

B215200T - JRH

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 20. december 2011 af Østre Landsrets 14. afdeling
(landsdommerne B. O. Jespersen, Olaf Tingleff og Katja Høegh).

14. afd. nr. B-2152-10:

Skatteministeriet

(Kammeradvokaten v/advokat Kim Lundgaard Hansen)

mod

FS Invest II S.á.r.l. (tidligere ISS EQUITY A/S)

(advokat Hans Severin Hansen)

Indholdsfortegnelse

SAGENS INDHOLD OG DE NEDLAGTE PÅSTANDE.....	3
SAGSFREMSTILLING.....	5
LANDSSKATTERETTENS KENDELSE.....	5
YDERLIGERE OPLYSNINGER OM TRANSAKTIONERNE.....	48
SKATS OPLÆGSSKRIVELSE.....	57
DE TO AFGØRELSER OM RENTESKAT OG RENTEFRADrag.....	58
DEN EFTERFØLGENDE SKATTEMÆSSIGE BEHANDLING AF FUSIONEN MELLEM ISS EQUITY A/S OG FS INVEST II S.Å.R.L.....	59
RETSGRUNDLAGET.....	60
DOBBELTBESKATNINGSOVERENSKOMSTEN MED LUXEMBOURG OG MODELBEKATNINGSOVERENSKOMSTERNE.....	60
BEMYNDIGELSELOVEN.....	66
DIREKTIV 90/435/EOF.....	66
DANSKE REGLER – KILDESKAT AF UDBYTTER OG RENTER.....	67
PROCEDURE.....	72
SKATTEMINISTERIET.....	72
FS INVEST II S.Å.R.L.....	78
RETTENS BEGRUNDELSE OG RESULTAT.....	86
"RETMÆSSIG EJER".....	86
SAGSOMKOSTNINGER.....	89
THI KENDES FOR RET :.....	89

Sagens indhold og de nedlagte påstande

SKAT Center for Store Selskaber traf den 15. maj 2009 afgørelse om, at ISS EQUITY A/S havde pligt til at indeholde udbytteskat med 1.552.376.000 kr. af udbytte på 5.544.200.000 kr. udbetalt til selskabets moderselskab i Luxembourg, FS Invest II S.à.r.l., efter kildeskattelovens § 65, stk. 1 og 5, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra, c.

I en kendelse af 3. marts 2010 gav Landsskatteretten ISS EQUITY A/S medhold i, at udbyttet ikke er skattepligtigt.

Kendelsen blev den 2. juni 2010 indbragt for Københavns Byret af Skatteministeriet med påstand om, at ISS EQUITY A/S skulle anses for forpligtet til at indeholde udbytteskatten. Byretten henviste ved kendelse af 13. juli 2010 sagen til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

ISS EQUITY A/S fusionerede med virkning fra den 1. januar 2010 med sit luxembourgske moderselskab, FS Invest II S.à.r.l., med moderselskabet som det fortsættende selskab, og dermed også som den sagsøgte i denne sag.

Skatteministeriet har endeligt nedlagt påstand om, at FS Invest II S.à.r.l. skal anerkende, at der er pligt til at indeholde udbytteskat med 1.552.376.000 kr. svarende til 28 % af udbyttet på 5.544.200.000 kr., der den 10. maj 2005 blev besluttet udloddet fra ISS EQUITY A/S til FS Invest II S.à.r.l., samt at FS Invest II S.à.r.l. hæfter for indbetalingen af det ikke indeholdte beløb, der skal forrentes i overensstemmelse med skatte Lovgivningens almindelige regler.

FS Invest II S.à.r.l. har påstået frifindelse.

Skatteministeriet synspunkt er, at det luxembourgske moderselskab, FS Invest II S.à.r.l., er et ”gennemstrømningselskab”, idet de bagvedliggende ejere, som er de ultimative modtagere af udbyttet, i et vist omfang må antages at være hjemmehørende i ikke EU-lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Konsekvensen heraf er efter Skatteministeriets opfattelse, at moderselskaberne ikke er ”retmæssig ejer” af det modtagne udbytte, jf. artikel 10, stk. 2, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. Det danske datterselskab, ISS EQUITY A/S, skulle derfor have indeholdt kildeskate

i forbindelse med udbetalingen. Da dette ikke er sket, gør Skatteministeriet gældende, at ISS EQUITY A/S, nu FS Invest II S.à.r.l., hæfter for betalingen af kildeskatten, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1, fordi selskabet har handlet forsømmeligt ved at undlade at indeholde udbytteskatten.

SKAT har rejst en række lignende sager mod andre danske selskaber, som skattefrit har udloddet udbytte eller betalt renter til deres moderselskaber, der er hjemmehørende i andre EU-lande eller lande, med hvilke Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst (såkaldte "beneficial owner"/"retmæssig ejer" sager). Dette er den første sag, der behandles ved domstolene.

Sagsfremstilling

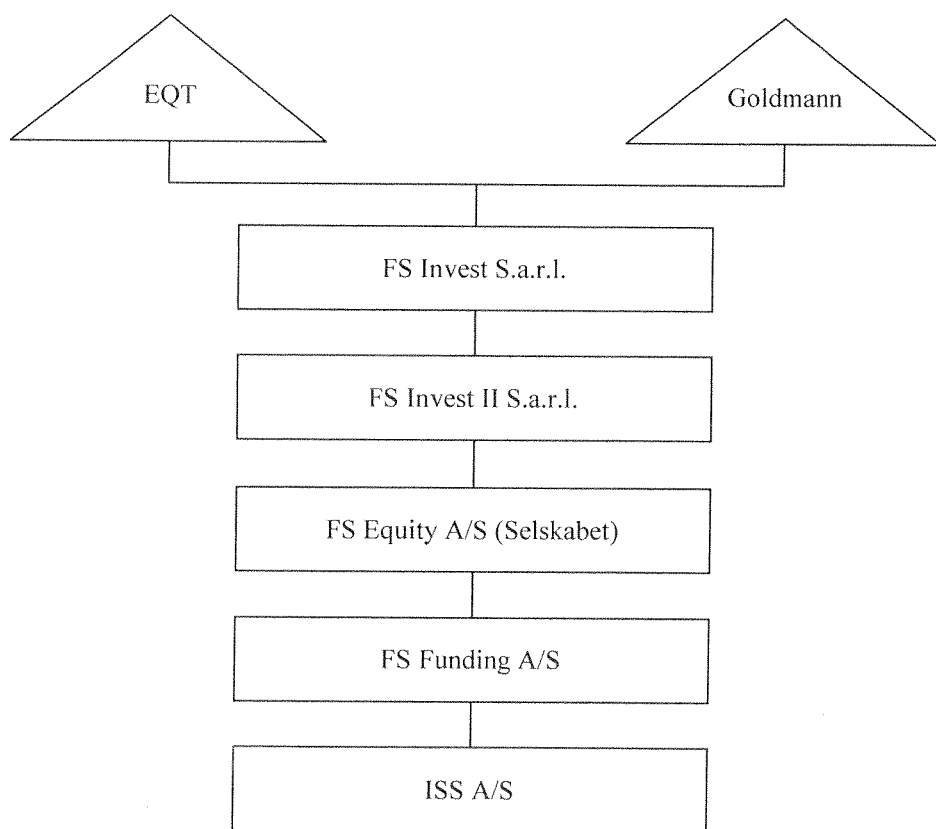
Landsskatterettens kendelse

Det fremgår af Landsskatterettens kendelse af 3. marts 2010:

” ...

Sagens oplysninger

En række kapitalfonde under henholdsvis EQT og Goldman Sachs købte i maj/juni 2005 det dengang børsnoterede selskab, ISS A/S, via følgende ejerstruktur:



Om kapitalfondene er det oplyst, at der er tale om aktionærgrupper i form af:

- 4 Limited Partnerships etableret i Delaware,
 - 2 Limited Partnerships etableret på Guernsey,
 - 2 Limited Partnerships (KG) etableret i Tyskland og
 - 1 Limited Liability Company etableret på Bermuda.
- De umiddelbare investorer i de forskellige kapitalfonde udgør ifølge repræsentanten flere hundrede institutionelle investorer, herunder pensionskasser, pen-

geinstitutter, investeringsforeninger og -selskaber, andre kapitalfonde ("fund of funds"), en række selskaber og hundredvis af privatpersoner.

Alle fire holdingselskaber har som eneste aktivitet at eje og finansiere deres datterselskab.

FS Funding A/S fremsatte den 29. marts 2005 et frivilligt betinget offentligt købstilbud til aktionærerne i ISS A/S om køb af aktierne for kurs 470. FS Funding A/S skulle fungere som holdingselskab for ISS A/S. FS Funding A/S har ikke haft nogen aktivitet siden dets stiftelse den 11. marts 2005.

Den 28. marts 2005 underskrev FS Funding A/S de aftaler om kreditfaciliteter, som var nødvendige for købet af ISS A/S. Der var tale om tre lånepakker med lånerammer op til 21,2 mia. DKK: 1. Senior Facilities, 2. Subordinated High Yield Bridging Loan Facility, og 3. PIK Bridging Loan Facility. Ifølge alle tre låneaftaler var det en betingelse, at investorerne indskød 7.693 mia. DKK, og beløbet skulle være indbetalt dagen før accept af købet af ISS A/S.

Det frivillige tilbud udløb den 3. maj 2005, og den 9. maj 2005 meddelte selskabet, at alle betingelser var opfyldt eller frafaldet, og at købstilbuddet ville blive gennemført, da selskabet havde opnået tilsagn fra aktionærer svarende til 91,55 pct. af selskabets aktiekapital. Den 13. maj 2005 fremsatte FS Funding A/S et pligtmæssigt offentligt købstilbud på de resterende aktier i ISS A/S, som udløb den 10. juni 2005. Efter udløbet heraf besad FS Funding A/S 98,30 pct. af aktiekapitalen i ISS A/S.

Den 4. maj 2005 blev FS Equity A/S (Selskabet) stiftet af EQT III. I forbindelse med stiftelsen blev FS Funding A/S apportindskudt, således at FS Funding A/S blev et helejet datterselskab af Selskabet. Samme dag solgte EQT III aktier i Selskabet til EQT IV og Goldman Sachs i det forhold, som de tre aktionærgrupper havde aftalt, nemlig 45,3 % til EQT IV og 45 % til Goldman Sachs. EQT III beholdt 9,7 %.

Den 9. maj 2005 blev aktiekapitalen i Selskabet forhøjet med nominelt 99,1 mio. DKK ved kontantindskud af i alt 7,702 mia. DKK. De nye aktier tegnedes af de tre kapitalfonde EQT III, EQT IV og Goldman Sachs i forhold til deres hidtidige ejerforhold. Selskabet tiltrådte ligeledes den 9. maj 2005 den tredje lånepakke, nemlig PIK Bridging Loan Facility Agreement som låntager. Selskabet trak 750 mio. DKK på lånet, som Selskabet videreudlånte til FS Funding A/S på tilsvarende lånevilkår ifølge lånedokument dateret den 11. maj 2005.

Ligeledes den 9. maj 2005 indskød EQT III, EQT IV og Goldman Sachs bl.a. alle deres aktier i Selskabet i FS Invest S.a.r.l. mod vederlag i aktier i FS Invest S.a.r.l. Samme dag indskød FS Invest S.a.r.l. alle aktiver og passiver, herunder samtlige aktier i Selskabet, i FS Invest II S.a.r.l. mod vederlag i aktier i FS Invest II S.a.r.l. Samme dag forhøjedes kapitalen i FS Invest S.a.r.l. med nominelt 1.510.839.400 DKK.

Den 10. maj 2005 blev der aflagt årsrapport for Selskabets første regnskabsår for perioden 4. – 9. maj 2005. Samme dag blev der afholdt ordinær generalfor-

samling i Selskabet, hvor det blev besluttet at udbetale udbytte på 5.544,2 mio. DKK til moderselskabet, FS Invest II S.a.r.l.

Ligeledes den 10. maj 2005 ydede FS Invest II S.a.r.l. to lån til Selskabet – et konvertibelt lån på 5,5 mia. DKK og et ikke-konvertibelt lån på 37,2 mio. DKK.

Der er fremlagt kontoudtog fra FS Invest II S.a.r.l.s konto i Danske Bank, hvoraf fremgår, at selskabets konto den 10. maj 2005 er krediteret et beløb på 5.544,2 mio. DKK, og samme dag efterfølgende er debiteret to beløb på henholdsvis 37,2 mio. DKK og 5,5 mio. DKK. Det fremgår, at overførslerne er sket til og fra Selskabet. Der er desuden fremlagt kontoudtog fra Selskabets konto i Danske Bank, hvoraf samme overførsler fremgår.

Ligeledes den 10. maj 2005 foretog Selskabet en forhøjelse af aktiekapitalen i FS Funding A/S på nom. 99 mio. DKK ved kontant indbetaling af 7.692.993.000 DKK.

Den 31. december 2005 blev det konvertible lån på 5,5 mia. DKK med påløbne renter på i alt 359.027.778 DKK konverteret til aktier i Selskabet.

Ud over renter på 359.027.778 DKK på det konvertible lån var der yderligere påløbet renter på lånet på 37,2 mio. DKK på i alt 2.428.333 DKK, således at der på de to lån tilsammen var påløbet renter på 361.456.111 DKK.

Vedrørende banklånene har Selskabets repræsentant oplyst, at lånene i henhold til Senior Facilities Agreement blev optaget af FS Funding A/S. Disse lån blev oprindeligt sikret ved 1. prioritetspant i aktierne i ISS A/S samt pant i FS Funding A/S' bankkonti.

En del af lånene i henhold til Senior Facilities Agreement blev senere overdraget til ISS Global A/S (datterselskab til ISS A/S) og dets datterselskaber. Disse lån blev sikret ved pant i ISS A/S' varemærker mv., samt pant i aktier, tilgodehavender, bankkonti og visse andre aktiver tilhørende ISS Global A/S og en række af dets datterselskaber. Aktierne i ISS Global A/S er ikke pantsat.

Lånene i henhold til Subordinated High Yield Bridging Loan Facility Agreement blev optaget af FS Equity A/S (Selskabet) og blev sikret ved et 2. prioritetspant i aktierne i ISS A/S.

Lånet i henhold til Subordinated PIK Bridging Facility Agreement blev ligeledes optaget af Selskabet og var strukturelt og kontraktuelt subordineret i forhold til lånene under Subordinated High Yield Bridging Loan Facility Agreement og Senior Facility Agreement, og der blev ikke stillet sikkerhed for disse lån.

Om de luxembourgske selskaber er det oplyst, at de har registreret adresse i Luxembourg, at de ikke har ansatte, at den daglige "administration and accounting" varetages af et selskab i Goldman Sachs gruppen, og at de ledes af et Board of Managers bestående af 2 Class A Managers (udpeget af Goldman Sachs-fondene) og 2 Class B managers (udpeget af EQT-fondene), der er identiske i de to selskaber.

Selskabets repræsentant har oplyst, at til brug for Goldman Sachs' investeringer i Europa anvendes af praktiske årsager som udgangspunkt en luxembourgsk holdingkonstruktion. Det vil sige, at der etableres et nyt holdingselskab ved enhver ny akkvisition. Det samme er sædvanligvis tilfældet for EQT's investeringer.

Til at udføre den daglige administration af disse forskellige holdingselskaber har Goldman Sachs etableret et såkaldt silent partnership. Formålet med dette silent partnership er at etablere en omkostningseffektiv fælles administration af Goldman Sachs' europæiske investeringer. Silent partnership – der i 2005 havde ca. 10 deltagere – ledes af en executive partner, Goldman Sachs I Mezzanine Partners II Luxembourg S.a.r.l., der har bemyndigelse til at indgå aftaler om bl.a. leje af lokaler, kontorudstyr, ansættelser, service m.v. Aftalerne indgås i eget navn, men internt er de enkelte silent partners forpligtede heraf. Silent partners deler årets udgifter mellem sig i forhold til antallet af deltagere.

Såvel FS Invest II S.a.r.l. som FS Invest S.a.r.l. er indtrådt som silent partners i forbindelse med købet af ISS A/S.

Selskaberne har således ikke selv ansatte til at varetage den daglige administration, idet denne varetages af de ansatte i Goldman Sachs I Mezzanine Partners II Luxembourg S.a.r.l. Administrationsselskabet, der i dag er erstattet med et andet, GS Lux Management Services S.a.r.l., beskæftiger nogle få personer, og selskabets opgaver består bl.a. i opbevaring og førelse af lovpligtige aktionærfortegnelser, bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, fakturering, bogføring, udarbejdelse af regnskaber, afholdelse af møder og generalforsamlinger, kontakt til myndigheder osv.

Selskaberne har i 2005 hver udgiftsført 23.240 DKK og 2.628 DKK vedrørende ”staff costs”, hvilke beløb udgør en del af selskabernes betaling til det omtalte administrationsselskab. Den totale udgift til generalomkostninger afholdt gennem silent partnership udgjorde 10.943 EUR per selskab, og den resterende del af disse udgifter er indeholdt i posten ”External charges”. Disse eksterne udgifter består i øvrigt af udgifter til advokat, notarialudgifter m.v., som alene vedrører disse selskabers investeringer.

Selskaberne afholder ca. tre bestyrelsesmøder og en generalforsamling om året.

SKAT Center for Store Selskabers afgørelse

Selskabet skulle have indeholdt udbytteskat af udbytte til moderselskabet med 1.552.376.000 kr.

Det følger af selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c, at udbytter fra danske selskaber, der udbetales til udenlandske selskaber, er begrænset skattepligtige her til landet medmindre en sådan beskatning skal frafalde efter EU's moder/datterselskabsdirektiv, direktiv 90/435 EØF eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Hverken direktivet eller den dansk/luxembourgiske DBO, bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982 af dobbeltbeskatningsoverenskomst af 17. november 1980, afskærer Danmark fra at beskatte udbyttebeløbet, idet FS Invest II S.a.r.l., Luxembourg, ikke kan anses for ”beneficial owner” af udbyttebeløbet.

Den dansk/luxembourgiske DBO, bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982 af dobbeltbeskatningsoverenskomst af 17. november 1980

Ovennævnte DBO mellem Danmark og Luxembourg må fortolkes i lyset af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst. I kommentarerne til modeloverenskomsten er spørgsmålet om forståelsen af udtrykket "beneficial owner" oversat til: "retmæssig ejer" nu navnlig behandlet i punkt 12, 12.1 og 12.2, til artikel 10, hvori det (med SKATs fremhævninger) er anført:

12. Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i art 10, stk. 2, for at tydeliggøre betydningen af ordene "betalt til en person, der er hjemmehørende" således som de anvendes i artiklens stk. 1. Det gøres herved klart, at **kildestaten ikke er forpligtet** til at give afkald på sin beskatningsret til udbytteindkomst, blot fordi indkomsten umiddelbart blev betalt til en person, der er hjemmehørende i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en overenskomst. **Udtrykket retmæssig ejer er ikke 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.**

12.1 Når en indkomst betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat og som handler i sin egenskab af agent eller mellemmand, vil det ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, at kildestaten indrømmer lempelse eller skattefritagelse alene på grundlag af den umiddelbare indkomstmodtagers status som en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Den umiddelbare indkomstmodtager er i denne situation en person, der er hjemmehørende i den anden stat, men ingen dobbeltbeskatning opstår som følge heraf, da indkomstmodtageren ikke anses for ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvori han er hjemmehørende. Det ville ligeledes **ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle indrømme lempelse af eller fritagelse for skat** i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som agent eller mellemmand, **blot fungerer som "gennemstrømningsenhed" (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst.** Af disse grunde konkluderer den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", 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.

12.2 Med forbehold af artiklens andre betingelser vedbliver begrænsningen i kildestatens beskatningsret at eksistere, når en agent eller en mellemmand, hjemmehørende i en kontraherende stat eller i en tredjestat, er indskudt mellem den berettigede og betaleren, medmindre den retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. (Modelteksten blev ændret i 1995 for at tydeliggøre dette punkt, som er i overensstemmelse med alle medlemsstaternes opfattelse). Stater, der ønsker at udtrykke dette tydeligere, kan frit gøre det under bilaterale forhandlinger.

Af kommentarerne fremgår, at DBO'en ikke i sig selv afskærer/begrænser kildestatsbeskatning af udbytter, medmindre den retmæssige ejer af udbytterne er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Afgørende for fastlæggelsen af "den retmæssige ejer" er efter kommentarerne, om den formelle rentemodtager

blot fungerer som ”gennemstrømningsenhed” (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst.

Kommentarerne til modelkonventionen må 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 beløbsmodtagers manglende beføjelse til selv at råde over de udbetalte beløb, idet de bagvedliggende ejere fuldstændigt afgør, hvordan der skal forholdes med indkomne beløb. Denne fortolkning bekræftes også af den i kommentarerne omtalte rapport fra Committee of Fiscal Affairs.

Det er ikke opfattelsen, at holdingselskabskonstruktioner aldrig skal respekteres, således at et udbytte- eller rentemodtagende holdingselskab ikke kan påberåbe sig en DBO indgået med kildelandet med henblik på fritagelse for eller begrænsning af kildelandsbeskatning.

En DBO afskærer dog ikke kildelandsbeskatning, når de bagvedliggende ejere – som ikke selv er hjemmehørende i et land, hvormed der er indgået en DBO – 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.

Som eksempel på, at et land har nægtet at anvende en DBO bygget over OECD's modeloverenskomst kan henvises til en afgørelse fra den schweiziske Højesteret som er omtalt og refereret i svaret på spørgsmål 7 til folketingets skatteudvalg af 21. november 2006 vedrørende L 30. I sagen nægtedes et schweizisk selskab overenskomstfordele, idet domstolen fandt det afgørende, at det danske selskab angiveligt var et postkasseselskab og ikke havde nogen erhvervmæssige grunde – bortset fra de skattemæssige – til at være etableret i Danmark. Det danske holdingselskab ansås ikke for retmæssig ejer af indkomsten.

Sammenfattende anses FS Invest II S.a.r.l. ikke for beneficial owner, da selskabet ikke har nogen aktiviteter, og da selskabet ikke har nogen selvstændig ret til at disponere over udbyttebeløbene. Da FS Invest II S.a.r.l. 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. Tværtimod ses der ikke at være noget kommercielt formål med indskydelsen af det mellemliggende holdingselskab, som derfor ikke ses at have andet formål end at søge at undgå dansk kildestatsbeskatning (eller opnå andre skattemæssige fordele).

EU-retten

EF-Domstolens praksis er, at der 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 kom-

mercielt formål”, jf. Europa-Kommissionens fortolkning af “Rent kunstige arrangementer” offentliggjort i EUT 2008, C 116/13.

Denne fortolkning har støtte i retspraksis fra EF-Domstolen, jf. bl.a. Cadbury Schweppes-dommen (sag C-196/04, Cadbury Schweppes, Saml. 2006, s. 1-7995) og Halifaxdommen (sag C-255/02, Halifax, Saml. 2006, s. 1-1609).

EU-retten kan derfor ikke i videre omfang end de på Modeloverenskomsten baserede DBO'er anses at afskære Danmark fra at gennemføre en kildestatsbeskatning af renter og udbytter, når de pågældende beløbs retmæssige ejere er personer hjemmehørende uden for EU.

Sammenfattende er det opfattelsen, at FS Invest II S.a.r.l. ikke er beneficial owner, da selskabet ikke har nogen aktiviteter, og da selskabet ikke har nogen selvstændig ret til at disponere over udbyttebeløbene. Da FS Invest II S.a.r.l., Luxembourg 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 EU-retten – herunder EU-retlige direktiver – ikke at afskære Danmark fra at gennemføre en kildestatsbeskatning. Tværtimod ses der ikke at være noget kommercielt formål med indskydelsen af det mellemliggende holdingselskab, som derfor ikke ses at have andet formål end at søge at undgå dansk kildestatsbeskatning (eller opnå andre skattemæssige fordele).

Manglende selvstændig disponeringsret i FS Invest II S.a.r.l.

Udlodningen og det samtidige genudlån af næsten hele det udloddede beløb, der fandt sted den 10. maj 2005, anses at udgøre en på forhånd af de bagvedliggende ejere fastlagt pengestrøm, således at FS Invest II 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.

