” er vel(?) her Cypren-selskabet
- ØLR ’s begrundelse kan vanskeligt føre til, at der skal ske nedsættelse efter DBOen med Cypren, idet landsretten jo ikke anser Cypren-selskabet for “retmæssige ejer”, men uklart hvad ØLR mener herom
- ØLR ’s begrundelse må formentligt forstås sådan, at dansk udbytteskat bortfalder efter M/D-direktivet
  - Dette er i sig selv tilstrækkeligt til, at der ikke er dansk udbytteskat efter SEL § 2, stk. 1, litra c

# SKM2021.304.ØLR - NetApp

## 2. Udbytte på 92.012.000 kr.

### Østre Landsret

- Dette beløb var ikke en del af videreudlodningen til USA, hvorfor hverken M/D-direktivet eller DBOerne fører til bortfald af udbytteskat
- Der forelå ikke en administrativ praksis, som godkendte arrangementer som dette

ØLR om KSL § 69, stk. 1: hæfter for kildeskatten, medmindre selskabet "godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed"

- Kendte til de faktiske forhold, herunder formålet med at indskyde Cypern-selskabet.
- Uanset der ikke forelå endelig afklaring om hjemmel til at imødegå retsmisbrug, bliver selskabet ikke ansvarsfri efter KSL § 69, stk. 1

# SKM2021.304.ØLR - TDC

- Udbyttmodtager var en skattemæssigt transparent enhed
  - Dagældende 5. pkt. i SEL § 2, stk. 1, litra c:
  - skattepligten omfatter ikke *"udbytte, som oppebæres af deltagere i moderselskaber, der er optaget på listen over selskaber, der er omhandlet i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a, men som ved beskatning her i landet anses for at være transparente enheder"*

## Østre Landsret:

- Formålet var at skabe en ligestilling og ikke at give transparente selskaber en bedre stilling end andre udenlandske moderselskaber
- Det må lægges til grund, at udbyttet via Luxembourg er kanaliseret videre til kapitalfondene og evt. ultimativt til investorerne
- Hverken DBO Lux eller M/D-direktivet kan påberåbes

# SKM2021.304.ØLR

Hvem vandt?

Plesner:

- Østre Landsret gav NetApp medhold i al væsentlighed.

Kammeradvokaten:

- Landsrettens dom vedrører to sager om udlodning af udbytter fra henholdsvis TDC A/S og NetApp Denmark ApS til deres moderselskaber, som var hjemmehørende henholdsvis i Luxembourg og på Cypern.
- Ved dommen fik Skatteministeriet medhold i alle de spørgsmål – på nært et enkelt – som de to sager rejser.

Dommene er anket til Højesteret

# SKM2021.409.ØLR

## NetApp-dommen – forrentning af kildeskattekravet

- Efter at have vundet i LSR tilbød NetApp SKAT forgæves betaling af kildeskatten.

### ØLR (flertal):

- Det følger af opkrævningslovens § 7, stk. 1, at der skal betales renter som fastsat i bestemmelsen, hvis det skyldige beløb ikke betales rettidigt. Efter opkrævningslovens § 5, stk. 1, er sidste rettidige betalingsdag 14 dage efter påkrav.
- SKAT har afgivet påkrav om betaling den 17. september 2010.
- Skal forrentes efter bestemmelsen om saldoforretning i opkrævningslovens § 16 c, stk. 1, fra lovens ikrafttræden den 1. august 2013

### Mindretal (1):

- SKAT er afskåret fra at kræve forrentning af kravet i perioden efter H1 ApS' tilbud om betaling



# Udbytteskat - porteføljeaktier

Høringsudkast om nettoindeholdelse af udbytteskat for aktier m.v. registreret i en værdipapircentral