Selskabets repræsentant har anført, at det oprindeligt var forudsat, at investorernes indskud på 7.693 mio. DKK skulle have været indskudt i Luxembourg-selskaberne og herefter downstreamed via FS Equity A/S til FS Funding A/S. Det var i den forbindelse planlagt, at FS Invest II S.a.r.l. delvist skulle tilvejebringe midlerne i FS Equity A/S ved at udstede et ansvarligt konvertibelt lån på 5,5 mia. DKK og et almindeligt lån på 37,2 mio. DKK.

Investorerne valgte imidlertid i stedet at indskyde kapital direkte i FS Equity A/S og først herefter etablere den luxembourgske del af koncernstrukturen ved successive aktieombytninger. Baggrunden for at investorerne valgte at indskyde kontantbeløbet på 7,702 mia. DKK direkte i FS Equity A/S i stedet for via de luxembourgske selskaber var ifølge repræsentanten, at en tilførsel af kapital til de luxembourgske selskaber ville have udløst en meget betydelig og for opnåelsen af den ønskede kapitalstruktur helt unødvendig kapitaltilførselsafgift i Luxembourg.

Det må derfor i overensstemmelse med de afgivne oplysninger konstateres, at det på forhånd var besluttet af de bagvedliggende ejere (“investorerne”), præcist hvorledes der skulle forholdes med det beløb, der den 10. maj 2005 blev udloddet til FS Invest II S.a.r.l. Der er heller intet, der tyder på, at der på noget

tidspunkt har været truffet nogen beslutning af det luxembourgske selskab om genudlånet, selv om alle beslutninger truffet på "board meetings" angiveligt er blevet fremsendt.

Af de oprindelige lånedokumenter fremgår det desuden flere steder, at denne koncerninterne lånemanøvre har været planlagt fra start. F.eks. skelnes der ikke mellem om kapitalfondenes egenfinansiering på mindst 7.693.000.000 DKK placeres som aktiekapital eller som efterstillet aktionærlån. Dette fremgår af Lånedokumentet PIK Bridging Loan Agreement, side 107.

Selskabets påstand og argumenter

Selskabets repræsentant har nedlagt påstand om, at selskabets indeholdelsespligt vedrørende udbytte til moderselskabet ophæves.

Til støtte for den nedlagte påstand gøres det overordnet gældende, at hverken FS Invest II S.a.r.l. eller de bagvedliggende ejere (de ultimative investorer i kapitalfondene) er begrænset skattepligtige til Danmark af det omhandlede udbytte til FS Invest II S.a.r.l., jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg og moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF).

Det gøres hertil gældende, at FS Invest II S.a.r.l. er beneficial owner (retmæssig ejer) af det modtagne udbytte i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand.

Det gøres videre gældende, at FS Invest II S.a.r.l. har et ubetinget krav på skattefrihed for udbyttet i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet.

Subsidiært gøres det gældende, at SKATs afgørelse er udtryk for en skærpelse af en fast administrativ praksis med tilbagevirkende kraft, og at en sådan ikke lovligt kan gennemføres uden et passende varsel.

Selskabsskattelovens 2, stk. 1, litra c

Reglerne om udenlandske selskabers begrænsede skattepligt af udbytte udloddet fra danske selskaber fremgår af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Den begrænsede skattepligt omfatter ikke udbytte, som oppebæres af et moderselskab, der ejer mindst 20 % (2005) af aktiekapitalen i et datterselskab i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal ligge. Disse betingelser, der svarer til de betingelser, som skal være opfyldt, for at et dansk moderselskab kan modtage skattefrit udbytte, er opfyldt i nærværende sag.

Det er herudover en betingelse, at beskatningen af udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet eller i en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Hvis blot udbyttebeskatningen skal lempes efter én af disse retsfor skrifter, foreligger der således ikke begrænset skattepligt.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg

Den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 17. november 1980 indeholder i artikel 10 følgende bestemmelse om fordelingen af beskatningsretten til udbytte:

1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne anden stat.
2. Sådant udbytte kan imidlertid også beskattes i den kontraherende stat, hvori det selskab, der betaler udbyttet, er hjemmehørende, og i henhold til lovgivningen i denne stat, men den skat, der pålægges, må, såfremt modtageren er udbyttets retmæssige ejer, ikke overstige:
 - a) 5 pct. af bruttobeløbet af udbyttet, hvis den retsmæssige ejer er et selskab (bortset fra et interessentskab og et kommanditselskab), der direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet;
 - b) 15 pct. af bruttobeløbet af udbyttet i alle andre tilfælde. (Repræsentantens understregning).

Bestemmelsen svarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst fra 1977.

Begrebet "beneficial owner" er hverken defineret i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller i modeloverenskomsten. I OECD'S kommentarer til 1977-modeloverenskomsten, punkt 12, er det om begrebet anført:

Efter stk. 2 finder begrænsningen af beskatningen i kildestaten ikke anvendelse i tilfælde, hvor en mellemmand, såsom en agent eller en særligt udpeget person, er indskudt mellem modtager og betaler, medmindre den retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Stater, der ønsker at gøre dette klarere, kan frit gøre det under bilaterale forhandlinger. (Repræsentantens understregninger).

Da FS Invest II S.a.r.l. hverken er "agent" eller "nominee" for de ultimative ejere, er det efter 1977-kommentarerne klart, at FS Invest II S.a.r.l. er "retmæssig ejer".

Medens artikel 10 i den nugældende modeloverenskomst i det væsentlige svarer til bestemmelsen i 1977-versionen, er kommentarerne til beneficial owner-begrebet blevet udvidet betydeligt over årene. Det af SKAT påberåbte punkt 12 i kommentarerne fik sit nuværende indhold ved revisionen i 2003.

Det er i dansk skatteretlig praksis antaget, at OECD's kommentarer til modeloverenskomsten kan inddrages ved fortolkningen af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster. Udgangspunktet er, at der ved fortolkningen skal tages udgangspunkt i den version af modeloverenskomsten med kommentarer, som var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den konkrete overenskomst. Såfremt nye kommentarer er udtryk for en ændring i forhold til tidligere versioner – og ikke blot en præcisering – kan de nye kommentarer til modeloverenskomsten ikke lægges til grund.

Det er altså et selvstændigt spørgsmål, om de udvidede kommentarer fra 2003 er udtryk for en ændring eller en præcisering. Da heller ikke de nye kommentarer støtter SKATs synspunkt i nærværende sag, følges spørgsmålet imidlertid ikke nærmere her.

”Gennemstrømningselskaber”

Det af SKAT påberåbte punkt 12 i kommentarerne er udvidet ved revisionen i 2003. Nyt i forhold til tidligere versioner af kommentarerne er bemærkningen om, at udtrykket ”retmæssig ejer” ikke er anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhæng med og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.

Dette uddybes i punkt 12.1 med, at det for det første ikke ville være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildelandet skulle give lempelse ved betaling til en agent eller mellemmand (“agent or nominee”), idet denne ikke er ejer af indkomsten og dermed ikke beskattes i sit domicilland, hvorfor der ikke opstår dobbeltbeskatning. Dette svarer til kommentaren til 1977-modeloverenskomsten.

For det andet udtales om ”conduit companies”:

Det ville ligeledes ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildelandet skulle indrømme lempelse af eller fritagelse for skat i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som agent eller mellemmand, blot fungerer som ”gennemstrømningsenhed” (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. Af disse grunde konkluderer den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport ”Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, 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. (Repræsentantens understregning).

I nærværende sag har ES Invest II S.a.r.l. ikke videreudloddet det modtagne udbytte til de bagvedliggende ejere. Tværtimod, har FS Invest II S.a.r.l. beholdt dette udbytte. Selskabet benyttede således det udloddede beløb til et udlån til FS Equity A/S og konverterede tilmed senere i 2005 tilgodehavendet til aktiekapital. Det beløb, som FS Invest II S.a.r.l. modtog i udbytte, blev således geninvesteret i FS Equity A/S og udgør fortsat en del af egenkapitalen i FS Invest II S.a.r.l. Faktisk er der på intet tidspunkt siden købet af ISS A/S i 2005 udloddet udbytte til de bagvedliggende ejere. FS Invest II S.a.r.l. har dermed ikke fungeret som en gennemstrømningsenhed (conduit).

Det fremgår udtrykkeligt af kommentarerne, at det er et nødvendigt element i gennemstrømnings-betragtningen, at der er ”en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst” (“another person who in fact receives the benefit of the income concerned”).

At det kræves, at udbyttet viderekaliseres til de bagvedliggende ejere, fremgår også forudsætningsvis af kommentarernes punkt 22, der netop omtaler den situation, hvor et mellemliggende udenlandsk holdingselskab efter sin praksis undlader at udbetale sin fortjeneste i form af udbytte til de bagvedliggende ejere, (og selskabet i øvrigt nyder en begunstigende skattemæssig behandling i det pågældende land). Kommentarerne anbefaler, at der bilateralt træffes aftale om særlige undtagelser fra artikel 10 i denne situation, hvilket klart viser, at det mellemliggende holdingselskab forudsættes at være beneficial owner.

Af rapporten fra Committee on Fiscal Affairs afsnit I. A. 2 fremgår:

This report deals with the most important situation of this kind, where a company situated in a treaty country is acting as a conduit for channelling income economically accruing to a person in another State who is thereby able to take advantage "improperly" of the benefits provided by a tax treaty. (Repræsentantens understregning).

Som det fremgår at udtrykket "conduit for channelling income", er det en forudsætning, at beløbet viderekaliseres til den, som hævdes at være beneficial owner af indkomsten. Når rapporten således i det følgende omtaler et conduit company, er det forudsat, at dette viderekaliserer beløbet til the beneficial owner. Dette gælder også for følgende udtalelse i rapporten, hvortil kommentarenes punkt 12.1, som ovenfor gengivet, direkte henviser:

The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company). In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary. although this may indicate that further examination is necessary. (Repræsentantens understregninger),

Der er således hverken i kommentarerne eller i rapporten fra Committee on Fiscal Affairs noget holdepunkt for at antage, at det ikke er afgørende, om udbyttebeløbene er blevet videreført til de bagvedliggende ejere. Pointen er jo, at udbytteerne skal være kommet den retmæssige ejer (beneficial owner) til gode.

Skatteministeriet er af samme opfattelse. Der henvises i den forbindelse til SKM 2008.728 DEP (Skatteministeriets kommentarer til en henvendelse fra FSR), hvor ministeriet på s. 20 har svaret følgende på et spørgsmål om betydningen at begrebet "gennemstrømningsselskab" i relation til de nye regler om skattefrihed for tilskud:

Skatteministeriet har vanskeligt ved at se, hvordan det i det nævnte eksempel kan påvises, at Cayman Island-selskabet er et gennemstrømningsselskab, idet der - i modsætning til det omtalte eksempel i bilag 26 til L 213 - ikke rent faktisk føres en pengestrøm gennem Cayman Island-selskabet. (Repræsentantens understregning).

SKATs synspunkt om, at det ikke i sig selv er afgørende, at udbyttebeløbene ikke umiddelbart er blevet videreført til de bagvedliggende ejere, er således forkert. Allerede af denne grund må FS Invest II S.a.r.l. anses for retmæssig ejer af det udloddede beløb.

Rådighed over udbyttet

SKATs væsentligste begrundelse for ikke at anse FS Invest II S.a.r.l. for at være retmæssig ejer af det omhandlede udbytte er, at selskabet – efter SKATs opfattelse – har manglet beføjelse til selv at råde over udbyttet.

Den første kommentar hertil er, at det jo er ganske rigtigt, at kommentarerne til modeloverenskomsten i punkt 12.1 har adopteret Committee on Fiscal Affairs' konklusion, hvorefter

et "gennemstrømningsselskab" 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. (Repræsentantens understregning).

Omfanget af rådighedsretten er således ét af de elementer, som kan indgå i vurderingen af, om et gennemstrømningsselskab er den retmæssige ejer af indkomsten, men FS Invest II S.a.r.l. er netop ikke et gennemstrømningsselskab.

Pointen i kommentarerne er altså, at når det udbyttemodtagende selskab har viderekanaliseret det modtagne udbytte til de bagvedliggende ejere, kan der – ved vurderingen af, om selskabet er retmæssig ejer – lægges vægt på, om dette er et udslag af, at de bagvedliggende ejere har indskrænket selskabets rådighed over udbyttet. De bagvedliggende ejeres beslutning om, at det modtagne udbytte skal forblive i mellemholdingselskabet, gør ikke de bagvedliggende ejere til retmæssige ejere af udbyttet.

SKAT har således overset, at den manglende rådighedsret over udbyttet skal have relation til viderekanaliseringen af udbyttet til de bagvedliggende ejere.

FS Invest II S.a.r.l., der er ejer af samtlige aktier i FS Equity A/S, har på en generalforsamling i FS Equity A/S den 10. maj 2005 har truffet beslutning om udlodning af et beløb på ca. 5,5 mia. DKK, og FS Invest II S.a.r.l. har samme dag truffet beslutning om at udlåne et næsten tilsvarende beløb til FS Equity A/S. FS Invest II S.a.r.l. har således fået den fulde glæde af det udloddede beløb, som den dag i dag fortsat indgår i selskabets egenkapital. Omvendt har de bagvedliggende ejere ingen som helst glæde haft af udlodningen.

Heraf følger også, at FS Invest II S.a.r.l.s eventuelle kreditorer kan søge sig fyldestgjort i den værdi, som udlodningen repræsenterer.

Det kan uden videre lægges til grund, at hverken beslutningen om at stemme for udlodningen af et udbytte på 5,5 mia. DKK eller om at udlåne beløbet til ES Equity A/S er spontane ledelsesbeslutninger i FS Invest II S.a.r.l. Alle større beslutninger i en hvilken som helst koncern – f.eks. om køb af selskaber, større udlodninger, etablering af finansieringsstruktur mv. – træffes i første omgang af topledelsen i koncernen. Herefter gennemføres beslutningerne af de relevante selskabsorganer i de respektive selskaber. Hverken de enkelte selskaber som sådan eller de enkelte ledelsesmedlemmer er, som udgangspunkt, forpligtede til at gennemføre de planlagte beslutninger, men vægring herved kan naturligvis føre til, at de pågældende medlemmer udskiftes i overensstemmelse med selskabslovenes regler. Det kan ikke være således, at det, der er en sædvanlig beslutningsprocedure i enhver koncern, automatisk diskvalificerer koncernens datterselskaber fra at være retmæssige ejere af modtagne udbytter.

Det er vanskeligt – for ikke at sige umuligt – at pege på et mellemliggende holdingselskab, som SKAT vil kunne acceptere som retmæssig ejer af et udbyt-

te. Hvad enten dette udbytte skal anvendes af selskabet selv – f.eks. til køb af en virksomhed – eller skal viderekaliseres til de bagvedliggende ejere, fører SKATs opfattelse således til, at holdingselskabet ikke er retmæssig ejer.

Autonom eller internretlig fortolkning – princippet om rette indkomstmodtager

Begrebet "beneficial owner" er overtaget fra common law retstraditionen (først og fremmest UK og USA), som opererer med en sondring mellem økonomisk og juridisk ejerskab, hvor beneficial owner vedrører det økonomiske ejerskab.

I civil law lande (herunder Danmark) anvendes ikke en tilsvarende sondring mellem økonomisk og juridisk ejerskab. I dansk skatteret anses den samlede ejendomsret som alt overvejende hovedregel for at være placeret hos samme person. Ved fastlæggelsen af, hvem der i skattemæssig forstand er ejer, tages der udgangspunkt i en bedømmelse af, hvem der i civilretlig forstand har hovedvægten af de sædvanlige ejerbeføjelser.

Det er i litteraturen – nationalt og internationalt – omdiskuteret, om begrebet "beneficial owner" skal fortolkes autonomt (internationalt), dvs. uden inddragelse af intern ret, eller om begrebet – i hvert fald i tilfælde af tvivl – skal fortolkes i overensstemmelse med intern ret, jf. artikel 3, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst og den dansk-luxembourgiske overenskomst.

Såfremt der skal fortolkes i overensstemmelse med intern ret, vil det ved fortolkningen at beneficial owner/retmæssig ejer være intern dansk skatteret, der skal lægges til grund. Da disse begreber ikke er benyttet i intern dansk skatteret, må det formodes, at de danske domstole vil anvende det domstolsskabte princip om rette indkomstmodtager.

Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen konkluderer i artiklen "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering" i SR-SKAT 2007.395 efter en gennemgang af højesterets praksis følgende:

På baggrund af den nævnte danske retspraksis om internretlig fortolkning af begreber fra dobbeltbeskatningsoverenskomster må det formentligt antages, at de danske domstole vil være tilbøjelige til i hvert fald i en vis udstrækning at fortolke beneficial owner-begrebet i overensstemmelse med intern dansk skatteret. Eller med andre ord, at de danske domstole vil være tilbøjelige til at anse det selskab, der efter en dansk skatteretlig vurdering anses for rette indkomstmodtager, for også at være beneficial owner. (Repræsentantens understregninger).

Samme resultat kommer Aage Michelsen til i International Skatteret, 3. udgave, 2003, s. 426:

De fleste danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder bestemmelser i art. 10-12 om retmæssig ejer ("beneficial owner") som betingelse for begrænsningerne i kildelandsbeskatningen af udbytte, renter og royalties. Som nævnt i omtalen af de tilsvarende bestemmelser i OECD-aftalen har sådanne bestemmelser næppe nogen betydelig funktion, idet de fleste mellemselskaber ved iagttagelse af de nødvendige juridiske formaliteter uden besvær vil kunne opfylde kravet om at være retmæssig ejer. Bestemmelserne vil kun ramme egentlige pro forma tilfælde. Og i så fald er de overflødige, idet det samme resultat her vil kunne nås ved anvendelse af almindelige retsgrundsætninger.

Skatteministeren er af samme opfattelse, jf. Skatteministerens svar af 6. november 2006 på spørgsmål 5 474:

Princippet om rette indkomstmodtager må således anvendes for at fastslå, hvem der "oppebærer" renterne. Udtrykket "rette indkomstmodtager" må anses for at være meget lig udtrykket "beneficial owner", som anvendes i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. I dobbeltbeskatningsoverenskomsterne skal kildebeskatningen kun frafalde eller nedsættes, hvis udbytternes retmæssige ejer (beneficial owner) er hjemmehørende i den anden stat." (Repræsentantens understregninger).

Spørgsmålet er herefter, hvad princippet om rette indkomstmodtager i dansk skatteret nærmere går ud på i forhold til udbytteindkomst.

Det er et klart udgangspunkt i dansk skatteret, at udbytte beskattes hos det skattesubjekt, der i civilretlig henseende ejer aktierne i det udbytteudloddende selskab. Såfremt den rette indkomstmodtager af udbyttet skal anses for en anden end ejeren af aktierne, kræver dette efter praksis en helt særlig begrundelse.

I nærværende sag kan det uden videre fastslås, at FS Invest II S.a.r.l. er rette indkomstmodtager af det udloddede udbytte. Den omstændighed, at udbyttet umiddelbart efter udlodningen er anvendt til et lån til FS Equity A/S ændrer ikke herved. Dette ville også gælde, dersom FS Invest II S.a.r.l. havde videreudloddet beløbet til FS Invest S.a.r.l., som havde videreudloddet det til de bagvedliggende ejere.

Der foreligger således ingen særlige begrundelser for, at FS Invest II S.a.r.l., der er enejer af aktierne i FS Equity A/S, ikke skulle være rette indkomstmodtager efter dansk ret – og dermed også retmæssig ejer (beneficial owner) efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten – af det omhandlede udbytte.

Ikke misbrugsbestemmelse i dobbeltbeskatningsoverenskomsten

Mange lande har i deres respektive dobbeltbeskatningsoverenskomster medtaget specifikke misbrugsbestemmelser for at imødegå anvendelsen af gennemstrømningsselskaber (conduit companies).

Sådanne misbrugsbestemmelser findes ikke i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 1 indeholder i punkt 11-20 en række forslag til sådanne misbrugsbestemmelser, som landene efter ønske kan medtage i deres overenskomster.

Disse forslag til misbrugsbestemmelser var allerede indeholdt i den ovenfor nævnte rapport fra Committee on Fiscal Affairs, "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", dateret den 27. november 1986, og denne rapport er da også omtalt i kommentarernes punkt 11.

De forskellige bestemmelser benytter forskellige metoder, der er benævnt henholdsvis:

- "the look through approach"
- "the subject-to-tax approach"

- "the channel approach"
- "the exclusion approach".

"The look through approach" (transparens-metoden) går ud på, at et udbytte-modtagende selskab ikke skal være berettiget til overenskomstfordele, hvis det ejes eller kontrolleres af personer, som ikke er hjemmehørende i samme stat som selskabet.

"The subject-to-tax approach" går ud på, at overenskomstfordele i kildestaten kun indrømmes, hvis den pågældende indkomst er undergivet beskatning i bopælsstaten (subsidiær beskatningsret).

"The channel approach" har navnlig til formål at udelukke "stepping-stone"-arrangementer.

"The exclusion approach" går ud på at udelukke særlige typer af selskaber fra overenskomstens anvendelsesområde.

Den omstændighed, at kommentarerne indeholder forslag til misbrugsbestemmelser rettet specifikt mod gennemstrømningselskaber, og en række lande har medtaget sådanne bestemmelser i deres overenskomster, må være baseret på en forudsætning om, at et gennemstrømningselskab i almindelighed ikke vil kunne nægtes overenskomstfordele med den begrundelse, at det ikke er beneficial owner.

Tilsvarende betragtninger er anført, at Philip Baker i "Progress Report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial Ownership", dateret den 17. oktober 2008. Det hedder her i punkt 14 på s. 9-10:

I also take the view that the beneficial ownership concept is a narrow provision designed to counter only certain specific examples of treaty shopping: this is supported by the reference in the Commentaries to the OECD and UN Models to nominees and agents (and in the OECD Model to a conduit having very narrow powers which render it a mere fiduciary or administrator acting on account of another). I also take this view based upon the advice found in the Commentaries to the OECD and UN Models that Contracting States may include more specific anti-shopping provisions. Finally, I base this view also on the practice of a number of States to include more elaborate and detailed anti-shopping provisions (for example, separate Limitation on Benefit Articles): if the beneficial ownership concept was a broad, general anti-treaty-shopping measure, some of those more detailed provisions might be unnecessary. (Repræsentantens understregninger).

På den anførte baggrund gøres det gældende, at bestemmelsen om beneficial owner ikke kan bruges som en generel misbrugsbestemmelse, og at nægtelse af overenskomstfordele med denne begrundelse kun kan ske i helt ekstraordinære tilfælde.

Det er ovenfor nævnt, at et sådan tilfælde ikke foreligger i nærværende sag. Som det vil fremgå nedenfor, foreligger der i øvrigt ikke treaty shopping i nærværende sag.

I øvrigt bemærkes, at den af SKAT anvendte begrundelse for ikke at anse FS Invest II S.a.r.l. for beneficial owner reelt virker på samme måde som en "look through"-bestemmelse.

International retspraksis

Der findes kun en håndfuld udenlandske domme, der drejer sig om forståelsen af begrebet beneficial owner i modeloverenskomstens forstand.

I hollandsk højesteretspraksis er der to domme fra Hoge Raad.

I den første dom fra 1994 modtog en person, hjemmehørende i England, udbytte fra et hollandsk selskab. Ejeren af aktierne i selskabet var et selskab, der var hjemmehørende i Luxembourg. Selvom udbyttedtageren ikke var ejer af aktierne, anså Hoge Raad ham for at være beneficial owner. Afgørende for Hoge Raad var, at udbyttedtageren kunne disponere frit over udbyttekuponer og over det udbetalte udbytte. Dommen er udtryk for, at Hoge Raad i vidt omfang lagde vægt på, hvem der retligt set var berettiget til udbytte.

I den anden dom fra 2001 købte en aktiehandler en option dagen før udlodning af udbytte. Købet af optionen var begrundet i hensynet til at opnå en fortjeneste og blev ikke foretaget med henblik på at undgå begrænset skattepligt. Hoge Raad fandt, at aktiehandleren måtte anses som beneficial owner.

I marts 2006 afsagde den engelske Court of Appeal dom i den såkaldte Indofood-sag. Sagens genstand var en civilretlig tvist, der drejede sig om, hvorvidt Indofood, der havde udstedt virksomhedsobligationer på det internationale marked, kunne kræve obligationerne tilbagekøbt førtidigt. Ifølge de aftalte vilkår kunne dette ske, hvis der indtrådte markante ændringer i indonesisk ret, således at rentebetalingerne fra Indonesien blev pålagt en kildeskat på mere end 10 %. Denne ret til at købe obligationerne tilbage gjaldt dog ikke, såfremt udstederen åbenbart kunne undgå denne effekt ved at foretage "reasonable measures". For at undgå den indonesiske kildeskat på 20 % på rentebetalingerne var obligationerne oprindeligt blevet udstedt af et helejet datterselskab på Mauritius, hvorved den indonesiske kildeskat på rentebetalingerne i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Indonesien og Mauritius blev reduceret til 10 %. I 2005 blev dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Indonesien og Mauritius ophævet, og som en konsekvens heraf steg den indonesiske kildeskat på renterne til 20 %. Spørgsmålet var herefter, om den forhøjede kildeskat på renterne kunne undgås ved at indskyde et hollandsk selskab (SPV), idet den indonesiske kildeskat på renterne herved kunne reduceres med henvisning til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Indonesien og Holland. Indofood gjorde heroverfor gældende, at det hollandske SPV ikke ville blive anset for at være beneficial owner af rentebetalingerne. Court of Appeal fulgte Indofoods argumentation og fandt, at det hollandske SPV ikke ville være beneficial owner af renteindtægterne i medfør af den indonesisk-hollandske overenskomst.

Det hedder i dommens præmis 44:

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

rather the position of the Issuer and Newco equates to that of an "administrator of the income". (Repræsentantens understregning).

Dommen drejer sig altså om et såkaldt "back-to-back" lån, hvor der ikke ville blive skabt indkomst i det hollandske SPV.

Som det fremgår, ligger de faktiske omstændigheder i denne sag langt fra nærværende sag, hvor der er tale om udlodning af udbytte, og hvor udbyttet er forblevet i det udbyttedtagende selskab.

Den 20. december 2006 afsagde den franske Conseil d'Etat dom i den såkaldte Bank of Scotland-sag.

Sagen drejede sig om en meget speciel situation, hvor det civilretlige og det økonomiske ejerskab til et udbytte var delt. Et amerikansk moderselskab havde således til Bank of Scotland (et UK selskab) solgt retten til at modtage på forhånd fastsatte udbytter i tre år hidrørende fra stemmeløse præferenceaktier i dets franske datterselskab. Betalingen til det amerikanske moderselskab fra banken svarede til tre års nettoudbytter (før kildeskat). Det amerikanske moderselskab var også efter denne såkaldte "ususfruct"-aftale enejer af de almindelige aktier i det franske datterselskab. Spørgsmålet i sagen var, om Bank of Scotland var berettiget til skatnedsættelse og skattegodtgørelse (avoir fiscal) efter den fransk-engelske dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvilket beroede på, om Bank of Scotland var beneficial owner af udbyttet. Conseil d'État kom til det resultat, at Bank of Scotland ikke kunne anses for at være beneficial owner, og retten tilsluttede sig i den forbindelse skattemyndighedernes synspunkt om, at der i realiteten var tale om en låneaftale, hvor tilbagebetalingen var overladt til det franske datterselskab.

Dommen er således nærmest udtryk for anvendelsen af en realitetsbetragtning.

Som det kan ses, ligger de faktiske omstændigheder også i denne sag milevidt fra nærværende sag.

SKAT har i sin afgørelse i nærværende sag henvist til en enkelt udenlandsk dom, nemlig en dom af 28. november 2005 afsagt af Schweizerische Bundesgericht.

SKAT har misforstået sagen. Sagen vedrørte den dansk-schweiziske dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1973, som i lighed med 1963-versionen af OECD's modeloverenskomst ikke indeholder et beneficial owner begreb i artikel 10-12. Sagen drejer sig derfor ikke om forståelsen af udtrykket "beneficial owner" ("retmæssig ejer") i overenskomstens forstand.

De schweiziske skattemyndigheder ville ikke anerkende, at der i henhold til den dansk-schweiziske dobbeltbeskatningsoverenskomst kunne ske skattefri udbytteudlodning fra et schweizisk selskab til et dansk holdingselskab. Det danske holdingselskab var ejet af et Guernsey-selskab, som igen var ejet af et selskab på Bermuda. Den schweiziske højesteret fandt, at der gjaldt et generelt misbrugsforbehold på overenskomstplan, uanset at den konkrete overenskomst hverken indeholdt en bestemmelse om beneficial owner eller en særlig misbrugsbestemmelse. Domstolen henviste i forbindelse hermed til OECD's

kommentarer til modeloverenskomsten, særligt transparens klausulen i punkt 13 til artikel 1, der er en at de misbrugs klausuler, som landene kan vælge at medtage i deres bilaterale overenskomster.

Det er almindeligt antaget, at dommen går alt for vidt. Det hedder således hos Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR-SKAT 2007.395:

Den schweiziske dom har reelt indfortolket en "look through"-bestemmelse svarende til forslaget i OECD's kommentarer til art. 1, punkt 13 f. OECD's kommentarer til en sådan bestemmelse er imidlertid alene udtryk for et forslag til en formulering, som kan benyttes, såfremt de kontraherende stater måtte ønske at indføje en sådan bestemmelse. Der er således ikke "blot" tale om, at Bundesgericht fortolker en ældre dobbeltbeskatningsoverenskomst i lyset af nyere kommentarer fra OECD. Ved fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster må der tages udgangspunkt i det, parterne har skrevet ned i selve overenskomsten, og Bundesgericht er efter vores opfattelse gået for vidt ved at indfortolke en sådan look through-bestemmelse i den dansk-schweiziske dobbeltbeskatningsoverenskomst. (Repræsentantens understregning).

Den schweiziske dom står i skærende kontrast til den canadiske dom i Prévost-sagen, som omtales straks nedenfor.

I øvrigt bemærkes, at de faktiske omstændigheder i den schweiziske sag ligger langt fra de faktiske omstændigheder i nærværende sag, og at der formentlig forelå treaty shopping i denne sag.

Den nyeste internationale retsafgørelse er den canadiske Court of Appeals dom i Prévostsagen. Dommen er afsagt den 26. februar 2009. Sagen drejede sig om et canadisk selskab (Prévost), der udbetalte udbytte til et mellemholdingselskab i Holland (Prévost Holding). Prévost Holding videredistribuerede efterfølgende udbyttet til to selskaber i henholdsvis Sverige (Volvo) og England (Henlys), der ejede henholdsvis 51 % og 49 % af aktierne i holdingselskabet. Volvo og Henlys havde indgået en aktionæroverenskomst, hvorefter 50 % af overskuddet i Prévost Holding skulle uddeles til aktionærene, hvorfor størstedelen af udbyttet nødvendigvis ville ende hos Volvo og Henlys. Prévost Holding var et rent holdingselskab og havde hverken medarbejdere eller kontorer i Holland. The Federal Court of Appeal fandt – ligesom underinstansen, The Canadian Tax Court – at Prévost Holding var beneficial owner af udbyttet. Retten lagde herved bl.a. vægt på, at Prévost Holding ikke var part i aktionæroverenskomsten mellem Volvo og Henlys, og at hverken Volvo eller Henlys derfor kunne foretage retlige skridt over for Prévost Holding, hvis selskabet ikke fulgte den udbyttepolitik, som var vedtaget i aktionæroverenskomsten. Retten tilsluttede sig i præmis 13 og 14 underinstansens forståelse af begrebet beneficial owner, således som den var kommet til udtryk i den indankede doms præmis 100, der er sålydende:

100. In my view the "beneficial owner" of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received. The person who is beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership. In short the dividend is for the owner's own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend income. ... When corporate entities are concerned, one

does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else's behalf pursuant to that person's instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients. This is not the relationship between PHB.V. and its shareholders. (Repræsentantens understregninger).

I præmis 15 gør retten op med skattemyndighedernes transparensbetragtning, hvorefter det afgørende skulle være, hvem der ultimativt kan få fordel af udbyttet:

15. Counsel for the Crown has invited the Court to determine that "beneficial owner", "bénéficiaire effectif", "mean the person who can, in fact, ultimately benefit from the dividend". That proposed definition does not appear anywhere in the OECD documents and the very use of the word "can" opens up a myriad of possibilities which would jeopardize the relative degree of certainty and stability that a tax treaty seeks to achieve. The Crown, it seems to me, is asking the Court to adopt a pejorative view of holding companies which neither Canadian domestic law, the international community nor the Canadian government though the process of objection, have adopted. (Repræsentantens understregninger).

I præmis 16 foretager retten herefter en gennemgang af de faktiske omstændigheder i sagen, som underinstansen havde fundet afgørende for, at Prévost Holding var beneficial owner af udbyttet, og som appelretten i det hele tilslutter sig:

16. The Judge found that:
- a) the relationship between Prévost Holding and its shareholders is not one of agency, or mandate nor one where the property is in the name of a nominee (par. 100);
 - b) the corporate veil should not be pierced because Prévost Holding is not "a conduit for another person", cannot be said to have "absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as a conduit" and has not "agreed to act on someone else's behalf pursuant to that person's instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients" (par. 100);
 - c) there is no evidence that Prévost Holding was a conduit for Volvo and Henlys and there was no predetermined or automatic flow of funds to Volvo and Henlys (par. 102);
 - d) Prévost Holding was a statutory entity carrying on business operations and corporate activity in accordance with the Dutch law under which it was constituted (par. 103);
 - e) Prévost Holding was not party to the Shareholders Agreement (par. 103);
 - f) neither Henlys nor Volvo could take action against Prévost Holding for failure to follow the dividend policy described in the Shareholders' Agreement (par. 103);
 - g) Prévost Holding's Deed of Incorporation did not obligate it to pay any dividend to its shareholders (par. 104);
 - h) when Prévost Holding decides to pay dividends, it must pay the dividends in accordance with Dutch law (par. 104);
 - i) Prévost Holding was the registered owner of Prévost shares, paid for the shares and owned the shares for itself; when dividends are received by

Prévost Holding in respect of shares it owns, the dividends are the property of Prévost Holding and are available to its creditors, if any, until such time as the management board declares a dividend and the dividend is approved by the shareholders (par. 105).”

Som det fremgår, er de faktiske omstændigheder, der af retten fremhæves til støtte for, at Prévost Holding er beneficial owner, sådanne omstændigheder, som karakteriserer et sædvanligt holdingselskab, der ikke har andre funktioner end at være holdingselskab. Dommen afviser altså – i en situation hvor der rent faktisk har været en gennemstrømning af udbytte til de ultimative ejere – at det skulle have nogen betydning, de ultimative ejere på forhånd har truffet beslutning om, at der skal udloddes udbytte op igennem selskaberne, og at mellemholdingselskabet ikke har anden aktivitet og fysiske rammer end dem, der følger af at være et rent holdingselskab.

De canadiske skattemyndigheder har oplyst, at dommen ikke bliver anket til den canadiske højesteret.

De synspunkter, som SKAT har gjort gældende i nærværende sag, har således ikke fundet fodfæste ved de canadiske domstole.

I nærværende sag er udbyttet tilmed ikke videreudloddet til de bagvedliggende ejere.

Som det fremgår, går SKATs afgørelse i nærværende sag langt længere end nogen af de ovenfor nævnte internationale domme. SKAT har således ikke anset FS Invest II S.a.r.l. for beneficial owner, uanset at dette selskab har beholdt det modtagne udbytte, og dette fortsat indgår i selskabets egenkapital. Det kan således konkluderes, at der ikke i international retspraksis kan hentes støtte for SKATs fortolkning af beneficial owner. Tværtimod, støtter international retspraksis, at FS Invest II S.a.r.l. er beneficial owner af det modtagne udbytte.

Luxembourg-selskabernes aktivitet

Den ene af SKATs to hovedbegrundelser for, at FS Invest II S.a.r.l. ikke er beneficial owner er, at selskabet ikke har nogen aktiviteter.

De fysiske rammer og den fysiske aktivitet i ethvert selskab vil naturligvis være afpasset efter karakteren af den virksomhed, som det pågældende selskab skal varetage. FS Invest II S.a.r.l., hvis eneste formål er at eje og finansiere Selskabet, har præcis den aktivitet, som et rent holdingselskab sædvanligvis har. Et sådant selskab vil have en begrænset aktivitet. Der skal afholdes en generalforsamling og ganske få bestyrelsesmøder om året for at træffe de beslutninger, som holdingselskabet skal træffe. Der er derfor hverken behov for et selvstændigt kontor eller for fastansatte medarbejdere. Den løbende administration varetages i stedet – omkostningseffektivt – af et administrationselskab i Goldman Sachs koncernen.

Den aktivitet, der er i FS Invest II S.a.r.l. – og FS Invest S.a.r.l. – svarer således fuldstændigt til den aktivitet, der er i de hundredvis af danske og udenlandske – herunder luxembourgiske – holdingselskaber, som de danske skattemyndigheder efter fast praksis har anset for retmæssige ejere af udbytter fra datterselskaber.

Der findes således ikke ét eneste eksempel på, at de danske skattemyndigheder har anfægtet, at et dansk holdingselskab skulle være retmæssig ejer af udbytter fra udenlandske datterselskaber, ligesom der, som ovenfor nævnt, ikke findes andre eksempler på, at de danske skattemyndigheder har anfægtet, at et udenlandsk holdingselskab er retmæssig ejer af udbytter fra danske datterselskaber.

Det gøres i det hele gældende, at det ikke diskvalificerer et selskab fra at være beneficial owner, at det alene driver virksomhed som holdingselskab, og at det derfor hverken har selvstændigt kontor eller egne ansatte medarbejdere, jf. således også rapporten fra Comité on Fiscal Affairs samt Skatteministeren, jf. nedenfor. Denne konklusion er senest blevet bekræftet af dommen i Prévost-sagen.

Ikke treaty shopping

Det er SKATs opfattelse, at der foreligger et misbrug af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Dette er – af flere grunde – ikke korrekt. For det første er det ikke en del af kapitalfondenes forretningsmodel, at der på noget tidspunkt skal udloddes udbytte til de ultimative investorer. Modellen går derimod ud på, at investorerne først får deres afkast, når fonden afvikles – og på det tidspunkt som kapitalgevinst (salg eller likvidation), der alene beskattes i investorernes respektive bopælslande. Bestemmelserne om udbyttebeskatning i overenskomsten har derfor ikke været afgørende for valg af domicilland for holdingselskaberne. Dette bekræftes også af, at der på intet tidspunkt siden kapitalfondenes erhvervelse af ISS A/S i 2005 er foretaget udlodning hidrørende fra ISS-koncernen til kapitalfondene – og dermed til de ultimative investorer.

For det andet indebærer anvendelsen af et luxembourgsk mellemholdingselskab til udlodning af udbytter generelt ikke særlige skattemæssige fordele. Luxembourg har således også regler om udbytteskat på udbytter til skattelylande, og Luxembourgs dobbeltbeskatningsoverenskomster er ikke meget anderledes end andre EU-landes overenskomster.

For det tredje er det meget vanskeligt – for ikke at sige umuligt – for kapitalfonde med hundredvis af investorer fra mange forskellige lande at foretage treaty shopping.

Det er således en kendsgerning, at der ikke foreligger treaty shopping, og at bestemmelserne om udbyttebeskatning i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke har været afgørende for valget af Luxembourg.

Kapitalfondene er skattemæssigt transparente enheder med hundredvis af investorer, der primært er hjemmehørende i de nordiske lande, herunder Danmark, i EU og i USA. Så mange investorer må naturligvis af praktiske grunde foretage deres investeringer via et eller flere holdingselskaber. Både EQT og Goldman Sachs har i en årrække foretaget deres investeringer gennem luxembourgiske holdingselskaber og har et godt kendskab til de selskabsretlige, regulatoriske og finansielle forhold i Luxembourg. Hertil kommer, at Luxembourg er kendt for at have et politisk stabilt system og er medlem af EU. Det er derfor helt naturligt, at Luxembourg er blevet anvendt som hjemsted for de øverste holdingselskaber.

Der er herudover den fordel ved Luxembourg, at det er hurtigt at få tax rulings, f.eks. vedrørende rentespreads, og at der kan – eller for så vidt angår Danmark, har kunnet – anvendes såkaldt hybrid finansiering, således som det også har været tilfældet i nærværende sag.

Det bemærkes, at det efter EF-Domstolens praksis om etableringsfriheden er en helt legitim forretningsmæssig begrundelse for etablering i et andet EU-land, at det pågældende land har særligt gunstige skatteregler.

Under alle omstændigheder har kapitalfondenes valg af domicilland for holdingselskaberne intet med treaty shopping at gøre. Hermed er den helt afgørende forudsætning for overhovedet at beskæftige sig med spørgsmålet om, hvorvidt FS Invest II S.a.r.l. er beneficial owner af det omhandlede udbytte, ikke til stede.

Moder-/datterselskabsdirektivet

Med moder-/datterselskabsdirektivet, 90/435/EØF, blev der indført en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater. Formålet med direktivet er bl.a. at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud, som datterselskaber betaler til deres moderselskaber, for kildeskat.

Direktivet er ændret ved rådets direktiv 2003/123/EF. Der henvises til direktivets artikel 1 vedrørende anvendelsesområdet, artikel 3 vedrørende definition af moderselskaber og datterselskaber samt artikel 5, hvor det bestemmes, at der ikke kan pålægges kildeskat på udbytte.

Det følger af disse bestemmelser, at et luxembourgsk holdingselskab, der opfylder kapitalkravet på 20 % (2005) og det ejertidskrav på højst to år, som den enkelte medlemsstat måtte have indført, har et ubetinget krav på at blive fritaget for kildeskat på udbytte fra datterselskabet.

Moder-/datterselskabsdirektivet opstiller – i modsætning til rente/royaltydirektivet (2003/49/EF) – ikke et krav om, at moderselskabet skal være beneficial owner af det modtagne udbytte. Derimod fremgår det udtrykkeligt af artikel 1, stk. 2, at direktivet ikke er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug. Der kan således i national ret indføres regler til bekæmpelse af misbrug, men disse regler skal i sig selv være forenelige med EU-retten, herunder de traktatsikrede frihedsrettigheder, som fastlagt i EF-Domstolens praksis.

Som fællesskabsretlig norm tilkommer det alene EF-Domstolen at fortolke direktivet, jf. EF-Traktatens artikel 234.

SKAT har sammenblandet spørgsmålet om beneficial owner og spørgsmålet om misbrug. På grundlag af EF-Domstolens praksis om misbrug har SKAT konkluderet, at FS Invest II S.a.r.l. er beneficial owner.

Ikke krav om beneficial owner

SKATs konkluderende afsnit vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet består i det væsentlige i en henvisning til SKATs begrundelse for, at selskabet ikke kan påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Hovedbegrundelsen

for at nægte FS Invest II S.a.r.l. direktivbeskyttelse er altså, at selskabet ikke er beneficial owner (retmæssig ejer).

Moder-/datterselskabsdirektivet opstiller imidlertid ikke et krav om, at moderselskabet skal være beneficial owner.

Da FS Invest II S.a.r.l. opfylder kapitalkravet og ejertidskravet i moder-/datterselskabsdirektivet, har selskabet – som udgangspunkt – et ubetinget krav på at blive fritaget for kildeskat på udbyttet fra FS Equity A/S.

Misbrugsbestemmelser – princippet om rette indkomstmodtager

Som det fremgår af artikel 1, stk. 2, er direktivet ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug. Det følger heraf, at misbrug kun kan imødegås, hvis der er hjemmel hertil i intern ret. Misbrugstilfælde kan altså ikke imødegås alene ved en henvisning til artikel 1, stk. 2.

I dansk ret findes der ikke specifikke lovbestemmelser om misbrug at direktivet. Derimod vil den domstolsskabte praksis om rette indkomsttager og realitetsbetragtninger kunne finde anvendelse, det omfang denne praksis kan antages at holde sig indenfor rammerne af direktivets artikel 1, stk. 2, således som denne bestemmelse vil blive fortolket af EF- domstolen.

Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen er i SR-SKAT 2007.508 i overensstemmelse hermed:

Misbrugsbestemmelsen i art. 5 [moder-/datterselskabsdirektivets art. 1, stk. 2] kan føre til, at direktivets fordele nægtes, men det er en betingelse, at der er hjemmel hertil i intern ret. En sådan intern hjemmel behøver ikke nødvendigvis at være udtrykt i en national lovbestemmelse, men kan også være indeholdt i almindelige internretlige principper om misbrug. Det må ligeledes antages, at art. 5 ikke kun omfatter egentlige skrevne misbrugsregler, men tillige uskrevne omgængelses/misbrugsklausuler. I dansk ret vil den domstolsskabte praksis om, hvem der er rette indkomstmodtager, og konkrete realitetsvurderinger derfor kunne lægges til grund, hvor en sådan kan antages at holde sig inden for rammerne af direktivets art. 5, ... (Repræsentantens understregninger).

De danske skattemyndigheder har altså to instrumenter til rådighed over for misbrugstilfælde: princippet om rette indkomstmodtager og realitetsbetragtninger.

Som det fremgår ovenfor er FS Invest II S.a.r.l. rette indkomstmodtager af det udloddede udbytte.

Der er således ikke noget grundlag for at nægte FS Invest II S.a.r.l. fritagelse for udbytte-skat.

SKAT har blandt andet henvist til, at der ikke er noget til hinder for at afskære selskaber etableret i en anden medlemsstat fra at påberåbe sig EU-retten 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.

Det nævnte hidrører fra en meddelelse fra kommissionen af 10. december 2007 om ”Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande”.

Meddelelsen indeholder kommissionens bud på, hvor langt nationale retsregler til bekæmpelse af misbrug kan gå uden at komme i strid med de traktatsikrede frihedsrettigheder, og denne analyse er gennemført på baggrund af en række domstolsafgørelser, herunder navnlig Cadbury Schweppes-dommen. Kommissionen har på s. 3 konkluderet:

I sin retspraksis vedrørende direkte beskatning har Domstolen desuden fastslået, at nødvendigheden af at forhindre skatteunddragelse eller misbrug kan udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en begrænsning af grundlæggende friheder. Begrebet skatteunddragelse er imidlertid begrænset til ”rene konstruktioner, hvis formål er at omgå anvendelsen af lovgivningen i den pågældende medlemsstat”. For at være lovlige skal nationale skatteregler være forholdsmæssig og specielt have til formål at udelukke rent kunstige arrangementer. (Repræsentantens understregning).

Hele meddelelsen har således som forudsætning, at der eksisterer nationale regler om bekæmpelse af misbrug, og spørgsmålet er, hvilket indhold medlemsstaterne kan give disse regler uden at komme i strid med EU-reglerne.

SKAT synes at forudsætte, at meddelelsen går ud på, at EF-Domstolens praksis i sig selv afgiver det fornødne grundlag for at kunne gribe ind over for misbrugstilfælde. Dette er ikke korrekt. Når SKAT således skriver, ”at EF-Domstolens praksis er, at der ikke er noget til hinder for at afskære selskaber etableret i en anden medlemsstat fra at påberåbe sig EU-retten”, må det i det mindste have som forudsætning, at der eksisterer en national retsregel med det pågældende indhold. En sådan regel har SKAT ikke henvist til.

Det af SKAT medtagne citat fra kommissionens meddelelse er taget ud af sammenhængen i meddelelsen. Den fulde tekst i meddelelsen, s. 9, er følgende:

Selskabsskattedirektiverne gælder kun for selskaber, der er stiftet i medlemsstaterne, og deres overordnede formål er at skabe betingelser inden for Fællesskabet, der svarer til betingelserne på et indre marked, ved at fjerne skattemæssige hindringer for grænseoverskridende omstruktureringer og for betalinger af udbytte, renter og royalties. Det ser derfor ikke ud til, at deres anvendelsesområde omfatter f.eks. lempelse af arrangementer, der tager sigte på at undgå kildeskat på betalinger til ikke-europæiske foretagender, hvis en sådan konstruktion ikke tjener noget kommercielt formål. I den forbindelse skal det bemærkes, at sådanne undgåelseskonstruktioner bedst forebygges ved en om ikke ensartet så i det mindste velkoordineret anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af skatteunddragelse. (Repræsentantens understregninger).