- Udkast sendt i høring 3. juli 2020
- Oplysninger om den enkelte udbyttmodtagers forhold skal foreligge før, der foretages nettoindeholdelse
- Aktionærens depotbank forestår registreringen af aktionæren hos skatteforvaltningen, som udsteder et unikt identifikationsnummer, som herefter kan benyttes til at identificere den pågældende aktionær samt aktionærens korrekte skatteprocent.
- Stikprøvekontrol fra skatteforvaltningen
- Hvis skatteforvaltningen konstaterer, at der er indeholdt for lidt udbytteskat, hæfter de kontoførende institutter og de registrerende depotbanker solidarisk og på objektivet grundlag for den korrekte udbytteskat
- Dele af lovforslaget skulle være trådt i kraft den 1. juli 2021

# Udbytteskat - porteføljeaktier

- Bemærkningerne til udkast til lovforslaget
  - Med lovforslaget foreslås det at indføre en mere robust og fremtidssikret udbyttemodel, hvor pengeinstitutterne tager større ansvar. Skatteministeren og Finans Danmark har således indgået en principaftale om en ny model for udbyttebeskatning.
  - Modellen skal ifølge rapporten optimalt sikre, at det kun er rette indkomstmodtagere af udbytter, der også er de skattemæssigt retmæssige ejere af udbytte, der kan opnå nettoindeholdelse eller refusion af udbytteskat
- Lyder som en fantastisk løsning!
  - Kan det fungere for skatteforvaltningen?
  - Kan bankerne leve med risikoen ved hæftelse?
  - Hvorfor har vi ikke hørt mere?

# Udbytteskat - porteføljeaktier

- ”Det skattemæssigt retmæssige ejerbegreb er en internationalt vedtaget standard, som bl.a. anvendes som kriterium ved fordelingen af beskatningen af udbytter i dobbeltbeskatningsoverenskomster.”
  - ØLR i SKM2021.304Ø
    1. DBOen indeholder ikke nogen definition
    2. Artikel 3, stk. 2 – intern ret
    3. Der foreligger ikke oplysninger om forhandlingerne med Cypren forud for indgåelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.
    4. Ved fortolkningen af begrebet ”retmæssig ejer” i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10, stk. 2, **finder landsretten det derfor relevant** at inddrage fortolkningsbidrag vedrørende den tilsvarende bestemmelse i OECD’s modeloverenskomst, der har anvendt begrebet ”retmæssig ejer” siden 1977

# Udbytteskat - porteføljeaktier

- ”Det er en grundlæggende præmis, at det sikres, at det er den, der **både er rette indkomstmottager** i relation til udbyttet **og den skattemæssigt retmæssige ejer** af udbyttet, der beskattes, så beskattningen sker med den korrekte skattesats. Hvis denne præmis ikke fastholdes, vil der være mulighed for – f.eks. via aktielån – at spekulere i at flytte ejerskabet for at nedsætte eller undgå dansk udbytteskat.”
  - Gælder der her en dobbelt betingelse?
    - Rette indkomstmottager (intern dansk skatteret)
    - Retmæssige ejer (DBO)
  - I en aktielåneaftale, hvem er så
    - Rette indkomstmottager – udviklet i dansk administrativ praksis
    - Retmæssige ejer - ??
  - SKM2021.304Ø
    - Rette indkomstmottager var Cypern-selskabet, men retmæssige ejer var ifølge ØLR USA-selskabet
    - I forhold til M/D-direktivet er argumentationen stringent, men..
    - I forhold til DBO – Gælder der en **dobbelt betingelse** om både at være rette indkomstmottager og retmæssige ejer?

# Niels Winther-Sørensen

Partner, professor, dr.jur. Corit Advisory og Aalborg Universitet

CORIT ADVISORY P/S  
LYNGBY HOVEDGADE 17, 2. SAL  
2800 KONGENS LYNGBY  
DENMARK

[WWW.CORIT-ADVISORY.COM](http://WWW.CORIT-ADVISORY.COM)

P: +45 5118 8083  
E: [nws@corit.dk](mailto:nws@corit.dk)