Den første understregning er det citat, som SKAT har medtaget i afgørelsen. Den næste understregning er kommissionens forslag til, hvorledes sådanne misbrugstilfælde skal imødegås, nemlig ved indførelse af ”foranstaltninger” (dvs. nationale retsregler) til bekæmpelse af skatteunddragelse.

Konklusionen er altså, at direktivets artikel 1, stk. 2, ikke er en misbrugsregel, som kan anvendes af EF-domstolen, men derimod en bemyndigelse til medlemsstaterne til at indføre eller opretholde nationale misbrugsregler.

I Danmark er det den domstolsskabte praksis om rette indkomstmodtager og realitetsbetragtninger, der kan komme på tale, og denne fører ikke til, at FS Invest II S.a.r.l. kan nægtes skattefritagelse af udbyttet.

Der er ikke noget grundlag for at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen, fordi direktivet er klart og ikke efterlader fortolkningstvív. Omvendt er det klart, at hvis Landskatteretten – i strid med direktivets ordlyd – vil nægte FS Invest II S.a.r.l. skattefritagelse af udbyttet, kan dette ikke ske uden forelæggelse af præjudicielle spørgsmål herom for EF-domstolen.

Skærpende praksisændring med tilbagevirkende kraft

For det tilfælde, at SKAT måtte få medhold i, at de bagvedliggende ejere (investorerne i kapitalfondene) er begrænset skattepligtige af det omhandlede udbytte på ca. 5,5 mia. kr., gøres det gældende, at SKATs afgørelse er udtryk for en skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft, og at en sådan praksisskærpelse ikke lovligt kan gennemføres, uden at SKAT forinden har varslet de nye synspunkter, som SKAT vil anse for afgørende for denne nye praksis, jf. således f.eks. UfR 1983.8 H.

Som det fremgår ovenfor, er nærværende sag den første - og hidtil eneste - sag, hvor skattemyndighederne har nægtet skattefritagelse af udbytte til et moderselskab i et DBO-land med den begrundelse, at moderselskabet ikke er beneficial owner af udbyttet.

Dette er tilmed sket med en så bred begrundelse, at den må forudsættes at ramme hundredvis af udbytteudlodninger, der er foretaget fra danske datterselskaber til mellemholdingselskaber i DBO-lande. Selvom nærværende sag er et resultat af en særlig kontrolindsats over for 7 danske koncerner, der er opkøbt af kapitalfonde, er problemstillingen på ingen måde særegen for kapitalfonde.

Dette bekræftes også af skatteministeren i svaret på spørgsmål 87 til L 213 (2006/07).

Spørgsmål 87:

Kan ministeren bekræfte, at det i spørgsmål 75 rejste problem om beskatning af udbytte til gennemstrømningselskaber ikke kun vedrører kapitalfonde, men er et generelt problem, der har været aktuelt i en række år?

Svar: Det kan bekræftes.

Skatteministeren har endvidere i sit svar på spørgsmål 10 til L 30 (2006/07) om, i hvilket omfang og hvorledes SKAT kontrollerer, om et gennemstrømningsholdingselskab skal godkendes som rette indkomstmodtager af et modtaget udbytte, bl.a. oplyst følgende:

Danske selskaber, der vedtager eller beslutter at udlodde udbytte, har pligt til at give skattemyndighederne oplysning herom, uanset om der er indeholdelsespligt eller ikke.

Det indgår i den ligningsmæssige behandling at påse, at betingelserne for ikke at indeholde udbytteskat er opfyldt, herunder om et udenlandsk selskab er retmæssig ejer af udbyttet. (Repræsentantens understregning).

Ikke desto mindre har skatteministeren flere gange måttet oplyse, at der ikke er eksempler på, at der er gennemført udbyttebeskatning af udlodninger til gennemstrømningselskaber, jf. således f.eks. ministerens svar på spørgsmål 6 til L 30 (2006/07):

Jeg kan ikke oplyse eksempler på udenlandske gennemstrømningselskaber, som de danske skattemyndigheder ikke har accepteret som retmæssig ejer af udbytte fra danske selskaber.

Selvom SKAT således gennem årene har været fuldt opmærksom på problemstillingen, har SKAT ikke tidligere fundet anledning til at nægte fritagelse for udbytteskat. De nævnte ministersvar - og en række andre ministersvar - viser, at der har været fokus på problemstillingen i forbindelse med de seneste års indgreb over for kapitalfonde.

Det er derfor naturligt at rejse det spørgsmål, om ikke netop skatteministerens udtalelser indeholder en varsel om en ændret praksis. For det første bemærkes, at skatteministerens udtalelser ligger efter maj 2005, hvor udbytteudlodningen blev foretaget. Hertil kommer imidlertid, at skatteministeren i alle disse svar - i overensstemmelse med den herskende opfattelse i teorien - har givet udtryk for, at der er "meget snævre grænser for hvornår danske skattemyndigheder kan tilsidesætte et behørigt indregistreret og fuldt skattepligtigt udenlandsk selskab", jf. således ministerens svar på spørgsmål 86 til L 213 (2006/07):

Et gennemstrømningselskab (holdingselskab) kan imidlertid ikke sidestilles med en agent eller en mellemmand. Et sådant selskab er indregistreret og fuldt skattepligtigt i det land, hvori det er hjemmehørende og udgangspunktet er helt klart, at et holdingselskab har krav på aftalebeskyttelse.

Der er således meget snævre grænser for hvornår danske skattemyndigheder kan tilsidesætte et behørigt indregistreret og fuldt skattepligtigt udenlandsk selskab og som anført i svaret til spørgsmål 6 vedrørende lovforslag L 30 er der heller ikke eksempler på, at danske skattemyndigheder har nægtet at anerkende et udenlandsk holdingselskab og således anset det for en nullitet. (Repræsentantens understregninger).

Virksomhederne har således ikke haft den ringeste grund til at tro, at et udbytte, som det i sagen omhandlede, skulle kunne nægtes skattefritagelse, og det er åbenbart, at FS Invest II S.a.r.l. ikke ville have foretaget denne udlodning, hvis der var den mindste tvivl om, at udbyttet var fritaget.

På den anførte baggrund gøres det således gældende, at der foreligger en skærpende af en fast administrativ praksis, som burde have været varslet, og at denne ændrede praksis derfor ikke kan finde anvendelse i nærværende sag.

SKATs udtalelse

SKAT har indstillet afgørelsen stadfæstet.

Der er begrænset skattepligt til Danmark af det omhandlede udbytte i medfør af selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c, og denne beskatning skal hverken fra-

faldes i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg eller i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet.

Der kan gennemføres en kildebeskatning i Danmark uanset dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 17. november 1980 mellem Danmark og Luxembourg, jf. bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982, fastsætter, at udbytte, der udbetales fra et selskab hjemmehørende i Danmark til en modtager hjemmehørende i Luxembourg, ikke må pålægges kildekat i Danmark, der overstiger 5 % af bruttobeløbet af udbyttet, hvis modtageren er "udbyttets retmæssige ejer" og direkte ejer mindst 25 % af kapitalen i selskabet, der udbetaler udbyttet, jf. artikel 10, stk. 2. Efter de interne danske regler frafaldes kilde-skatten i Danmark i givet fald helt, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Udgangspunktet er derfor, at det efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke er muligt at anse udbyttet betalt til et moderselskab i Luxembourg for omfattet af den begrænsede skattepligt i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Som det fremgår ovenfor, er det imidlertid efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten ordlyd en betingelse for afskæringen at Danmarks ret til som kildestat at beskatte udbyttet, at den luxembourgske modtager af udbyttet er dets "retmæssige ejer".

Der skal derfor i henhold til ordlyden af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, vurderes, om dobbeltbeskatningsoverenskomsten afskærer kildebeskatning, fordi den luxembourgske (formelle) udbyttmodtager også er "retmæssig ejer". Det er derfor efter bestemmelsens ordlyd ikke afgørende, om en anden/andre efter intern dansk ret skal anses for skattepligtig(e) af udbyttebeløbet, men derimod om det luxembourgske selskab opfylder kravene til at være "retmæssig ejer" efter en korrekt fortolkning af dette særlige overenskomstbegreb.

Udtrykket "retmæssig ejer" (på engelsk "beneficial owner") har været benyttet i OECD's Modelkonvention og kommentarerne hertil siden revisionen af modelkonventionen i 1977. De i kommentarerne indeholdte bemærkninger om udtrykket "beneficial owner" er gradvist blevet præciseret, men der er ikke grundlag for at hævde, at der herved er sket materielle ændringer i relation til, hvad der forstås ved udtrykket, hvilket også lægges til grund hos Winther-Sørensen og Bundgaard, SR-SKAT 2007, 5. 400.

I kommentarerne til Modelkonventionen er spørgsmålet om forståelsen af udtrykket "retmæssig ejer" nu navnlig behandlet i punkt 12, 12.1 og 12.2, til artikel 10.

Når der i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne anvendes den kvalificerede betegnelse "retmæssige ejer"/"beneficial owner" frem for blot "ejer"/"owner", er dette en tydeliggørelse af, at det formelle ejerskab ikke er afgørende i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

I overensstemmelse med ovennævnte betragtning konkluderes det i den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", som der direkte henvises til i kom-

mentarernes punkt 12.1. in fine, at et ”mellemlid” ikke kan anses for beneficial owner, når det ”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”. Selv om rapporten specifikt omhandler de tilfælde, hvor der sker en faktisk gennemstrømning, er der således ikke grundlag for at hævde, at det er den faktiske gennemstrømning, der er afgørende for, om de kontraherende stater er forpligtet til at give afkald på kildebeskatning.

En naturlig sproglig forståelse af Modelkonventionen samt kommentarerne hertil indebærer således, at der må lægges vægt på omfanget af den formelle beløbsmodtagers reelle beføjelser i relation til at træffe afgørelse om, hvorledes der skal disponeres over modtagne beløb.

Det fremgår også klart af punkt 12.1. i kommentarerne til Modelkonventionen, at de tilfælde, hvor der er tale om ren gennemstrømning – og hvor det altså kan påvises, at beløbet straks viderebetales til f.eks. den bagvedliggende ejer – blot er ét eksempel på, at den formelle beløbsmodtager ikke skal anses for den retmæssige ejer. Det er nemlig ”ligeledes” i strid med formålet og hensigten bag Modelkonventionens regler at indrømme lempelse i disse situationer.

Når den formelle beløbsmodtagers reelle beføjelser til at træffe afgørelse om, hvorledes der skal disponeres over modtagne beløb, er meget snævre – eller som her ikke-eksisterende, jf. nedenfor – kan adgangen til at påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten således afskæres. Dette indebærer, at et udbyttebeløb, som de(n) bagvedliggende ejer(e) på forhånd har besluttet at dirigere derhen, hvor de ønsker det, uden at det mellemliggende selskab får nogen reel mulighed for at påvirke denne beslutning, ikke har det mellemliggende selskab som ”retmæssig ejer”.

Samme retsopfattelse er fremført af Klaus Vogel i ”Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, 3. udg., s. 563, punkt 10 in fine.

Begrebet ”retmæssig ejer” er kun i sparsomt omfang behandlet i den internationale retspraksis. Dog er der tre sager fra henholdsvis den britiske Court of Appeal, den franske Conseil d’État og den canadiske Federal Court of Appeal, der omhandler kvalificeringen af den ”retmæssige ejer”.

I Bank of Scotland-sagen (refereret ovenfor) fandt den franske Conseil d’État, at det amerikanske moderselskab, der havde disponeret over udbyttet og dirigeret det hen til banken, hvortil lånet skulle tilbagebetales, blev anset for at være den retmæssige ejer.

Indofoods-sagen (refereret ovenfor) blev afgjort af den britiske Court of Appeal, der udtalte følgende om begrebet ”beneficial ownership” i præmis 42:

the concept of beneficial ownership is incompatible with that of the formal owner who does not have the full privilege to directly benefit from the income.

Herefter fandt den britiske Court of Appeal, at det hollandske selskab ikke ville kunne anses for ”retmæssig ejer” i forhold til rentebetalingerne fra Indofood. Selv om det hollandske selskab ikke ville være retligt forpligtet over for Indo-

food til at viderebetale renteindtægterne, var det således tilstrækkeligt, at der i praksis allerede var disponeret på en sådan måde over indkomsten, at den reelt aldrig ville være undergivet det hollandske selskabs rådighed.

Begrebet "beneficial owner" var ligeledes omhandlet i den canadiske Federal Court of Appeals dom af 26. februar 2009 i Prévost-sagen (refereret ovenfor). Ved dommen blev det tilsyneladende tillagt afgørende vægt, at holdingselskabet ikke var part i aktionæroverenskomsten indgået mellem de to selskabsaktionærer, og at disse ikke kunne tage retlige skridt ("take action") mod holdingselskabet, såfremt det ikke overholdt udbyttepolitikken i aktionæroverenskomsten. Dommen synes dermed at antage, at den formelle beløbsmodtager er den "retmæssige ejer" medmindre beløbsmodtageren er retligt forpligtet til at disponere i en bestemt henseende. Det var således ikke – som i Indofood-sagen – tilstrækkeligt, at der ikke var nogen praktisk sandsynlighed for, at udbyttet ikke blev betalt videre. Dette krav har efter SKATs opfattelse hverken støtte i Modeloverenskomsten, kommentarerne hertil eller andetsteds. Tværtimod er begrebet "beneficial owner" støttet på en "substance over form-tankegang" og det er ikke foreneligt med denne tankegang, at der ved fastlæggelse af begrebet stilles krav om en retlig forpligtelse til viderebetaling til den, der anses for "beneficial owner".

Om Prévost-sagen skal det desuden bemærkes, at der (præmis 8-11 i den indankede dom) efter det oplyste var gode grunde til etableringen af den valgte holdingselskabsstruktur, som skulle danne grundlag for varige aktiviteter og forventedes at indebære andre aktiviteter end ejerskabet af det canadiske selskab, samt at det af appeldomstolen udtrykkeligt lægges til grund, at de omhandlede pengestrømme ikke var fastlagt på forhånd ("predetermined", jf. præmis 16 i appelrettens dom med henvisning til præmis 102 i den indankede dom). Det synes vanskeligt at pege på transaktioner, der kan karakteriseres som en sådan skatteundgåelse, som skal indgå ved vurderingen af, om en anden end den formelle ejer skal anses for retmæssig ejer.

Det forhold, at der på forhånd var disponeret over udbyttet, indebærer, at FS Invest II S.a.r.l. ikke kunne udøve en ejers beføjelser over udbyttet. Den formelle beløbsmodtagers manglende adgang til at råde over udbyttet må være af afgørende betydning, uanset om de bagvedliggende ejere har kanaliseret udbyttet videre til sig selv, eller om de har benyttet deres adgang til at disponere over udbyttet på anden vis, jf. også dommen i Bank of Scotland-sagen nævnt ovenfor, hvor beløbet blev kanaliseret til en bank i et tredjeland.

Skatteministerens kommentar til L-202 af 22. april 2009 støtter ligeledes synspunktet om, at der ikke kan opstilles en betingelse om, at det modtagne beløb faktisk er blevet videreført til de(n) bagvedliggende ejer(e). Skatteministeren var blevet bedt om at kommentere et eksempel, hvor alle aktierne i et dansk driftsselskab (DK) var ejet af et holdingselskab i Luxembourg (Lux), der igen var helejet af et selskab i Panama (PA). I eksemplet modtog selskabet i Luxembourg et udbytte, der blev anvendt til indfrielse af gæld i en ekstern bank. Skatteministeren bemærkede i denne forbindelse følgende:

Det er ikke muligt ud fra oplysningerne i eksemplet at be- eller afkræfte, at Lux anses for "beneficial owner". Det bemærkes, at det ikke udelukker at PA anses som "beneficial owner", at Lux ikke faktisk videreudlodder ud-

byttet, men i stedet anvender udbyttet til indfrielse af gæld til en ekstern bank.” (SKATs understregning).

Såfremt udbyttet viderekaliseres til de bagvedliggende ejere, vil dette naturligvis være en faktor, der taler til støtte for, at det umiddelbare udbyttmodtagende selskab har haft meget snævre beføjelser i relation til udbyttet. Derimod kan det ikke opstilles som en betingelse for, at det umiddelbare udbyttmodtagende selskab ikke er den ”retmæssige ejer”.

Selskabets repræsentant har henvist til det ministersvar, der er optrykt i SKM 2008.728 DEP. Det er efter SKATs opfattelse helt naturligt, at ministeriet blot nøjes med at konstatere, at der slet ikke i det beskrevne eksempel foregår en pengestrøm via Cayman-selskabet – hverken ud af eller ind i Danmark – som kunne give anledning til overvejelser om, hvorvidt selskabet er et rent gennemstrømningsselskab. Det skyldes, at bedømmelsen af, om f.eks. det udbyttmodtagende selskab er retmæssig ejer af udbyttet, sker på baggrund af oplysninger om selskabets reelle dispositionsret over det konkrete udbyttebeløb samt formålet (skatteundgåelse?) med, at selskabet modtager beløbet. Når der kun er tale om en hypotetisk og ikke en faktisk pengestrøm, er det således ikke muligt at bedømme, om selskabet på Cayman er et gennemstrømningsselskab. Selskabets status vil jo være afhængigt af de faktuelle oplysninger om den pågældende pengestrøm.

Udsagnet i ministeriets kommentar kan derfor ikke tages til indtægt for, at faktisk gennemstrømning til en eller flere bagvedliggende ejer(e) er en betingelse for, at den formelle udbyttmodtager ikke kan anses for ”retmæssig ejer” i dobbeltbeskatningsoverenskomsternes forstand.

SKAT gør gældende, at det udbyttmodtagende selskab, FS Invest II S.a.r.l., har haft så snævre beføjelser i relation til udbyttet, at dette selskab ikke kan kvalificeres som ”retmæssig ejer” i relation til dette. De bagvedliggende ejere eller disses repræsentanter havde på forhånd truffet beslutning om gennemførelsen af det cirkulære arrangement, og FS Invest II S.a.r.l. var forpligtet til at genudlåne det udloddede udbytte til ISS Equity A/S, hvilke genudlån også blev foretaget samme dato som udbytteudlodningen. Der var altså allerede disponeret på en sådan måde over udbyttet, at dette reelt aldrig var undergivet den formelle beløbsmodtagers faktiske rådighed.

Det er tilstrækkeligt, at den manglende råderet over udbyttet har relation til viderekaliseringen af udbyttet.

Tilbageførslen af kapitalen til det udbytteudloddende selskab blev i relation til det konvertible lån på 5,5 mia. kr. endelig ved konverteringen til aktier. FS Invest II S.a.r.l. er dermed samlet set ikke blevet tilført nogen kapital, som selskabet på noget tidspunkt faktisk har disponeret over.

Renterne på begge lån er løbende blevet tilskrevet hovedstolen.

Som det fremgår af kommentarerne til artikel 10, punkt 12.1 skal begrebet ”retmæssige ejer” fortolkes i lyset af og i overensstemmelse med formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvilket inkluderer hensynet til at imødegå

skatteundgåelse og skatteunddragelse, jf. tillige punkt 7 i kommentarerne til artikel 1.

Dermed vil det ved fastlæggelsen af, hvorvidt den luxembourgiske udbyttedtager, FS Invest II S.a r.l. er retmæssig ejer også være relevant, om dispositionen har haft et reelt forretningsmæssigt formål, eller om den har haft til formål at udnytte fordele hjemlet i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Arrangementet med udlodningen og genudlån samme dag er ikke sket som led i en almindelig kommerciel transaktion, men er tværtimod foretaget uden nogen forretningsmæssig begrundelse.

Dette understreges af, at det udbyttedtagende selskab faktisk var forpligtet til at viderekanalisere beløbet, at viderekanaliseringen skete samme dag, som udbyttet blev modtaget, at udbyttet ikke blev beskattet i modtagerstaten, at de implicerede selskaber ikke havde nogen driftsmæssig aktivitet ud over ejerskab og finansiering af koncernselskaber, og at de implicerede selskaber hverken havde kontorfaciliteter til rådighed eller ansatte, samt at det cirkulære arrangement med udlodning og samtidigt genudlån endda var fastlagt allerede inden stiftelsen af de luxembourgiske mellemholdingselskaber.

Formålet med arrangementet har i stedet været at udnytte dobbeltbeskatningsoverenskomsten (og fællesskabsretten) dels til at etablere en fradragsret (for renteudgifter) uden derved at udløse kildeskat i Danmark eller beskatning i udlandet, dels til at undgå betaling af kapitaltilførselsafgift i Luxembourg.

Det vil derfor være uforeneligt med dobbeltbeskatningsoverenskomstens hensigt og formål at lempe kildeskatten i denne situation. Der kan i denne forbindelse henvises til punkt 9.4 i kommentarerne til artikel 1, hvori følgende er anført:

Uanset hvilke af de to synspunkter, der anlægges, er der enighed om, at stater ikke er forpligtet til at indrømme fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst ved deltagelse i arrangementer, der indebærer misbrug af overenskomstens bestemmelser.

Danmark er således ikke efter den dansk-luxemburgske dobbeltbeskatningsoverenskomst forpligtet til at undlade at pålægge den i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, forudsatte kildeskat af udbytte i en situation som den foreliggende.

I det omfang de(n) retmæssige ejer(e) er hjemmehørende i et land, hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det i SKATs afgørelse anerkendt, at det skal undlades at pålægge kildeskat i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Det er naturligvis fortsat muligt for selskabet, at undgå det rejste kildeskattekrav ved at godtgøre, at betingelserne for ikke at pålægge kildeskat er til stede.

EU-retten afskærer ikke gennemførelse af en kildebeskatning i Danmark

Det følger af artikel 5 i moder-/datterselskabsdirektivet, at det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat. Udgangspunktet er dermed, at der ikke kan pålægges kildeskat ved udbytteudlodninger

til selskaber hjemmehørende i en anden medlemsstat, når moderselskabet opfylder kapitalkravet og ejertidskravet i direktivet.

Dette udgangspunkt kan dog fraviges. Det er således anført i direktivets artikel 1, stk. 2, at direktivet ikke er til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug. EF-Domstolen har allerede tidligt i sin retspraksis anerkendt, at medlemsstaterne i visse tilfælde har adgang til at træffe foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug af EU-retten. I Van Binsbergen-sagen fra 1974 (Sag 33/74, Van Binsbergen, Saml. 1974, s. 1299) opstillede Domstolen således den såkaldte Van Binsbergen-doktrin, hvorefter en medlemsstat har ret til at

træffe foranstaltninger, der skal forhindre, at den i artikel 59 [nu 49 EF] garanterede frihed udnyttes af en tjenesteyder, hvis virksomhed helt eller fortrinsvist er rettet mod denne stats territorium med sigte på at unddrage sig de faglige regler, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat på nævnte stats territorium, idet en sådan situation ville kunne afgøres i henhold til kapitlet om etableringsretten og ikke kapitlet om fri udveksling af tjenesteydelser

Halifax-dommen (sag C-255/02, Halifax, Saml. 2006, s. 1-1609) vedrørte et britisk selskab, der blev nægtet adgang til at fratække indgående moms for så vidt angår nogle transaktioner (momskarussellsvindler), der ifølge de britiske myndigheder alene var gennemført med henblik på at opnå en afgiftsfordel, og som ikke havde et selvstændigt erhvervmæssigt formål. I den forbindelse præciserede Domstolen det EU-retlige retsmisbrugsprincip. jf. dommens præmis 69, hvoraf følgende fremgår:

Således kan anvendelsesområdet for fællesskabsretten ikke udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, dvs. transaktioner som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i fællesskabsretten (jf. i denne retning bl.a. dom af 11.10.1977, sag 125/76, Cremer, Sml. i 1593, præmis 21, og af 3.3.1993, sag C-8/92, General Milk Products, Sml. I, § 779, præmis 21, samt Emsland-Stärkedommen, præmis 51).

Sagen angik momsområdet, men det fremgår udtrykkeligt af dommen, at princippet om forbud mod misbrug finder anvendelse både på området for skatter og for afgifter, jf. præmis 70. Doktrinen fra Halifax-dommen er senere gentaget i retspraksis, jf. eksempelvis præmis 32 i dommen af 7. juni 2007 i C-178/05, der angik kapitaltilførselsdirektivet (59/335).

Ydermere fastslog Domstolen i tråd med sine afgørelser om omgåelse af selskabsretlige regler, at afgiftspligtige personer kan gennemføre skatte- og afgiftsplanlægning ved at vælge en virksomhedsstruktur, der reducerer deres afgiftstilsvær mest muligt. Herefter opstillede Domstolen imidlertid i præmis 74-75 en ”to-trins test”, hvorefter konstatering af misbrug på momsområdet

for det første kræver, at de omhandlede transaktioner – selv om de betingelser formelt er overholdt, der er fastsat i de relevante bestemmelser i sjettede direktiv og i den nationale lovgivning til gennemførelse af direktivet – ville indebære, at der blev opnået en afgiftsfordel, som det ville stride mod formålet med disse bestemmelser at tildele.

For det andet skal det tillige fremgå af en samlet række objektive omstændigheder, at hovedformålet med de omhandlede transaktioner er opnåelsen af en afgiftsfordel. Således som generaladvokaten har præciseret i forslaget punkt 89, mister forbuddet mod misbrug sin relevans, når der kan være en anden begrundelse for de omhandlede transaktioner end blot at opnå afgiftsfordele. (SKATs understregninger)

Der er således tale om to kumulative betingelser, henholdsvis en objektiv (modstrid med reglens formål) og en subjektiv betingelse (hensigt om opnåelse af afgiftsfordel).

I dommen blev det endvidere fastslået, at retsmisbrugsvurderingen skal foretages af den nationale domstol under anvendelse af nationale bevisregler, idet den nationale domstol imidlertid ikke må begrænse EU-rettens rækkevidde og virkning.

Cadbury Schweppes-dommen (sag C-196/04, Cadbury Schweppes, Saml. 2006, s. 1-7995) vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt den britiske CFC-lovgivning var forenelig med etableringsfriheden. I den konkrete sag blev lovgivningen anvendt i forhold til et britisk moder-selskab, der havde etableret datterselskaber i Irland alene med det formål at drage fordel af det lavere beskatningsniveau i Irland.

Domstolen fastslog indledningsvis under henvisning til Centros og Inspire Art-dommene, at det forhold, at et selskab opretter datterselskaber i andre medlemsstater alene med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig skatte-lovgivning, ikke i sig selv udgør misbrug af etableringsfriheden. Domstolen konstaterede herefter, at den britiske CFC-lovgivning udgjorde en hindring for den fri etableringsret. Den britiske regering begrundede denne hindring med, at lovgivningen havde til formål at bekæmpe en særlig form for skatteunddragelse i form af kunstig overførelse af overskud fra det hjemmehørende selskab til det udenlandske datterselskab, der er undergivet et lavere beskatningsniveau. Her-til anførte Domstolen (præmis 50-51), at

den omstændighed i sig selv, at et hjemmehørende selskab opretter en sekundær etablering, såsom et datterselskab, i en anden medlemsstat, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om skattesvig, og tjene som en begrundelse for en foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, som er sikret ved traktaten ...

En national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan derimod være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning. (SKATs understregning)

I dommen fastslog Domstolen endvidere, at der i vurderingen af, hvorvidt der foreligger et "rent kunstigt arrangement", skal inddrages såvel et subjektivt forhold (hensigten om at opnå en skattemæssig fordel) som et objektivt forhold (formålet med etableringsfriheden).

Endvidere præciserede Domstolen, at begrebet "rent kunstige arrangementer" omfatter adfærd, der ikke bygger på nogen "økonomisk realitet". Domstolen fastslog (præmis 67), at begrebet "økonomisk realitet" skal afgrænses på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand,

herunder ”graden af fysisk eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr”. Det forhold, at datterselskabets aktiviteter lige så godt kunne have været udøvet af et indenlandsk selskab, er derimod ikke tilstrækkeligt grundlag for en konstatering af et rent kunstigt arrangement (præmis 69).

Retsmisbrugsbegrebet på det skatteretlige område illustreres også af Kofoeddommen (sag C-321/05, Kofoed, Saml. 2007, s. I-5795).

Sagen rejste (ifølge EF-Domstolen) spørgsmålet om, hvorvidt en gennemført aktieombytning var fritaget fra afståelsesbeskatning i henhold til direktivet. Domstolen fastslog (præmis 38), at direktivets artikel 11, der giver medlemsstaterne mulighed for at afskære borgerne fra at påberåbe sig direktivet, når en disposition ”som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse” afspejler ”det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug”.

I den forbindelse henviste Domstolen til sine afgørelser i Halifax og Cadbury Schweppessagerne, idet Domstolen dog ikke gentog de i disse domme anførte betragtninger om retsmisbrug, men derimod blot konstaterede, at EU-rettens anvendelsesområde ikke kan udvides til at dække ”retsstridige transaktioner”, der ikke har fundet sted som led i ”almindelige kommercielle transaktioner”. Nogen realitetsforskel ligger der dog næppe heri.

Efter afsigelsen af dommen tog Skatteministeriet bekræftende til genmæle i den nationale sag. Denne beslutning skal imidlertid ses i lyset af, at Landsskatteretten allerede tidligere havde konstateret, at den manglende udtrykkelige inkorporering af fusionsskattedirektivets artikel 11 medførte, at borgerne kunne påberåbe sig direktivets bestemmelser om ret til at gennemføre selskabsmæssige omstruktureringer skattefrit, selv når skatteunddragelse/-undgåelse var et hovedformål med transaktionen, jf. Landsskatterettens kendelse offentliggjort i TfS 1999.491. Netop som følge af at denne kendelse var offentliggjort – og dens resultat allerede i tidligere sager var blevet lagt til grund som bindende for ministeriet – var det i den konkrete sag vurderingen, at der ikke var grundlag for en videreførsel af den nationale retssag, selv om det efter de objektive omstændigheder i sagen var åbenbart (og oven i købet ubestridt), at den selskabsmæssige omstrukturering udelukkende havde til hensigt at undgå beskatning.

Der henvises til Europa-Kommissionens meddelelse offentliggjort i EUT 2008, C 116/13. Kommissionens fortolkning af EF-Domstolens praksis er også, at der 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 der er tale om et arrangement, der tager sigte på at undgå skattebetaling, og konstruktionen ikke tjener noget kommercielt formål.

Som der er redegjort for ovenfor, er de transaktioner, der giver anledning til problemstillingen i nærværende sag, netop kendetegnet ved, at de ikke tjener noget kommercielt formål, men alene har til hensigt at opnå skattemæssige fordele, herunder ved at udnytte reglerne i moder-/datterselskabsdirektivet til at undgå kildebeskatning. EU-retten kan dermed ikke i videre omfang end dobbeltbeskatningsoverenskomsten anses for at afskære Danmark fra at gennemføre en kildestatsbeskatning af renter og udbytter ud fra en betragtning om, at den

formelle beløbsmodtager – det luxembourgiske selskab – ikke har nogen beføjelser til at råde over det udloddede beløb og derfor ikke den retmæssige ejer.

Det skal i den forbindelse understreges, at det ikke er en forudsætning for at afskære adgangen til at påberåbe sig direktivet, at det påvises, at selve stiftelsen af et luxembourgsk holdingselskab er et kunstigt arrangement uden økonomisk realitet, idet der efter EU-retten skal foretages en bedømmelse af, om konkrete transaktioner har et sådant reelt kommercielt indhold, at de – i relation til udnyttelsen af de EU-retlige regler – skal accepteres af medlemsstaterne.

SKAT mener ikke, at det er en betingelse for at undlade lempelse i medfør af moder/datterselskabsdirektivet, at der er gennemført en konkret hjemmel til at håndhæve direktivets artikel 1, stk. 2, jf. således også Kofoed-dommen og Skatteministeriets ovennævnte kommentar hertil.

Selv om Skatteministeriet valgte at tage bekræftende til genmæle i Kofoed-sagen ved Østre Landsret, skyldtes dette som nævnt i kommentaren udelukkende, at der i relation til bestemmelsen i fusionsskattedirektivet var afsagt en kendelse, som ikke var blevet indbragt for domstolene, hvorefter fusionsskattedirektivets artikel 11 ikke kunne håndhæves af myndighederne før indførelsen af tilladelsesinstituttet. Der er ikke grundlag for at udstrække denne kendelse vedrørende de tidligere gældende fusionsskatte regler til at finde anvendelse på spørgsmålet om håndhævelse af misbrugsklausulen i moder/datterselskabsdirektivet.

Hertil kommer, at der efter SKATs opfattelse under alle omstændigheder er klar hjemmel til at håndhæve direktivets artikel 1, stk. 2:

Selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c, 3. punktum, fastsætter:

Det er en betingelse, at beskatningen af udbyttet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor selskabet er hjemmehørende.

Dette punktum blev indsat ved lov nr. 282 af 25. april 2001, idet lovændringen havde til hensigt at genindføre kildebeskatningen af udbytter. I det oprindeligt fremsatte lovforslag (L 99 2000/01) var bestemmelsen foreslået formuleret således:

Det er en betingelse, at moderselskabet er hjemmehørende i en stat, som er medlem af EU, i en stat, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, på Færøerne eller i Grønland, samt at datterselskabet er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 2 i direktiv 90/435/EØF.

Under behandlingen af dette forslag fremsatte skatteministeren imidlertid et ændringsforslag (svarende til bestemmelsens endelige formulering), idet han begrundede dette således:

Det foreslås at præcisere, at det er en betingelse for den foreslåede skattefrihed, at Danmark skal frafalde beskatningen af det pågældende udbytte efter bestemmelserne i moder/datterselskabsdirektivet, eller at Danmark skal fra-

falde eller nedsætte beskatningen af det pågældende udbytte efter bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Færøerne, Grønland eller den pågældende anden stat.

Både ordlyden og forarbejderne viser således utvetydigt, at der skal gennemføres kildebeskatning, medmindre en sådan beskatning strider mod EU-retten og/eller DBO'erne.

Herved er der under alle omstændigheder tilvejebragt klar hjemmel for SKAT til at gennemføre en kildebeskatning, medmindre det må konkluderes, at det efter moder/datterselskabsdirektivet er obligatorisk at fratage kildebeskatning, hvilket jo netop ikke er tilfældet i de i artikel 1, stk. 2, nævnte tilfælde.

Ej skærpelse af praksis

Selskabet har subsidiært gjort gældende, at SKATs afgørelse er udtryk for en skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft, og at en sådan ikke lovligt kan gennemføres uden et passende varsel.

Hertil bemærkes, at der er tale om et regelsæt af ganske ny karakter, og at én sag jo altså skal være den første.

Dernæst bemærkes, at det påhviler selskabet at godtgøre, at der er tale om ændring af en fast administrativ praksis, jf. eksempelvis Højesterets domme i TfS 2009.280 og TfS 2000.148.

Det er ikke udtryk for en fast administrativ praksis, at SKAT ikke tidligere har fundet anledning til at nægte fritagelse for udbytteskat. En eventuel (fejlagtig) manglende ligningsmæssig indgriben og korrektion kan ikke konstituere praksis og kan ikke skabe nogen for SKAT bindende administrativ praksis om ikke at pålægge kildeskat af udbytter.

Af skatteministerens svar på spørgsmål 10 til L 30 (2006/07) fremgår:

Det indgår i den ligningsmæssige behandling at påse, at betingelserne for ikke at indeholde udbytteskat er opfyldt, herunder om et udenlandsk selskab er retmæssig ejer af udbyttet.

Hvis der bestod en fast praksis, hvorefter der aldrig blev pålagt kildeskat af udbytteudlodninger, ville der ikke være nogen grund til at lade det indgå i den ligningsmæssige behandling, at påse om et udenlandsk selskab er retmæssig ejer af udbyttet. Der er i øvrigt ingen holdepunkter for at anse ministersvaret som et varsel om en praksisændring.

SKAT bestrider således, at der skulle bestå en praksis om ikke at pålægge kildeskat af udbytter til moderselskaber i EU-medlemsstater og eller DBO-lande, når moderselskabet ikke er den "retmæssige ejer" af udbyttet.

Selskabets bemærkninger til SKATs udtalelse

Vedrørende det af SKAT anførte om, at ordet "ligeledes" i kommentarernes punkt 12.1 skulle vise, at de tilfælde, hvor der er tale om gennemstrømning, blot er ét eksempel (blandt mange) på, at den formelle beløbsmodtager ikke skal anses for den retmæssige ejer bemærkes, at det klart fremgår af kontek-

sten, at punkt 12.1 opregner 3 situationer, hvor en udbyttmodtager ikke er "retmæssig ejer", nemlig hvis den pågældende er (1) agent, (2) mellemmand eller (3) gennemstrømningsenhed (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. I den sidstnævnte situation kræves det yderligere, at gennemstrømningsenheden 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".

Vedrørende SKATs henvisning til Skatteministerens kommentar til L 202 af 22. april 2009, hvor Skatteministeren udtaler, "at det ikke udelukker, at PA [det ultimative moderselskab, indsat her] anses som "beneficial owner", at LUX [det mellemkommende holdingselskab, indsat her] ikke faktisk videreudlodder udbyttet, men i stedet anvender udbyttet til indfrielse af gæld til en ekstern bank", bemærkes, at selskabets repræsentant ikke er enig i denne udtalelse. Det udbyttmodtagende selskab har også i denne situation disponeret til fordel for sig selv. I øvrigt er ministerens udtalelse offentliggjort på et tidspunkt, hvor SKAT havde besluttet sig for at føre nærværende sag og en række andre tilsvarende sager, og udtalelsen derfor har karakter af et partsindlæg.

Udtalelsen står i øvrigt i skærende kontrast til ministerens svar i SKM 2008.728 DEP, hvor ministeren havde "vanskeligt ved at se, hvordan det i det nævnte eksempel kan påvises, at Cayman Island-selskabet er et gennemstrømningselskab, der ... ikke rent faktisk føres en pengestrøm gennem Cayman Island-selskabet".

SKAT har endvidere henvist til Bank of Scotland-sagen, Indofood-sagen og Prévost-sagen. Der er imidlertid heller ingen støtte at hente for SKAT i disse domme.

For det første drejer alle tre domme sig om situationer, hvor der sker faktisk gennemstrømning til de bagvedliggende ejere. (I Bank af Scotland-sagen skete det ved udbetalingen af salgssummen/lånet til det amerikanske moderselskab).

For det andet forelå der i alle tre sager treaty shopping. De bagvedliggende ejere havde således dirigeret udbyttet eller renterne via et mellemliggende selskab for at opnå en overenskomstmæssig lempelse, der ellers ikke ville kunne opnås.

Vedrørende Prévost-sagen har SKAT antaget, at afgørelsen afviger grundlæggende fra nærværende sag, fordi der ikke i Prévost-sagen var tale om forud fastlagte dispositioner. SKAT har her overset, at der mellem de bagvedliggende ejere var truffet en aftale (i aktionæroverenskomsten) om udlodning af 80 % af overskuddet.

I en situation, hvor der rent faktisk har været en gennemstrømning af udbytte til de ultimative ejere, hvor de ultimative ejere på forhånd har truffet beslutning om, at der skal udloddes udbytte op igennem selskaberne, og hvor mellemholdingselskabet ikke har anden aktivitet og fysiske rammer end dem, der følger af at være et rent holdingselskab, har den canadiske Federal Court of Appeal i Prévost-sagen altså ikke fundet støtte for, at det pågældende hollandske mellemholdingselskab ikke skulle være "beneficial owner" af udbytter fra det canadiske datterselskab.

En bedømmelse af nærværende sag – hvor der ikke har været en faktisk gennemstrømning, men hvor udbyttet tværtimod er kommet udbyttemodtageren til gode, og hvor der ikke er tale om treaty shopping – fører så meget desto mere til det samme resultat, nemlig at der ikke er grundlag for ikke at anse den formelle udbyttemodtager som ”retmæssig ejer” heraf.

SKAT har anført, at FS Invest II S.a.r.l. var forpligtet til at genudlåne det udloddede beløb til FS Equity A/S, og at FS Invest II S.a.r.l. dermed havde så snævre beføjelser i relation til udbyttet, at selskabet ikke kan kvalificeres som retmæssig ejer i relation til dette.

Hertil bemærkes, at den omstændighed, at disse dispositioner – ligesom enhver anden større disposition i en koncern – var planlagt af ledelsen i FS Invest II S.a.r.l., før de blev gennemført, ikke er ensbetydende med, at selskabets ledelse ikke kunne have disponeret anderledes, og det bestrides, at genudlånet til det udbytteudloddende selskab ikke på nogen måde var en beslutning, som selskabets ledelse var involveret i.

FS Invest II S.a.r.l. disponerede over det udloddede beløb ved at udlåne dette til FS Equity A/S, og FS Invest II S.a.r.l. har dermed haft den fulde glæde af det udloddede beløb.

Vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet har SKAT henvist til ”det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug”.

Hertil bemærkes, at der ikke foreligger et kunstigt arrangement, hvis formål er at omgå EU-retlige regler. De bagvedliggende ejere har således ikke etableret FS Invest II S.a.r.l. med det formål at opnå utilsigtede fordele i kraft af moder-/datterselskabsdirektivet, og den skattemæssige fordel, der flyder af de to landes forskellige skattemæssige behandling af konvertible lån, er under alle omstændigheder et resultat af forskellig national skatteret, der intet har med EU-retten at gøre. De foretagne dispositioner tager netop ikke sigte på at undgå kildekat på betalinger til ikke-europæiske foretagender gennem misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. For det første er der ikke sket videreudlodning til ikke-europæiske foretagender, og for det andet er der ikke tale om treaty shopping.

SKAT har videre gjort gældende, at EU-rettens generelle misbrugsregler kan finde anvendelse, uanset at der ikke er tilvejebragt hjemmel hertil i dansk ret.

Med hensyn til SKATs henvisning til Kofoed-dommen (sag c-321/05, Kofoed) bemærkes, at dommen udtrykkeligt fastslår, at anvendelsen af generelle misbrugsbestemmelser i fællesskabsretlige direktiver forudsætter, at sådanne misbrugsbestemmelser har hjemmel i national ret. Der henvises til dommens præmis 37-48 – herunder.

46 I hovedsagen tilkommer det, såedes som generaladvokaten har anført i punkt 63 i forslaget til afgørelse, den forelæggende ret at undersøge, om der i dansk ret findes en almindelig bestemmelse eller grundsætning, hvorefter der gælder et forbud mod retsmisbrug, eller andre bestemmelser om skattesvig eller skatteunddragelse, som kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 og dermed begrunde, at den omhandlede ombytning af selskabsandele beskattes ...

47 I givet fald tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om betingelserne for at anvende disse nationale bestemmelser er opfyldt i hovedsagen.

48 På ovenstående baggrund skal det forelagte spørgsmål besvares med, at under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende skal et udbytte som det, der blev udbetalt, ikke indgå i beregningen af den "kontante ud-ligningssum" som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434, og en ombytning af selskabsandele som den, der er genstand for hovedsagen, ud-gør derfor en "ombytning af aktier" som omhandlet i dette direktivs artikel 2, litra d).

Følgelig er artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/434 principielt til hinder for, at en sådan ombytning af selskabsandele beskattes, medmindre nationale retsfor-skrifter om retsmisbrug, skattesvig eller skatteunddragelse kan fortolkes i overensstemmelse med nævnte direktivs artikel 11, stk. 1, litra a) og der-med begrunde, at ombytningen beskattes. (repræsentantens understregninger).

EF-domstolen har udtrykkeligt fastslået, at det alene er interne danske retsfor-skrifter om retsmisbrug, skattesvig eller skatteunddragelse, der kan begrunde en fravigelse af direktivets skattefritagelsesbestemmelser. Disse retsfor-skrifter behøver ikke at bestå i lovgivning, men kan også være uskrevne retsgrundsæt-ninger.

Resultatet støttes yderligere af, at der moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 – i modsætning til fusionsskattedirektivets artikel 11, stk. 1, litra a – di-recte er henvist til "interne bestemmelser" om svig og misbrug.

SKAT har desuden henvist til Skatteministeriets kommentar til Kofoed-dommen i TfS 2008.45 (SKM 2007.843), hvori ministeriet har redegjort for, hvorfor ministeriet efterfølgende tog bekræftende til genmæle i den nationale sag. Selskabet støtter sig imidlertid ikke på udfaldet af den nationale sag, men derimod på EF-Domstolens dom, hvorefter anvendelsen af misbrugsregler kræver hjemmel i national ret.

Konklusionen er altså, at moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, ikke er en materiel misbrugsregel, men derimod en bemyndigelse til medlemsstater-ne til at indføre eller opretholde nationale misbrugsregler. I Danmark er det den domstolsskabte praksis om rette indkomstmottager og realitetsbetragtninger, der kan komme på tale, og det er ubestridt, at denne praksis ikke fører til, at FS Invest II S.a.r.l. kan nægtes skattefritagelse af udbyttet.

Til det af SKAT anførte om, at der under alle omstændigheder er hjemmel til at håndhæve direktivets artikel 1, stk. 2, i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., bemærkes, at hverken den blotte henvisning til moder-/datterselskabsdirektivet i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., eller motivbemærkningerne giver nogen som helst støtte for et sådant standpunkt. Henvisningen til moder-/datterselskabsdirektivet betyder blot, at SKAT kan anvende interne misbrugsregler. SKATs argumentationsrække er cirkulær, for-di SKAT forudsætter det resultat, som SKAT argumenterer for.

Der henvises til generaladvokatens forslag til afgørelse i den verserende sag for EF-domstolen, C-352/08 (Zwijnenburg BV) – særligt pkt. 38, 47, 59, 62 og 69. Generaladvokaten har dels slået fast, at artikel 11 i direktiv 90/434/EØF udtømmende bestemmer under hvilke betingelser, det er muligt at afslå at anvende de skattebegunstigelser, der er fastsat i direktivet og at dette forudsætter nationale retsfor skrifter, samt at bestemmelsens henvisning til ”skatteunddragelse” kun finder anvendelse på unddragelse af skatter, der er omfattet af begunstigelserne i det pågældende direktiv.

SKAT har bestridt, at der er tale om en praksisskærpeelse.

Hertil bemærkes, at bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, om begrænset skattepligt af udbytter blev således indført ved lov nr. 370 af 13. november 1968, der trådte i kraft den 1. januar 1970 (i forbindelse med indførelsen af kildeskatten). Danmark har altså haft regler om udenlandske selskabers begrænsede skattepligt til Danmark af udbytter i 40 år – kun afbrudt af en kort periode på 2 1/2 år fra 1999 - 2001.

Ved lov nr. 1026 af 23. december 1998 afskaffedes således den generelle begrænsede skattepligt på udbytter i moder-/datterselskabsforhold (25 % ejerskab) med virkning fra og med indkomståret 1999, og den genindførtes ved lov nr. 282 af 25. april 2001 (i de tilfælde, hvor beskatningen af udbyttet ikke skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i moder/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst). Sidstnævnte lovændring havde virkning for udbytter udbetalt fra og med den 1. juli 2001.

Moder-/datterselskabsdirektivet blev implementeret i dansk ret ved lov nr. 219 af 1. april 1992 i selskabsskattelovens § 2, stk. 5, således at der herefter ikke længere skulle indeholdes udbytteskat ved udlodning af udbytter til moderselskaber inden for EU.

Det følger heraf, at det i næsten 20 år har haft direkte betydning for spørgsmålet om begrænset skattepligt, om der er tale om et udbyttmodtagende moderselskab (inden for EU), og siden 2001, om der er tale om et udbyttmodtagende moderselskab i et overenskomstland.

Hertil kommer imidlertid, at fortolkningen af begrebet ”retmæssig ejer” gennem årene har haft betydning i relation til alle de dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvor dette begreb er medtaget som betingelse for at opnå lempelse. Begrebet ”retmæssig ejer” blev introduceret i modeloverenskomsten i 1977.

Det er ikke troværdigt, at den omstændighed, at der først nu er blevet rejst (et stort antal) sager om begrænset skattepligt, hvori de faktiske forhold ganske svarer til de faktiske forhold i tidligere indkomstår, skulle være udtryk for, at den tidligere ligningsmæssige behandling har været mangelfuld.

Det gøres gældende, at SKATs fortolkning af, hvad der skal forstås ved ”retmæssig ejer” er ændret, ligesom SKAT har ændret opfattelse af, hvornår et udenlandsk selskab har krav på skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet.

Som et eksempel herpå kan nævnes, at SKATs nu forfægtede fortolkning afviger fra Skatteministerens svar af 6. november 2006 på spørgsmål S 474, hvorefter udtrykket ”rette indkomstmodtager” må anses for at være meget lig udtrykket ”beneficial owner”.

Som et andet eksempel kan nævnes, at SKAT negligerer ministerens svar i SKM 2008.728 DEP, hvorefter der stilles krav om faktisk gennemstrømning.

EF-Traktatens frihedsrettigheder

Blot for alle tilfældes skyld bemærkes, at den foretagne udbyttebeskatning også indebærer en krænkelse af EF-Traktatens frihedsrettigheder, fordi den foretagne beskatning indebærer anvendelsen af en mere vidtgående misbrugsregel over for et holdingselskab i en anden medlemsstat end de misbrugsregler, der kan anvendes over for danske holdingselskaber.

SKATs (berettigede) undladelse af at anvende interne misbrugsregler – realitetsbetragtninger og princippet om rette indkomstmodtager – i sagen viser således, at SKAT (korrekt) ikke ville have pålagt udbytteskat, dersom FS Invest II S.a.r.l. i stedet havde været et dansk holdingselskab. Dermed ville det have været mere fordelagtigt at etablere et dansk holdingselskab end et luxembourgsk holdingselskab. Der foreligger således en åbenbar restriktion, som ikke kan retfærdiggøres af tvingende almene hensyn.

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Selskabet har den 10. maj 2005 udloddet udbytte på 5.544,2 mio. DKK til moderselskabet, FS Invest II S.a.r.l. Heraf er 5.537,2 mio. DKK samme dag udlånt tilbage til Selskabet, der samme dag har foretaget en forhøjelse af aktiekapitalen i FS Funding A/S ved indbetaling af ca. 7.693 mio. DKK. FS Funding A/S har anvendt beløbet til køb af ISS A/S. Den 31. december 2005 er 5.500 mio. DKK af udlånet til Selskabet konverteret til aktiekapital i Selskabet.

Ifølge kildeskattelovens § 65, stk. 1, skal selskaber indeholde udbytteskat i forbindelse med vedtagelse eller beslutning om udbetaling af udbytte. Ifølge bestemmelsens stk. 5, skal der dog ikke indeholdes udbytteskat i udbytte, som et selskab, der er hjemmehørende i udlandet, modtager fra et selskab, der er hjemmehørende her i landet, når det pågældende udbytte ikke er omfattet af skattepligten, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Ifølge den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra c, er selskaber, der har hjemsted i udlandet, som udgangspunkt begrænset skattepligtige af udbytte, jf. 1. pkt. Dette gælder dog ikke udbytte, som oppebæres af et selskab, der ejer mindst 20 % af aktiekapitalen (for så vidt angår 2005) i det udbyttegivende selskab i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal ligge, jf. 2. og 3. pkt. Det er en betingelse, at beskatningen af udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor selskabet er hjemmehørende, jf. 4. pkt.

3 retsmedlemmer – herunder retsformanden – bemærker:

Ifølge dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og Luxembourg af 17. november 1980 artikel 10, stk. 2, kan udbytte beskattes i kildestaten. Den skat, der pålægges, må dog – såfremt modtageren er udbyttets retsmæssige ejer, og denne er et selskab, der direkte ejer mindst 25 % af kapitalen i det udlodende selskab – ikke overstige 5 % af bruttobeløbet af udbyttet.

Bestemmelsen svarer til artikel 10 i OECDs modeloverenskomst.

Af kommentar til modeloverenskomstens artikel 10 punkt 12 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. Af kommentarens punkt 12.1 fremgår, at en agent eller medlemmand ikke kan anses som retmæssig ejer, og at en person, der på anden måde end som agent eller medlemmand, blot fungerer som ”gennemstrømningsenhed” (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst, heller ikke kan anses for retmæssig ejer. Der er henvist til rapport fra Committee on Fiscal Affairs, hvorefter fremgår, at et ”gennemstrømnings-selskab” 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. I kommentarens punkt 22 er det anbefalet at aftale særlige undtagelser for det tilfælde, at den retmæssige ejer af udbytte fra kildestaten er et selskab i den anden kontraherende stat, som ejes af aktionærer, der er hjemmehørende uden for denne stat, og hvor selskabet ikke udbetaler fortjeneste i form af udbytte og nyder en begunstigende skattemæssig behandling.

Som følge heraf anses udbyttedagere, der er agenter, medlemmænd og ”gennemstrømnings-selskaber” ikke for retmæssige ejere af udbyttet. For så vidt angår ”gennemstrømnings-selskaber” 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 udbyttedager 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 FS Invest II S.a.r.l. den 10. maj 2005 oppebar det pågældende udbytte.

Idet FS Invest II S.a.r.l. ikke har viderekanaliseret det pågældende udbytte til dets moderselskab, FS Invest S.a.r.l. eller dets aktionærer, men i stedet har anvendt udbyttet til udlån til Selskabet, hvorfra det er anvendt til kapitalforhøjelse i FS Funding A/S, der endeligt har anvendt beløbet til køb af ISS A/S, kan FS Invest II S.a.r.l. ikke i relation til dette udbytte anses for et ”gennemstrømnings-selskab”. Under disse omstændigheder anses FS Invest II S.a.r.l. for retmæssig ejer af udbyttet.

Som følge heraf gælder begrænsningen i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10, stk. 2, hvorefter Danmark som kildeland alene kan beskatte 5 % 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.

Ifølge direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater artikel 5, fritages udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, for kildeskat.

Af direktivets artikel 1, stk. 2 fremgår: ”Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.”

Det følger heraf, at direktivets fordele kan nægtes med hjemmel i national rets bestemmelser om hindring af svig og misbrug. I dansk ret findes ikke lovbestemmelser med dette sigte, men hjemmel til hindring af svig og misbrug følger af retspraksis.

Da FS Invest II S.a.r.l. anses for rette indkomstmottager 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. oktober 2003 og 7. december 2006 offentliggjort i henholdsvis SKM2003.482 og SKM2006.749 samt til EF-Domstolens dom i sag C-321/05 (Hans Markus Kofoed) og Skatteministeriets kommentar offentliggjort i SKM2007.843.

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

Idet beskatningen af udbyttet herefter tillige skal frafalde 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.

Disse retsmedlemmer finder, at Selskabet herefter ikke har været pligtigt til at indeholde udbytteskat af udbyttet, jf. kildeskatteovens § 65, stk. 5.

Et retsmedlem bemærker:

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. FS Invest II S.a.r.l. anses ikke for beneficial owner, da selskabet ikke har nogen selvstændig ret til at disponere over udbyttebeløbene. Da FS Invest II S.a.r.l. således alene er indskudt som et mellemliggende holding-selskab, 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 artikel 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 grundsætninger om, at EU-retten ikke kan påberåbes med henblik på at gennemføre svig eller misbrug.

Dette retsmedlem finder herefter, at Selskabet skulle have indeholdt udbytte-skat af udbyttet, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 5.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, og SKATs afgørelse ændres i overensstemmelse hermed.

Den ændrede skatteberegning vil fremgå af en revideret årsopgørelse, som senere vil blive udskrevet af skattemyndighederne.

...”

Yderligere oplysninger om transaktionerne

Af et notarpåtegnet dokument af 28. april 2005 fremgår om stiftelsen af det luxembourgske holdingselskab for FS Invest II S.à.r.l., FS Invest S.à.r.l. (dengang PurusCo Luxembourg Holding S.à.r.l. (det ”øverste” af de to luxembourgske holdingselskaber vist på illustrationen i Landskatterettens kendelse ovenfor side 5)) blandt andet:

”The above named persons in the capacity in which they act, have declared their intention to constitute by the present deed a limited liability company and to draw up the Articles of Association of it as follows:

...

Article 4.-

The company shall have as its business purpose the holding of participations, in any form whatsoever, in Luxembourg and foreign companies, the acquisition by purchase, subscription, or in any other manner as well as the transfer by sale, exchange or otherwise of stock, bonds, debentures, notes and other securities of any kind, the possession, the administration, the development and the management of its portfolio.

The company may participate in the establishment and the development of any financial, industrial or commercial enterprises and may render any assistance by way of loan, guarantees or otherwise to subsidiaries or affiliated companies.

The company may borrow in any form.

In general, it may take any controlling and supervisory measures and carry out any financial, movable or immovable, commercial and industrial operation which it may deem useful in the accomplishment and development of its purpose.

...

Article 7.-

The capital of the company is fixed at one million Danish Krone (DKK 1,000,000.-) divided into five thousand (5,000) parts of two hundred Danish Krone (DKK 200.-) each.

...

Article 10.-

The company is administered by a board of managers consisting of at least four managers at any time. The managers are appointed by the general meeting of participants for an undetermined period. The participants GS Capital Partners 2000, L.P., GS Capital Partners 2000 Offshore, L.P., GS Capital Partners 2000 GmbH & Co Beteiligungs KG, GS Capital partners 2000 Employee Fund, L.P., Goldman Sachs Direct Investment Fund 2000 L.P, Goldman Sachs Investments Ltd, GS Capital Partners V Fund, L.P., GS Capital Partners V Offshore Fund, L.P. and GS Capital Partners V GmbH & Co KG and any member of the Goldman Sachs Group of companies that may replace any one or all such entities as investor in the company or become an additional investor in the company from time to time (together hereinafter referred to as the "GS Investors") acting though an investor designated by such GS Investors shall have the right to present a list of proposed managers for two seats on the board to managers. The managers appointed on proposal by the GS Investors shall be referred to as Class A managers. The participants EQT III Limited and EQT IV Limited and any member of the EQT Group of companies that may replace any one or all such entities as investor in the company or become an additional investor in the company from time to time (together hereinafter referred to as the "EQT Investors") acting though an investor designated by the EQT Investors shall also have the right to present a list of proposed managers for two seats on the board of managers. The managers appointed on proposal by the EQT Investors shall be referred to as Class B Managers. A vacancy in the office of a Class A manager shall be filled with a manager proposed by the GS Investors and a vacancy in the office of a Class B manager shall be filled with a manager proposed by the EQT Investors.

The general meeting of participants has the power to remove managers at any time without giving reasons.

The board of managers is invested with the broadest powers to perform all acts necessary or useful to the accomplishment of the corporate purpose of the company, except those expressly reserved by law to the general meeting. The board of managers represents the company as against third parties and any litigation involving the corporation either as plaintiff or as defendant, will be handled in the name of the company by the board of managers.

In order to be valid, resolutions of the board of managers must be taken by vote of a simple majority of managers in office at any time including at least one Class A manager and one Class B manager.

Written resolutions signed by all the managers will be as valid and effective as if passed at a meeting duly convened and held. Such signatures may appear on a single document or multiple copies hereof and may be evidenced by letter, telex or similar communication.

The company will be bound by the joint signatures of a Class A and a Class B manager.

Special and limited powers may be delegated by the board of managers for determined matters to one or more agents, either participants or not.

...

TITLE V.-FINANCIAL YEAR – PROFITS – RESERVES

Article 12.-

The financial year of the company starts on the first of January and ends on the last day of December of each year.

...

Article 15.-

...

SUBSCRIPTION

The statutes having thus been established, the appearing parties subscribe the whole capital as follows:

GS Capital Partners 2000, L.P., prenamed	512
GS Capital Partners 2000 Offshore, L.P., prenamed	186
GS Capital Partners 2000 GmbH & Co Beteiligungs KS, prenamed	21
GS Capital Partners 2000 Employee Fund, L.P. prenamed	163
Goldman Sachs Direct Investment Fund 2000 L.P., prenamed	18
Goldman Sachs Investments Ltd, prenamed	245
GS Capital Partners V Fund, L.P., prenamed	710
GS Capital Partners V Offshore Fund, L.P., prenamed	367
GS Capital Partners V GmbH & Co KG, prenamed	28
EQT III Limited, prenamed	485
EQT IV Limited, prenamed	2,265
TOTAL	5.000 parts

...

EXTRAORDINARY GENERAL MEETING

After the Articles of Association have thus been drawn up, the above named participants have immediately proceeded to hold an extraordinary general meeting. Having first verified that it was regularly constituted, they passed the following resolutions:

- 1) The registered office of the company is fixed at L-1724 Luxembourg, 31, boulevard Prince Henri.
- 2) Have been elected managers (*gérants*) of the company for an undetermined period:
 - Mr. Edward DE NOR, Vice President, born in Beirut, Lebanon, on 28 September 1967, residing at 25 Princes Gate Court, Exhibition Road, London SW 2QJ, United Kingdom (Class A manager);
 - Mr. Alain STEICHEN, Attorney-at-law, born in Luxembourg, Grand-Duchy of Luxembourg, on 28 April 1958, professionally residing at 44, rue de la Vallée, L-2661 Luxembourg (Class A manager);
 - Mr. David JEFFREYS, Consultant, born in Hoddesdon, United Kingdom, on 1 October 1959, residing at Canon Hall, La Turquie, Bordeaux, Vale, GY3, 5 EB, Bailivick of Guernsey (Class B manager);
 - Mr. Christian SINDING, partner, born in OSLO, Norway on 9 November 1972, residing at Ryvangs Allé 18, DK-2100 Copenhagen, Denmark (Class B manager).

..."

Ifølge en udskrift fra det luxembourgske Registre de Commerce et des Sociétés er selskabet stiftet den 28. april 2005 med en kapital på 1.537.489.600 kr.

Vedtægterne for FS Invest II S.à.r.l. (dengang PurusCo Luxembourg S.à.r.l. (det "nederste" af de to luxembourgske holdingselskaber vist på illustrationen i Landskatterettens kendelse ovenfor side 5)) pr. 9. maj 2005 indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

"Article 2.-

The denomination of the company is "**PurusCo Luxembourg S.à.r.l.**".

...

Article 4.-

The company shall have as its business purpose the holding of participations, in any form whatsoever, in Luxembourg and foreign companies, the acquisition by purchase, subscription, or in any other manner as well as the transfer by sale, exchange or otherwise of stock, bonds, debentures, notes and other securities of any kind, the possession, the administration, the development and the management of its portfolio.

The company may participate in the establishment and development of any financial, industrial or commercial enterprises and may render any assistance by way of loan, guarantees or otherwise to subsidiaries or affiliated companies.

The Company may borrow in any form.

In general, it may take any controlling and supervisory measures and carry out any financial, movable or immovable, commercial and industrial operation which it may deem useful in the accomplishment and development of its purpose.

...

Article 7.-

The capital of the company is fixed at 1,511,018,200,- DKK (one billion five hundred eleven million eighteen thousand two hundred Danish Krone) divided into 7,555,091 (seven million five hundred fifty five thousand ninety one) parts of 200,- DKK (two hundred Danish Krone) each.

...

Article 10.-

The company is administered by a board of managers consisting of at least four managers at any time. The managers are appointed by the general meeting of participants for an undetermined period. The participants GS Capital Partners 2000, L.P., GS Capital Partners 2000 Offshore, L.P., GS Capital Partners 2000 GmbH & Co. Beteiligungs KG, GS Capital Partners 2000 Employee Fund, L.P., Goldman Sachs Direct Investment Fund 2000 L.P., Goldman Sachs Investments Ltd., GS Capital Partners V Fund, L.P., GS Capital Partners V Offshore Fund, L.P. and GS Capital Partners V GmbH & Co KG and any member of the Goldman Sachs group of companies that may replace any one or all such entities as investor in the company or become an additional investor in the company from time to time (together hereinafter referred to as the "GS Investors") acting through an investor designated by such GS Investors shall have the right to present a list of proposed managers for two seats on the board of managers. The managers pointed on proposal by the GS Investors shall be referred to as Class A managers. The participants EQT III Limited and EQT IV Limited and any member of the EQT group of companies that may replace any one or all such entities as investor in the company or become an additional investor in the company from time to time (together hereinafter referred to as the "EQT Investors") acting through an investor designated by the EQT Investors shall also have the right to present a list of proposed managers for two seats on the board of managers. The managers appointed on proposal by the EQT Investors shall be referred to as Class B managers. A vacancy in the office of a Class A manager shall be filled with a manager proposed by the GS Investors and a vacancy in the office of a Class B Manager shall be filled with a manager proposed by the EQT Investors.

The general meeting of participants has the power to remove managers at any time without given reasons.

The board of managers is invested with the broadest powers to perform all acts necessary or useful to the accomplishment of the corporate purpose of the company, except those expressly reserved by law to the general meeting. The board of managers represents the company as against third parties and any litigation involving the corporation wither as plaintiff or as defendant, will be handled in the name of the company by the board of managers.

In order to be valid, resolutions of the board of managers must be taken by vote of a simple majority of managers in office at any time including at least one Class A manager and one Class B manager. Written resolutions signed by all the managers will be as valid and effective as if passed at a meeting duly convened and held. Such signatures may appear on a single document or multiple copies thereof and may be evidenced by letter, telefax or similar communication.

The company will be bound by the joint signatures of a Class A and a Class B manager.

Special and limited powers may be delegated by the board of managers for determined matters to one or more agents, either participants or not.

...

Article 12.-

The financial year of the company starts on the first of January and ends on the last day of December of each year.

..."

Ifølge en udskrift fra det luxembourgske Registre de Commerce et des Sociétés er selskabet stiftet den 28. april 2005 med en kapital på 1.511.018.200 kr.

Af et referat af et bestyrelsesmøde den 9. maj 2005 i FS Invest II S.à.r.l. fremgår blandt andet:

"RESOLUTIONS

...

8. RESOLVED to approve the Convertible Subordinated Financing Instrument to be dated on or about May 10, 2005 between the Company as Lender and PurusCo Denmark Holding A/S, as defined above, as Borrower pursuant to which the Lender will contribute to the Borrower a loan in the amount of DKK 5,500,000,000 at par value on the terms and

conditions set out therein.

9. RESOLVED to approve the Loan Agreement for an amount of DKK 37,200,000 to be dated on or about May 10, 2005 between the Company as Lender and PurusCo Denmark Holding A/S, as defined above, at Borrower on the terms and conditions set out therein.
10. RESOLVED to approve the issuance of a power attorney, substantially in the form set out in Schedule 1, to represent the Company at an extraordinary general meeting of PurusCo Denmark Holding A/S, as defined above, resolving to approve the issuance by PurusCo Denmark Holding A/S of the Convertible Subordinated Financing Instrument, as defined in point 6 of this agenda.

...

14. RESOLVED to authorize any of the Company's Managers and any of Peter KORSHOLM and Ole ANDERSEN (each an "**Authorised Signatory**"), acting individually, (i) to sign, execute and deliver any agreement, document, certificate or notice in connection with the foregoing resolutions and (ii) to do and perform, or cause or authorize to be done and performed, any and all such other acts, deeds and things and to make, execute and deliver, or cause to be made, executed and delivered in the name and behalf of the Company any and all such other agreements, undertakings, powers of attorney, documents, consents, fillings or instruments with such terms and provisions as any Authorised Signatory may approve, as such may deem necessary or appropriate to effect the documents contemplated by the foregoing resolutions, to fulfill the obligations of the Company in connection therewith, or otherwise to carry out the purpose and intent of the foregoing resolutions, the execution, delivery or performance thereof or the taking of any such action to be conclusive evidence of such approval and authority. "

Peter Korsholm og Ole Andersen er partnere i EQT-kapitalfondene.

Peter Korsholm autoriserede ved fuldmagt af 6. maj 2005 på vegne FS Invest II S.å.r.l. advokat Niels Heering eller en substitut udpeget af ham til at repræsentere og stemme på vegne selskabet på den kommende generalforsamling i ISS EQUITY A/S (dengang PurusCo Denmark Holding A/S (det "øverste" danske holdingselskab vist på illustrationen i Landskatterettens kendelse ovenfor side 5)).

Den 10. maj 2005 godkendte bestyrelsen i ISS EQUITY A/S årsregnskabet, jf. referatet af et den pågældende dato kl. 8.20 afholdt bestyrelsesmøde punkt 2. Ifølge punkt 3 besluttede bestyrelsen endvidere at udbetale 5.544.200.000 kr. i udbytte for regnskabsåret. Et beløb på 2.058.581.250 kr. blev overført som overskud.

På et yderligere bestyrelsesmøde samme dag kl. 10.15 besluttede bestyrelsen, jf. referatet af dette møde punkt 2, at optage et lån på 5.500.000.000 kr. mod udstedelse af et konvertibelt gældsbrief til selskabets eneaktionær, FS Invest II S.å.r.l., og om at foretage en hertil knyttet kapitalforhøjelse. FS Invest II S.å.r.l. tegnede herefter det konvertible gældsbrief ved påtegning af referatet.

Af lånedokumentet af 10. maj 2005 om det konvertible lån på 5,5 mia. kr. fremgår, at lånet, som ifølge punkt 2.5, forrentedes i 2005 med en årlig rente på 10 %, er efterstillet:

”7.1 The Loan Amount and any accrued and unpaid Interest shall, with respect to payment rights, redemption and rights of liquidation, bankruptcy and dissolution, rank subordinate to all other present and future obligations (creditors) of the Borrower whether secured or unsecured except if similar Instruments are issued in the future, in which case, the Loan Amount and any accrued and unpaid interest will rank pari passu with similar instruments.

7.2. “**Subordination Agreement**” means the subordination agreement dated on or about the date of this Instrument between the Borrower, the Lender and Citibank International plc. The terms of this Instrument are subject to the terms of the Subordination Agreement, and the terms of the Subordination Agreement shall prevail to the extent that they conflict with this Instrument.

...”

Det ikke-konvertible lån på 37,2 mio. kr. blev, jf. lånedokumentet af 10. maj 2005 om dette, på samme måde efterstillet. Rentesatsen på dette lån var ligeledes i 2005 10 % p.a., jf. punkt 2.

Ifølge FS Invest II S.å.r.l. er efterstillingen efter de optagne banklån baggrunden for, at rentebetalingen nødvendigvis måtte ”oprulles”, således at renter først ville blive betalt ved salg af det opkøbte selskab eller som sket for så vidt angår det konvertible lån på 5,5 mia. kr. ved en konvertering af lån og påløbne renter til aktier. Selskabet har anført, at dette er en ganske sædvanlig fremgangsmåde ved koncerninterne lån som nærværende på grund af bankernes krav om prioritet for deres udlån.

Om investorernes indflydelse på de foretagne dispositioner er det i advokat Hans Severin Hansens brev til Landskatteretten af 1. juli 2009 anført:

”Det kan uden videre lægges til grund, at hverken beslutningen om at stemme for udlodningen af et udbytte på 5,5 mia. DKK eller om at udlåne beløbet til FS Equity A/S er spontane ledelsesbeslutninger i FS Invest II S.å.r.l.”

Ifølge referatet af et bestyrelsesmøde i FS Invest II S.å.r.l. den 15. december 2005 besluttede bestyrelsen:

- “1. The Managers approve the conversion of DKK 5,859,027,778 of debt, comprising (1) DKK 5,500,000,000, corresponding to the total loan amount, and (2) DKK 359,027,778 of interest of the loan amount, owed by ISS Equity A/S to the Company to shares in ISS Equity A/S with effect from 31 December 2005.
2. The managers authorise each of the managers and Peter Korsholm, acting alone, to sign all necessary documents in connection with the exercise of the company’s right of conversion.”

Det konvertible lån fra FS Invest II S.å.r.l. til ISS EQUITY A/S på 5,5 mia. kr. og de påløbne renter blev i overensstemmelse hermed den 31. december 2005 konverteret til aktier (egenkapital). På det tidspunkt var der påløbet renter på dette lån på 359.027.778 kr. På det ikke-konvertible lån på 37,2 mio. kr. var der på samme tidspunkt påløbet renter på 2.428.333 kr. I alt var der påløbet renter på 361.456.111 kr.

I FS Invest S.å.r.l.’s årsregnskab pr. 31. december 2005 er i note 3 som ”Financial Assets” opført aktier i datterselskabet, FS Invest II S.å.r.l., til en værdi af 8.066.027.573 kr. Det angives endvidere, at FS Invest II S.å.r.l. i regnskabsåret 2005 havde et overskud på 360.326.323 kr.

I årsregnskabet for FS Invest II S.å.r.l. pr. 31. december 2005 nævnes i note 3 ”Financial Assets” aktierne i datterselskabet, FS EQUITY A/S (senere ISS EQUITY A/S) til en værdi af 8.017.609.028 kr. Om lånet til datterselskabet er det oplyst, at renten er på 10 %. De modtagne renter er i regnskabet opført under tilgodehavender. Af selskabets overskud på 360.326.323 kr. i regnskabsåret 2005 er der ifølge regnskabet betalt skat på 730.718 kr. Efter det oplyste er der tale om skat på renteindtægten af lånet på 37,2 mio. kr.

Af årsregnskabet for FS Invest II S.à.r.l. pr. 31. december 2006 fremgår, at lånet til FS EQUITY A/S og tilskrevne renter på 3.870.365 kr. den 11. maj 2006 blev konverteret til aktiekapital.

Om baggrunden for, at ISS EQUITY A/S blev stiftet først og for arrangementet med indskud af kapital i dette selskab før stiftelsen af de to luxembourgiske holdingselskaber samt udbyttebetaling og lån har FS Invest II S.à.r.l. oplyst, at kapitalindskud i et luxembourgsk selskab ville have udløst krav om betaling af en kapitaltilførselsafgift på 2 % af 7,7 mia. kr., det vil sige ca. 154 mio. kr., i Luxembourg. Dette kunne undgås ved at stifte det danske selskab først, indskyde kapitalen i dette selskab, udlodde en del af kapitalen til det luxembourgiske selskab og første herefter foretage udlånet på 5,5 mia. kr. fra det luxembourgiske selskab til det danske selskab.

SKATs oplægsskrivelse

SKAT har udarbejdet to notater af 29. august 2008.

I det første notat "Lånearrangement på 5,5372 mia. DKK etableret i forbindelse med kapitalfondens køb af aktiemajoriteten i ISS A/S den 10. maj 2005" anføres blandt andet:

" 5. SKAT's overvejelser

...

SKAT undersøger indholdet af de to lånearrangementer på hhv. 5,5 mia. DKK og 37,2 mio. DKK, herunder om der er grundlag for at beregne renter på disse meget atypiske lån, om renteberegningen efter omstændighederne burde være nul-stillet og/eller om lånearrangementerne kan anses som rene skattearrangementer, hvis eneste formål er at generere et skattefradrag ved en såkaldt skatteudnyttelse uden forretningsmæssigt indhold.

...

9.1. SKAT's foreløbige begrundelse og sammenfattende resultat:

...

På det således foreliggende bedømmelsesgrundlag finder SKAT, at konstruktionen ikke er forretningsmæssigt begrundet, men at den udelukkende kan anses at være gennemført af skattemæssige årsager med det ene formål at danne og beregne et rentefradrag ved en skatteudnyttelse."

Af det andet notat af 29. august 2008 "Overvejelser om begrænset skattepligt" fremgår blandt andet:

"b. Begrænset skattepligt – indeholdelse af udbytteskat

I forbindelse med SKAT's overvejelser om begrænset skattepligt, skal der tages stilling til eventuel pligt for FS Equity A/S til at indeholde kildeskat på udbytter mv. til de retmæssige ejere, hvis disse ikke er selskaberne i Luxembourg. Til brug for disse overvejelser skal SKAT anmode om oplysninger vedrørende aktionærforhold/ejerforhold til selskaberne i Luxembourg dels pr. 10. maj 2005, dels pr. 31. december 2005, jfr. nedenfor under pkt. b.1. og b.2."

Der oplystes herefter en række spørgsmål til ISS EQUITY A/S.

Begge notater blev sendt som en oplægsskrivelse til ISS EQUITY A/S den 29. august 2008.

Advokat Hans Severin Hansen gjorde som advokat for ISS EQUITY A/S i et brev af 2. januar 2009 indsigelse mod de ifølge SKATs oplægsskrivelse påtænkte forhøjelser.

De to afgørelser om renteskat og rentefradrag

Ved kendelse af 1. november 2010 ændrede Landsskatteretten en afgørelse truffet af SKAT, hvorefter ISS EQUITY A/S var blevet anset for indeholdelsespligtig med hensyn til renteskat på 108.436.833 kr. for renter udbetalt til FS Invest II S.à.r.l. Under henvisning til kendelsen af 3. marts 2010, som denne sag vedrører, udtalte Landsskatteretten:

"Da de pågældende renter efter gældskonverteringerne ligeledes ikke er viderekaliseret til FS Invest II S.à.r.l. moderselskab eller dets aktionærer, anses FS Invest II S.à.r.l. heller ikke i relation til renterne for et "gennemstrømnings-selskab". FS Invest II S.à.r.l. anses hermed også for den retmæssige ejer af renterne, jf. dobbeltbeskatningsaftalens art. 11, stk. 1.

Herefter, og da begrebet retmæssig ejer i direktivets forstand må her forstås på samme måde som i dobbeltbeskatningsaftalen, omfattes FS Invest II S.à.r.l. af såvel overenskomstens som direktivets fordele om bortfald af renteskat, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Selskabet har dermed ikke været pligtigt til at indeholde kildeskat af renterne, jf. kildeskattelovens § 65 D."

Denne afgørelse er indbragt for Københavns Byret og herefter henvist til Østre Landsret. Forberedelsen er endnu ikke afsluttet.

SKAT nedsatte ved en afgørelse af 15. maj 2009 det af ISS EQUITY A/S selvangivne fradrag for renteudgifter på 361.456.111 kr. på de to koncerninterne lån til 217.958.035 kr. FS Invest II S.å.r.l. har indbragt afgørelsen for Landskatteretten. I en kontorudtalelse af 28. oktober 2011 indstilles det at ændre SKATs afgørelse, så fradrag ansættes i overensstemmelse med det selvangivne.

Den efterfølgende skattemæssige behandling af fusionen mellem ISS EQUITY A/S og FS Invest II S.å.r.l.

Forud for gennemførelsen af fusionen i 2010 mellem ISS EQUITY A/S og FS Invest II S.å.r.l. bad ISS EQUITY A/S Skatterådet om en bindende forhåndsbesked om blandt andet:

”Kan Skatterådet ... bekræfte, at den beskrevne grænseoverskridende fusion kan gennemføres som en skattefri fusion omfattet af fusionsskattelovens § 15, stk. 4, med den virkning, at der ikke udløses beskatning på selskabs- eller aktionærniveau ...”

I Skatterådets bindende svar af 21. september 2010 bekræftede Skatterådet, at den grænseoverskridende fusion kunne gennemføres skattefrit efter fusionsskattelovens § 15, stk. 4. Skatterådet angav imidlertid samtidig, at fusionen kunne give anledning til udlovningsbeskatning efter ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a. Om der kunne blive tale om en sådan beskatning afhang ifølge forhåndsbeskeden af, om FS Invest II S.å.r.l. kunne modtage skattefrit udbytte fra ISS EQUITY A/S efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, og dette afhang af, om udbyttebeskatningen kunne frafaldes eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. Med andre ord var spørgsmålet, om FS Invest II S.å.r.l. kunne anses for retmæssig ejer af den antagne udlodning fra ISS EQUITY A/S, idet selskabet, hvis dette ikke var tilfældet, ville skulle betale udbytteskat af værdien af aktierne i ISS EQUITY A/S.

Efterfølgende stillede ISS EQUITY A/S følgende spørgsmål til Skatterådet:

”Kan Skatterådet bekræfte, at FS Invest II S.å.r.l. efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg anses som retmæssig ejer af det udbytte, der efter Skatterådets opfattelse anses for udloddet i forbindelse med den grænseoverskridende fusion, der påtænkes gennemført skattefrit efter fusionsskattelovens regler mellem ISS Equity A/S som det indskydende sel-

skab og FS Invest II S.à.r.l. som det modtagende selskab, og at der dermed ikke er grundlag for udlodningsbeskatning i Danmark af det pågældende udbytte.”

Spørgsmålet blev, jf. Skatterådets bindende svar af 16. november 2010 besvaret med et ”Ja.”.

Skatterådet tiltrådte herved SKATs indstilling som lød:

”...

Efter SKAT's opfattelse er det således en grundlæggende forudsætning for pålæggelse af kildeskat på udbytter, der udloddes til et moderselskab i et DBO-land, og som har begrænsede eller endog ikke-eksisterende (reelle) beføjelser til at disponere over udbyttebeløbet, at det konkret kan påvises eller sandsynliggøres, at transaktionen har skatteundgåelse eller –unddragelse (eller ”misbrug”) som formål eller konsekvens.

Det ses ikke muligt på nuværende tidspunkt at vurdere, om det luxembourgiske fortsættende selskab vil have nogen reel beføjelse til at disponere over det beløb, der må anses for at blive udloddet som likvidationsprovenu ved en gennemførelse af den planlagte lodrette fusion.

SKAT finder dog på baggrund af en konkret vurdering af det oplyste vedrørende den påtænkte transaktion, at en gennemførelse af den lodrette fusion ikke vil udgøre et sådant misbrug (eller en sådan skatteundgåelse –unddragelse), at betingelserne for at gennemføre en beskatning af likvidationsprovenu som udbytte efter selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c, er opfyldt.

...”

Landsskatteretten har ved kendelse af 12. februar 2011 givet ISS EQUITY A/S medhold i en klage over det første svar fra Skatterådet og ændret besvarelsen til et ”Ja.”.

Retsgrundlaget

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg og modelbeskatningsoverenskomsterne

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg af 17. november 1980, jf. bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982, indeholder blandt andet følgende bestemmelser.

”Artikel 3
Almindelige definitioner
Stk. 1. ...

Stk. 2. Ved anvendelsen af denne overenskomst i en kontraherende stat skal, medmindre andet følger af sammenhængen, ethvert udtryk, som ikke er defineret deri, tillægges den betydning, som det har i denne stats lovgivning om de skatter, hvorpå overenskomsten finder anvendelse.

...

Artikel 10

Udbytte

Stk. 1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne anden stat.

Stk. 2. Sådant udbytte kan imidlertid også beskattes i den kontraherende stat, hvori det selskab, der betaler udbyttet, er hjemmehørende, og i henhold til lovgivningen i denne stat, men den skat, der pålægges, må, såfremt modtageren er udbyttets retmæssige ejer, ikke overstige:

- a) 5 pct. af bruttobeløbet af udbyttet, hvis den retsmæssige ejer er et selskab (bortset fra et interessentskab og et kommanditselskab), der direkte ejer mindst 25pct. af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet;
- b) 15 pct. af bruttobeløbet af udbyttet i alle andre tilfælde.

Bestemmelserne svarer til artikel 3, stk. 2, og artikel 10 i OECDs modeloverenskomst fra 1977.

I kommentarerne til artikel 10, stk. 2, i 1977-modeloverenskomsten anføres:

” 12. Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State. States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.”

I punkt 10 omtales i afsnittet “Misbrug af overenskomsten”, at nogle af disse situationer behandles i overenskomsten ved f.eks. at indføre begrebet retmæssig ejer i artikel 10, 11 og 12, som også nævnes i kommentarerne til artikel 10. Det angives endvidere, at det kan være formålstjenligt for de kontraherende stater, at de i bilaterale forhandlinger opnår enighed om, at en skattelempelse ikke finder anvendelse i visse tilfælde, eller at opnå enighed om, at anvendelsen af nationale love mod skatteunddragelse ikke berøres af overenskomsten. I punkt 22 til artikel 10 henvises også til muligheden for ved bilaterale forhandlinger at indgå aftale om særlige undtagelser til artikel 10, stk. 2, i tilfælde, hvor kapitalen i et selskab, som har domicil i en medlemsstat og dermed nyder godt af skattebortfald/nedsættelse efter bestemmelsen, ejes af aktionærer, som er hjemmehørende i et tredjeland.

I en rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" udarbejdet af OECDs Committee on Fiscal Affairs, som blev taget til efterretning af OECD Rådet den 27. november 1986, angives det blandt andet:

I. THE PROBLEM STATED

A. *General*

1. In its commentary on Article 1 of the 1977 OECD Model convention, the Committee on Fiscal Affairs expressed its concern about improper use of tax conventions (see paragraph 9) by a person (whether or not a resident of a Contracting State), acting through a legal entity created in State with the main or sole purpose of obtaining treaty benefits which would not be available directly to such person.

2. This report deals with the most important situation of this kind, where a company situated in a treaty country is acting as a conduit for channeling income economically accruing to a person in another State who is thereby able to take advantage "improperly" of the benefits provided by a tax treaty. This situation is often referred to as "treaty shopping".

...

H. *Search for solutions*

11. The existence of "conduit Companies" has long been perceived to be a problem in treaty negotiations. It may also become a problem in the application of existing treaties if the treaty partners were not aware of the existence of "conduit companies" when negotiating the treaty or if it only becomes a problem subsequently (e.g. by reason of changes in domestic laws or by the emergence of new tax avoidance schemes, as in the case of "stepping-stone strategies").

12. In seeking a response to this problem this report considers:
a) Certain provisions of existing OECD Model Convention and their implications for conduit companies (Part II);
b) Specific provisions currently found in bilateral treaties (Part III), and;
c) The problems of applying existing tax treaties (Part IV).
On the basis of these studies the report sets out suggestions for future action (Part V)."

II. THE 1977 OECD MODEL CONVENTION: GENERAL APPROACH AND SPECIFIC PROVISION

...

B. *Anti-avoidance provisions*

...

b) Article 10 to 12 of the OCD Model deny the limitation of tax in the State of source on dividends, interest and royalties if the conduit company is not its "beneficial owner"... The commentaries mention the case of a nominee or agent. The provision would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company). In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary.

...

16. Opinions may differ as to whether the absence of an overall solution to the conduit problem was at the time a serious flaw in the 1977 OECD Model. It was understood, as pointed out in the OECD Commentaries, that Member countries were free to insert adequate solutions in their bilateral treaties. However, the problem has become more acute over recent years and calls for further study. Improvements seem advisable in several respects:

- a) OECD should set out policies regarding conduit companies in more detail in order to prevent improper use of tax treaties. Consequently the Commentaries should in some way (e.g. in a summarised form or by citing this report) take into account the conclusions reached by the Committee on Fiscal Affairs in Part III below;
- b) Recently new strategies seem to have been developed for the use of conduit companies based in many countries. The OECD Model or its Commentaries should accordingly offer solutions to this problem taken into account the considerations under Part IV;
- c) The provisions mentioned in paragraph 14 above and/or the Commentaries should be revised in order to solve any existing difficulties and doubts.

These problems will be considered in any revision of the OECD Model.

III. BILATERAL TREATIES: PROBLEMS FOR NEGOTIATIONS.

...

B. Specific provisions relating to conduit companies

21. An important method for finding adequate solutions to problems caused by conduit companies is the insertion of specific clauses dealing with this special situation. In this section, several specific approaches are discussed under the headings “general description”, “scope and limitations” and “evaluation”. These are:

1. The “look-through” approach ...
2. The exclusion approach ...
3. The subject-to-tax approach ...
4. The channel approach ...
5. Bona fide provisions ...

Examples of such provisions used in certain tax treaties between Member are set out in Annex II.

...

5. Bona Fide Provisions.

42. The solutions described above are of a general nature. In connection with them, it will be necessary to provide specific provisions to ensure that treaty benefits will be granted in bona fide cases. Such provisions could have the following wording:

...

IV. APPLICATION OF EXISTING TREATIES

A. General Considerations

43. Existing conventions may have clauses with safeguards against the improper use of their provisions. Where no such provisions exist, treaty benefits will have to be granted under the principle of “*pacta sunt servanda*” even if considered to be improper.

...

45. A special difficulty increasingly encountered by tax authorities under existing conventions is the use of highly artificial arrangements called “stepping-stone” devices.

...

Improper use of tax conventions in such cases may be counteracted by changing one of these basic conditions. It is, however, evident that this may require a change of policies which could affect bona fide economic activities.

This might also lead to complicated rules, highly burdensome to tax administrations. It may therefore be preferable to counteract such highly complex arrangements by recourse to the principle of “substance over form”.

...”

I rapportens afsnit II om bilaterale overenskomster er i afsnit B vedrørende hver af de angivne løsningsforslag givet en generel beskrivelse af den mulige løsning, forslag til formulering af en klausul i bilaterale overenskomster, som gennemfører løsningen, og en vurdering af fordele og ulemper ved den pågældende metode.

I kommentarerne til artikel 10, stk. 2, i OECDs modeloverenskomst fra 2003 anføres det:

”12. The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid ... to a resident” as they are used in paragraph 1 of the Article. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source has concluded a convention. The term “beneficial owner” is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.

12.1 Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons the report from Committee on Fiscal Affairs entitled “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies” concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner, if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.

12.2 Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.

Under kommentarerne om "Forholdet til tidligere versioner" i punkt 35 anføres det, at ændringer i modeloverenskomstens bestemmelser og ændringer i kommentarerne ikke er relevante ved fortolkningen eller anvendelsen af tidligere indgåede overenskomster, når bestemmelserne i den oprindelige overenskomst er forskellige i substansen fra de ændrede artikler. Det angives endvidere, at andre ændringer i eller tilføjelser til kommentarerne normalt er anvendelige ved fortolkningen og anvendelsen af overenskomster, der er indgået før ændringerne eller tilføjelserne blev til. Som begrundelse herfor anføres, at kommentarerne afspejler en enighed mellem medlemslandene i OECD om den rette fortolkning af de eksisterende bestemmelser og deres anvendelse i de enkelte situationer.

Punkt 22 i 2003 kommentarerne vedrørende artikel 10 svarer til det tilsvarende punkt 22 i kommentaren fra 1977.

Bemyndigelsesloven

Ved lov nr. 945 af 23. november 1994 blev lov nr. 74 af 31. marts 1953 om indgåelse af overenskomster med fremmede stater til undgåelse af dobbeltbeskatning mv. ophævet.

Af punkt 1 i de almindelige bemærkninger i lovforslaget (nr. 3 af 6. oktober 1994) fremgår, at formålet med forslaget var at sikre folketingets kontrol med indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster. I punkt 2 "Baggrunden for dobbeltbeskatningsoverenskomster" anføres:

"En dobbeltbeskatningsoverenskomst kan derimod ikke skærpe beskatningen i forhold til den generelle skattelovgivning. Folketingsgodkendelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster ved lov skal ikke medføre ændringer heri. En dansk overenskomst kan fortsat ikke danne hjemmel for dansk beskatning i tilfælde, hvor der ikke er hjemmel til beskatning i skattelovgivningen."

Direktiv 90/435/EØF

Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater ("moder-/datterselskabsdirektivet"), som ændret ved Rådets direktiv 2003/123/EØF af 22. december 2003, indeholder følgende bestemmelser:

"...

Artikel 1

- ...
2. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser og overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.
- ...

Artikel 5

1. Det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat.

...”

Danske regler – kildeskat af udbytter og renter

Ved den ved lov nr. 1026 af 23. december 1998 foretagne ændring af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, blev den hidtil gældende begrænsede skattepligt af udbytter fra danske datterselskaber til udenlandske moderselskabet med en ejerandel på mere end 25 % afskaffet.

Ved lov nr. 282 af 25. april 2001 blev § 2, stk. 1, litra c, på ny ændret, således at skattefriheden blev begrænset til de tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i EU, eller en stat med hvilken Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

I det oprindeligt fremsatte lovforslag (nr. 99 af 10. november 2000) blev selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., foreslået formuleret som følger:

”Det er en betingelse, at moderselskabet er hjemmehørende i en stat, som er medlem af EU, en stat, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, på Færøerne eller i Grønland, samt at datterselskabet er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 2 i direktiv 90/435/EØF.”

Det anføres i de almindelige bemærkninger i lovforslaget om økonomiske og erhvervs-mæssige konsekvenser blandt andet:

”Et udenlandsk moderselskab, der berøres af forslaget, vil formentlig opgive dets danske datterselskab, hvis det danske selskab alene er etableret som led i en international skattekonstruktion. Der vil således være få tilfælde, der bliver omfattet af den foreslåede udbyttebeskatning. På denne baggrund skønnes merprovenuet ved forslaget at være begrænset.

Formålet med forslaget er da heller ikke at opnå en provenugevinst, men som nævnt at modvirke, at Danmark bruges som led i omgåelse af andre landes beskatning eller at Danmark understøtter brugen af skattely-lande til skattefri akkumulering af kapital.”

Under udvalgsbehandlingen besvarede skatteministeren blandt andet et spørgsmål 3 om, hvorfor forslaget forventedes at føre til et begrænset provenu, som følger, jf. bilag 24 til udvalgsbetænkningen:

”...

Selskaberne vil imidlertid kunne omstrukturere sig, således at aktierne i det danske datterselskab overdrages til et datterselskab i et land, hvortil udbyttebetalinger fortsat er fritaget for dansk udbytteskat. Dette er fordelagtigt, hvis udbyttet herfra kan videreudloddet til det egentlige moderselskab med en beskatning, som er lavere end den danske, eventuelt helt uden beskatning.

...”

Under udvalgsbehandlingen rettede først Ernst & Young (jf. bilag 5 til udvalgsbetænkningen), dernæst den 21. november 2000 Arthur Andersen (jf. bilag 9 til udvalgsbetænkningen) og herefter den 28. november 2000 Foreningen Statsautoriserede Revisorer (jf. bilag 21 til udvalgsbetænkningen) henvendelse til Skatteudvalget. De pågældende udtrykte tvivl om, hvorvidt det efter den foreslåede bestemmelse var tilstrækkeligt klart, at et moderselskab skulle være omfattet af definitionen af et ”et selskab i en medlemsstat” i moder-/datterselskabsdirektivet og tilsvarende, at udbyttet skulle være omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, for at et moderselskab, der er hjemmehørende i en stat, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, kunne nyde godt af fritagelsen for dansk kildeskat på udbytte.

Foranlediget heraf fremsatte skatteministeren, jf. ministerens svar vedrørende henvendelsen fra Foreningen Statsautoriserede Revisorer til Skatteudvalget (bilag 21 til udvalgsbetænkningen), ændringsforslag sendt til Skatteudvalget den 10. januar 2001 (bilag 23 til udvalgsbetænkningen) og Skatteudvalgets betænkning af 21. marts 2001, under udvalgets behandling af lovforslaget et forslag til ændring af den oprindeligt foreslåede formulering af § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., således at ordlyden i stedet blev:

”Det er en betingelse, at beskatning af udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF eller efter en dobbeltbeskatnings-

overenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor selskabet er hjemmehørende,”

Af bemærkningerne til ændringsforslaget fremgår, at ændringen havde til formål at tydeliggøre bestemmelsen. Det anføres:

”Det foreslås at præcisere, at det er en betingelse for den foreslåede skattefrihed, at Danmark skal frafalde beskatningen af det pågældende udbytte efter bestemmelserne i moder/datterselskabsdirektivet, eller at Danmark skal frafalde eller nedsætte beskatningen af det pågældende udbytte efter bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Færøerne, Grønland eller den pågældende anden stat.”

I den vedtagne lov er bestemmelsen, som er den, der gælder vedrørende nærværende transaktioner, formuleret som foreslået i ændringsforslaget.

Under behandlingen af lovforslag nr. 119 af 17. december 2003 om ændring af forskellige skattelove (Rentebeskatningsdirektivet, rente-/royaltydirektivet, koncerninterne lån, fraflytterbeskatning, omregning til helårsindkomst, bruttobeskattede personer) rettede Foreningen Statsautoriserede Revisorer en henvendelse af 10. februar 2004 til Skatteudvalget, hvori foreningen gav udtryk for tvivl om, hvorvidt renteskatten ville have den ønskede virkning, når ikke alle EU-lande havde en tilsvarende lovgivning. I et svar til Skatteudvalget anførte skatteministeren om henvendelsen (bilag 21 til udvalgsbetænkningen) blandt andet:

”Det åbner ganske vist risiko for, at f.eks. et dansk selskab kan søge at omgå kildeskatten på rentebetalinger til et finansielt selskab i et lavskatte-land ved at betale renterne til et selskab i et andet, som er omfattet af EU’s rente-/royaltydirektiv eller en dansk dobbeltbeskatningsoverenskomst, og som ikke har kildeskat på rentebetalinger til udenlandske rentemodtagere, hvorefter dette selskab betaler renterne videre til selskabet i lavskatte-landet.

I sådanne tilfælde vil de danske skattemyndigheder imidlertid efter en konkret realitetsbedømmelse kunne lægge til grund, at renternes retmæssige ejer ikke er selskabet i det andet land, men det finansielle selskab i lavskatte-landet, således at rentebetalingerne hverken er omfattet af EU’s rente-/royaltydirektiv eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Efter rente-/royaltydirektivets artikel 5, stk. 2, kan et EU-land nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteomgåelse eller misbrug som en væsentlig bevæggrund.

Bemærkningerne til OECD-modellen til dobbeltbeskatningsoverenskomsten giver også en stat mulighed for at undlade at anvende en overenskomst i særli-

ge tilfælde, jf. afsnittet om misbrug af overenskomsten i bemærkningerne til modellens artikel 1.”

Under behandlingen af lovforslag nr. 116 af 14. december 2005 om forslag til lov om ændring af ligningsloven, selskabsskatteoven og andre skattelove (Justering af erhvervsbeskatningen) kommenterede skatteministeren over for Skatteudvalget en henvendelse fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af 24. februar 2006 om konsekvenserne af at indføre kildeskat på renter (bilag 9). Skatteministeren anførte:

”...

I den forbindelse skal man være opmærksom på, at i forhold til selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra d, må det afgøres ud fra princippet om rette indkomstmottager, hvem der oppebærer renterne.

Kildebeskatningen af renterne skal nemlig kun frafalde efter overenskomsterne, hvis renternes retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden stat. Tilsvarende gælder i rente-/royalty direktivet, jf. direktivets artikel 1, stk. 1. Direktivets fordele kan endvidere nægtes anvendt i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en de væsentligste bevæggrunde.

Hvis kapitalfondene foretager aktie- og låneinvesteringer via holdingselskaber, vil det skulle vurderes om holdingselskabet er rette indkomstmottager/retmæssig ejer af renteindkomsten. Et rent gennemstrømningsholdingselskab i eksempelvis Luxembourg kan efter min opfattelse næppe være rette indkomstmottager/retmæssig ejer af renteindkomsten. Den schweiziske højesteret er kommet frem til, at et rent gennemstrømningsholdingselskab i Danmark ikke vil være retmæssig ejer til udbyttebetalinger efter den dansk-schweiziske overenskomst.”

Under behandlingen af lovforslag nr. 30 af 4. oktober 2006 til lov om indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater angav skatteministeren i et svar til Skatteudvalget af 27. november 2006 på udvalgets spørgsmål 5 om brug af gennemstrømningselskaber i f.eks. Luxembourg som holdingselskaber for danske selskaber, der er erhvervet af internationale kapitalfonde:

”...

Bortfaldet af begrænset skattepligt er betinget af, at det pågældende udenlandske selskab er den retmæssige ejer af udbyttet.

Et rent gennemstrømningselskab, som er hjemmehørende i udlandet, f.eks. Luxembourg, vil ikke være retmæssig ejer af udbyttet, jf. bemærkningerne til artikel 10 i OECD modeloverenskomsten (afsnit 12.1).

...”

Skatteministeriet har den 16. september 2008 kommenteret en række spørgsmål stillet af Foreningen Statsautoriserede Revisorer vedrørende lov nr. 343 og 344 af 18. april 2007 (offentliggjort i SKM 2008.728.DEP). Vedrørende de nye regler om skattefrihed for tilskud anmodede foreningen om en kommentar til:

”betydningen af begrebet ”gennemstrømningsselskab” i relation til tilskudsreglerne og den følgende situation:

Selskab A er hjemmehørende i DK, og er ejet af selskab B hjemmehørende på Cayman Islands. Selskab B er ejet af Selskab C, hjemmehørende i USA. Selskab C ejer endvidere det danske selskab D.

Et tilskud fra A til D vil være skattepligt for D, idet B er hjemmehørende på Cayman Islands, og derfor ikke kan modtage udbytte skattefrit fra A.

Skatteministeriet har i bilag 26 til L 213 udtalt, at såfremt ”skatteyderen kan påvise, at Cayman Islands selskaber ikke er beneficial owner af udbyttet ..., vil der ikke skulle indeholdes kildeskat af udbyttet”.

Kan Skatteministeriet bekræfte, at D vil være skattefri af tilskud fra A, såfremt det ligeledes kan påvises, at selskab B er et gennemstrømningsselskab, forudsat at øvrige betingelser om ejerandel og ejertid er opfyldte?

Skatteministeriet svarede:

”Skatteministeriet har vanskeligt ved at se, hvordan det i det nævnte eksempel kan påvises, at Cayman Island-selskabet er et gennemstrømningsselskab, idet der - i modsætning til det omtalte eksempel i bilag 26 til L 213 - ikke rent faktisk føres en pengestrøm gennem Cayman Island-selskabet.”

På det tidspunkt, hvor de i sagen omhandlede dispositioner fandt sted, var renterne på konvertible gældsbreve som det, der blev udstedt vedrørende lånet på 5,5 mia. kr., fradragsberettigede efter dansk ret, medens renteprovenuet efter luxembourgsk ret blev anset for udbytte, som ikke beskattes. Ved lov nr. 344 af 18. april 2007 blev selskabsskattelovens § 2 B ændret således, at hvis et kreditorland anser renter for udbytte, betragtes renterne også efter dansk ret som udbytte, og er dermed ikke fradragsberettigede. Ændringen havde virkning for renter, der påløb fra den 13. december 2006.

Procedure

Skatteministeriet og FS Invest II S.å.r.l. har med nedennævnte præciseringer og supplerende anbringender i det væsentlige gentaget anbringenderne for Landskatteretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

Skatteministeriet har for landsretten yderligere anført:

Proceserklæring

Skatteministeriet har for Landsretten erklæret, at uanset om Skatteministeriet måtte få medhold i den nedlagte påstand – som parterne er enige om foreløbig er det korrekt opgjorte skattekrav – vil det endelige kildeskattekrav skulle nedsættes, i det omfang FS Invest II S.å.r.l. dokumenterer, at de bagvedliggende investorer er bosiddende i EU-lande og/eller lande med hvilke Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Retmæssig ejer – rette indkomstmodtager

Skatteministeriet har for landsretten ikke bestridt, at det kan lægges til grund, at FS Invest II S.å.r.l. var ”rette indkomstmodtager”, således som dette begreb forstås i dansk ret. Skatteministeriet har heller ikke for landsretten gjort gældende, at den foreliggende holdingselskabskonstruktion ikke som udgangspunkt skal anerkendes og respekteres selskabs- og skatteretligt. Det er netop dette forhold, som begrunder, at der ikke ud fra princippet om rette indkomstmodtager gøres indsigelse mod arrangementet.

Ifølge Skatteministeriet er det afgørende imidlertid, at FS Invest II S.å.r.l. ikke er ”retmæssig ejer”. Der er tale om to selvstændige begrebet, og indholdet af begrebet retmæssig ejer skal i den forbindelse fastlægges på grundlag af en selvstændig international forståelse. Allerede derfor er fastlæggelsen af rækkevidden af begrebet rette indkomstmodtager uden relevans i denne sag.

Det gøres heller ikke gældende, at selve den omstændighed, at for eksempel en beløbsmodtager er under sin ejers kontrol i alle tilfælde er tilstrækkeligt til at frakende modtageren status som retmæssig ejer. Det afgørende er således modtagerens reelle beføjelse over udbyttet.

Misbrug

FS Invest II S.à.r.l. har anerkendt, at formålet med konstruktionen ”nedefra” er at undgå at betale kapitaltilførselsafgift i Luxembourg. Herudover har konstruktionen også den virkning, at det undgås at betale udbytteskat, ligesom der opnås et fradrag for renter. De bagvedliggende ejere har truffet bestemmelse om den valgte fremgangsmåde og har herunder rådet over udbyttet ved bevidst og på forhånd at have truffet beslutning om, at kapitalindskuddet i ISS EQUITY A/S straks skulle udloddes til FS Invest II S.à.r.l. og genudlånes til ISS EQUITY A/S alene for at tilgodese det nævnte formål. Dette indebærer, at arrangementet, som ikke er sket som led i en normal kommerciel transaktion og som savner enhver forretningsmæssig begrundelse, ikke kan begrunde skattefritagelse, fordi FS Invest II S.à.r.l. ikke er retmæssig ejer, jf. dobbeltbeskatningsoverenskomsten artikel 10, stk. 2.

Behandlingen af udbytteudlodningen i forbindelse med fusionen

Den omstændighed, at Skatterådet i sit bindende svar af 16. november 2010 har bekræftet, at FS Invest II S.à.r.l. ville være retmæssig ejer af en eventuel udlodning i forbindelse med fusionen, er ikke af relevans for afgørelsen i nærværende sag, som vedrører transaktionerne i det cirkulære arrangement, herunder udbytteudlodningen, den 10. maj 2005. Skatteministeriet er enig i den begrundelse, som Skatterådet gav i sit bindende svar af 16. november 2010, hvor Skatterådet netop lægger vægt på, at fusionen ikke havde skatteundgåelse eller -unddragelse som formål eller konsekvens. Der er dermed en fundamental forskel mellem transaktionerne i nærværende sag og den fusion, der var genstand for Skatterådets bindende svar.

Moder-/datterselskabsdirektivet

I og med FS Invest II S.à.r.l. ikke er retmæssig ejer, foreligger der ”misbrug”, jf. moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, som begrunder, at selskabet ikke kan påberåbe sig fritagelsen for kildeskat i artikel 5 i direktivet. Hjemlen til ikke at acceptere skattefrihed er selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, hvorefter udgangspunktet er, at Danmark kan kræve kildeskat, medmindre andet følger af moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Dette følger af det under udvalgsbehandlingen af forslaget til lov nr. 282 af 25. april 2001 fremsatte ændringsforslag til den oprindelige lovforslag til

genindførelse af den begrænsede skattepligt på udbytter i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Efter ændringsforslaget og det vedtagne lovforslag er det således en betingelse for frafald eller nedsættelse af udbyttebeskatningen, at dette er et krav efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Domstolen foretager ikke i Zwijnenburg-dommen (sag C-352/08) en vurdering af, hvorvidt den gennemførte fusion i sig selv var begrundet i forsvarlige økonomiske betragtninger og dermed – uafhængigt af formålet om opnåelse af fritagelse for afgift på retshandler – kunne ske skattefrit i medfør af fusionsskattedirektivet. Derimod synes Domstolen at have forudsat, at de umiddelbare betingelser for anvendelsen af fusionsskattedirektivets begunstigel- sesordninger netop var opfyldt, jf. præmis 20. I dette tilfælde, kan medlemsstaten ikke ”for at kompensere” for manglende betaling af afståelsesskat i forbindelse med fusionen i stedet pålægge skatteyderen at betale afgift på retshandler. Dette ”kompensationshensyn” gør sig imidlertid ikke gældende i nærværende sag. Til forskel fra situationen i Zwijnenburg- dommen har hensigten med de gennemførte transaktioner i det cirkulære arrangement i nærværende sag således ikke blot været at undgå kapitaltilførselsafgift i Luxembourg og få et rentefradrag i Danmark. Tværtimod er der tale om et arrangement, der blandt andet har været baseret på en (forventet) udnyttelse af moder-/datterselskabsdirektivets begunstigel- ser med hensyn til skattefrihed for selve udbytteudlodningen. Skatteministeriet gør i relati- on til udbyttet netop gældende, at FS Invest II S.à.r.l. ikke var den ”retmæssige ejer” af dette.

Da der foreligger misbrug af begunstigelsesordningerne i moder-/datterselskabsdirektivet, skal kildebeskatningen af udbyttet således ikke frafalde i medfør af direktivet, jf. sel- skabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Desuden giver moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, udtrykkeligt medlemsstaterne mulighed for at anvende ”overenskomster”, som er nødvendige for at forhindre svig eller misbrug. Dette må nødvendigvis være en henvisning til de af medlemsstaterne indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Anvendelsen af begrebet retmæssig ejer i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne tjener netop til bekæmpelse af svig eller misbrug, som omhandlet i moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2.

Der er ikke belæg for, at indførelsen af den eksplicitte betingelse om ”retmæssige ejer” i det senere rente-/royaltydirektivs artikel 1 udgør en selvstændig værnsregel, som ikke er tiltænkt at skulle dække de egentlige misbrugstilfælde, og der kan dermed ikke slutes modsætningsvis fra anvendelsen af dette begreb i rente-/royaltydirektivet.

Moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, må således sammenfattende indebære, at direktivet kan fraviges i et tilfælde som det foreliggende, hvor den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 10 netop udgør en overenskomstmæssigt fastsat bestemmelse, der gennem kravet om, at udbyttemodtageren skal være retmæssig ejer bekæmper svig eller misbrug. Det bemærkes, at det EU-retlige begreb ”den retmæssige ejer”, som eksplicit indeholdt i rente-/royaltydirektivets artikel 1, må fortolkes i overensstemmelse med det identiske begreb i OECDs Modeloverenskomst, jf. således også forslaget af 12. maj 2011 fra generaladvokat Kokott til afgørelse i sag C-397/09, Scheuten, punkt 66.

Skatteministeriet er derfor ikke enig i Landsskatterettens konstatering i den indbragte kendelse, hvorefter der alene kan være hjemmel til at nægte direktivets fordele ud fra den domstolsskabte praksis om rette indkomstmodtager eller ud fra realitetsbetragtninger.

Tværtimod er der som følge af den klare ordlyd af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c – jf. om dette også det i det følgende anførte om manglende tilbagevirkende kraft af en ændring af administrativ praksis – hjemmel til at nægte direktivets fordele både på grundlag af den domstolsskabte praksis om det generelle EU-retlige misbrugsbegreb, som de EU-retlige regler skal fortolkes i lyset af, og på grundlag af misbrugsbestemmelsen i direktivets artikel 1, stk. 2.

Retten til fri etablering

En udbyttebeskatning vil ikke indebære en krænkelse af retten til fri etablering, jf. den på transaktionstidspunktet gældende EF-traktats artikel 42 (nu TEUF artikel 49).

Skatteministeriet bestrider ikke, at en kildebeskatning i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, på udbytte i tilfælde, hvor den formelle beløbsmodtager ikke er retmæssig ejer af udbyttet, er en restriktion på den fri etableringsret, men denne restriktion er begrundet i hensynet til bekæmpelse af skattemisbrug, jf. blandt andet Cadbury Schweppes-dommen, præmis 55. I overensstemmelse hermed har EU-Kommissionen i sin pressemeddelelse af 18. marts 2010 (anmodning til Tyskland om at ændre interne anti-misbrugregler) tillige lagt til grund, at misbrugshensyn kan begrunde nationale skatteregler, der tilsigter at nægte en fritagelse for kildebeskatning, såfremt denne opnås via kunstige arrangementer med dette eneste formål for øje.

Eftersom der i hvert enkelt tilfælde er tale om, at de danske skattemyndigheder foretager en konkret vurdering af, hvorvidt den formelle beløbsmodtager tillige er indkomstens retmæssige ejer, må den danske lovgivning tillige anses for at være proportionel. Beskatningen af udbyttet fra ISS Equity A/S til FS Invest II S.å.r.l. udgør dermed ikke en krænkelse af etableringsretten.

Ikke skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft

De almindelige bemærkninger om ”Lovforslagets økonomiske og erhvervsmæssige konsekvenser” til den ved lov nr. 282 af 25. april 2001 ændrede affattelse af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, i lovforslag nr. 99 af 10. november 2000 kan ikke forstås som anført af FS Invest II S.å.r.l. Selskabet bortser således fra den ændring af bestemmelsen, der fandt sted under udvalgsbehandlingen af lovforslaget og bemærkningerne til ændringsforslaget, jf. Skatteudvalgets betænkning af 21. marts 2001. Med disse forarbejder ligger det klart, at der er i dansk ret er hjemmel til at tilsidesætte misbrug af direktivet i de tilfælde, hvor det selskab i et EU-land, som er den umiddelbare modtager af udbyttet, ikke er retmæssig ejer i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst som den mellem Danmark og Luxembourg indgåede.

Det forhold, at Skatteministeriet under det lovforberedende arbejde vedrørende forskellige skatteændringslove oprindeligt har tilkendegivet den opfattelse, at misbrugstilfælde som nærværende ville kunne tilsidesættes i medfør af princippet om rette indkomstmodtager, kan ikke begrunde, at Skatteministeriet ikke i denne og den række parallelle sager, i hvilke skattemyndighederne har tilsidesat brug af dobbeltbeskatningsoverenskomster til at opnå skattefritagelse, kan påberåbe sig princippet om retmæssig ejer. I den forbindelse bemærkes, at det følger af navnlig lovforslag nr. 119 af 17. december 2003, hvormed rente-/royaltydirektivet blev implementeret i dansk ret, at skatteministeren længe før nærværende transaktioner blev gennemført, havde lagt til grund, at der er hjemmel til at pålægge kildeskat, såfremt den formelle beløbsmodtager ikke er retmæssig ejer, jf. artikel 10, stk. 2, i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, jf. ministerens bemærkninger til Foreningen Statsautoriserede henvendelse af 10. februar 2004 (gengivet i bilag 21 til lovforslaget). Af ministerens bemærkninger følger, at hensigten – også med disse regler – var, at kildeskat kun skulle frafaldes, hvis modtageren var beløbets retsmæssige ejer, jf. således skatteministe-

rens svar. Af det angivne følger (alene), at det beror på en konkret bedømmelse af de foreliggende fakta, om modtageren er retmæssig ejer.

En række efterfølgende ministersvar vedrørende gennemstrømningsselskaber, som skatteministeren har afgivet i perioden marts 2006 - april 2007, forudsætter ligeledes, at der er hjemmel i intern dansk ret til at gennemføre kildebeskatning af udbytter i samme omfang, som en sådan beskatning kan gennemføres, uden at det strider mod dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dermed har ministeren således også lagt til grund, at der kan ske beskatning i gennemstrømningstilfældene, når den formelle beløbsmodtager ikke er retmæssig ejer.

Hæftelse

FS Invest II S.á.r.l. hæfter for indbetalingen af det ikke indeholdte udbytteskattebeløb, jf. kildeskattelovens § 69, da selskabet ikke har godtgjort, at ISS Equity A/S ikke har udvist forsømmelighed ved ikke at undlade indeholdelse. Det følger udtrykkeligt af ordlyden af kildeskattelovens § 69, stk. 1, at bevisbyrden for, at der ikke er udvist forsømmelighed, påhviler den indeholdelsespligtige. Det i Indeholdelsesvejledningen, punkt K.2.2, anførte om bevisbyrden er udslag af en fejlagtig fortolkning af retspraksis, jf. for eksempel landsrettens præmisser i UfR 2009.2487 H, som tiltrådt af Højesteret, hvori landsretten eksplicit anfører, at bevisbyrden påhviler den indeholdelsespligtige.

At der er udvist forsømmelighed følger navnlig af følgende forhold:

- ISS EQUITY A/S (nu FS Invest II S.á.r.l.) var utvivlsomt bekendt med de forhold, navnlig det cirkulære transaktionsarrangement, der indebærer, at kildebeskatningen hverken skal frafalde i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller efter moder-/datterselskabsdirektivet.
- Selskabet har ved at forsøge at sikre sig fordele, som hverken moder-/datterselskabsdirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten tilsigter adgang til, og ved bevidst at have deltaget i et arrangement uden nogen forretningsmæssig begrundelse indladt sig på en risiko, som selskabet ikke har afklaret eller søgt afklaret.

- Der forelå ikke nogen fast administrativ praksis, som selskabet kunne basere sin – påståede – forståelse af retsgrundlaget på.

Når den indeholdelsespligtige – som her – har været ”bekendt med de forhold, der begrundede indeholdelsespligten”, følger det allerede heraf, at bevisbyrden for, at der ikke foreligger forsømmelighed, ikke er løftet, jf. f.eks. TfS 2003.980 H og UfR 2008.2243 H. Højesteret har således konsekvent pålagt hæftelse i disse tilfælde. At den indeholdelsespligtige ikke har haft et tilstrækkeligt kendskab til retstilstanden, er således ikke disculperende. Et krav om, at der skal være ”rimelig klarhed” om indeholdelsespligten, finder hverken støtte i ordlyden af kildeskattelovens § 69 eller den foreliggende højesteretspraksis. Selv for det tilfælde, at et klarhedskrav kan antages at finde nogen støtte – hvilket bestrides – i det i Indeholdelsesvejledningen, punkt K.2.2, anførte, kan en sådan misvisende gengivelse af retspraksis ikke i sig selv påberåbes af den indeholdelsespligtige.

Sagsgenstanden

I overensstemmelse med den afgivne proceserklæring vil det endelige kildeskattekrav sandsynligvis vise sig at være betydeligt lavere end de i påstanden angivne 1.552.376.000 kr., idet der kan opnås frafald af kildeskattekravet, i det omfang det dokumenteres, at de bagvedliggende investorer er bosiddende i EU-lande og/eller lande med hvilke Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

FS Invest II S.å.r.l. har for landsretten supplerende gjort gældende:

Ikke gennemstrømningselskab

FS Invest II S.å.r.l. har ikke ”meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en ”nullitet” eller administrator, der handler på vegne af andre parter”. Tværtimod, har FS Invest II S.å.r.l. i det hele haft de samme beføjelser, som et hvilket som helst andet mellemholdingselskab i en hvilken som helst anden koncern normalt har. Det bestrides, at alene den omstændighed, at de bagvedliggende ejere eller disses repræsentanter på forhånd måtte have truffet den overordnede beslutning om gennemførelsen af de foretagne dispositioner, kan være afgørende for, at FS Invest II S.å.r.l. ikke kan anses for retmæssig ejer af udbyttet. Alle større beslutninger i en hvilken som helst koncern – f.eks. om køb af selskaber, større udlodninger, etablering af finansieringsstruktur mv. – træffes

sædvanligvis i første omgang af topledelsen i koncernen. Herefter gennemføres beslutningerne af de relevante selskabsorganer i de respektive selskaber. Hverken de enkelte selskaber som sådan eller de enkelte ledelsesmedlemmer er, som udgangspunkt, forpligtede til at gennemføre de planlagte beslutninger, men vægring herved kan naturligvis føre til, at de pågældende medlemmer udskiftes i overensstemmelse med selskabslovenes regler. Der er ingen holdepunkter for, at kommentarerne til Modeloverenskomsten fra 2003 punkt 12.1 skal fortolkes således, at det, der er en sædvanlig beslutningsprocedure i enhver koncern, automatisk diskvalificerer koncernens datterselskaber fra at være "retmæssige ejere" af modtagne udbytter. Realiteten er, at Skatteministeriets fortolkning af kommentarernes punkt 12.1 er så restriktiv, at det er vanskeligt – for ikke at sige umuligt – at pege på et mellemliggende holdingselskab, som Skatteministeriet vil kunne acceptere som retmæssig ejer af et udbytte. Den eneste reelle betingelse, der efter Skatteministeriets opfattelse stilles for at frakende et mellemholdingselskab status som retmæssig ejer, er, at det skal kunne påvises eller sandsynliggøres, at transaktionen har skatteundgåelse eller -unddragelse (eller "misbrug") som formål eller konsekvens. Skatteministeriets fortolkning af begrebet retmæssig ejer må derfor i det hele afvises som indholdsløs.

Skatteministeriets nuværende begrundelse for at opkræve kildeskat af renter og udbytte er den samme, som SKAT anvendte i sit oprindelige forsøg på at tilsidesætte udbytteudlodningen og lånene ud fra en realitetsbetragtning. Det, der generer skattemyndighederne, er – som det også var tilfældet oprindeligt – den daværende asymmetriske beskatning af renterne på det konvertible lån. Denne fordel, der alene skyldes en forskellig kvalifikation af renterne i Danmark og Luxembourg, har imidlertid intet med hverken dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller fællesskabsretten at gøre. Den rigtige måde at imødegå denne fordel på – hvis der ellers er politisk ønske herom – er ved at indføre en selvstændig værnsregel herom.

Skatteministeriet forsøger at benytte artikel 10, stk. 2, som en generel misbrugsbestemmelse, selv om hverken modeloverenskomsten eller overenskomsten med Luxembourg indeholder en sådan. Skatteministeriet forsøger herunder at bortfortolke kravet i punkt 12.1 i kommentarerne til 2003 Modeloverenskomsten om, at der skal være tale om gennemstrømning, hvor en person i et tredjeland rent faktisk modtager indkomsten. Der er hverken i teorien eller den internationale praksis om bestemmelsen belæg for Skatteministeriets stærkt udvidende fortolkning. Det er således i dag almindeligt antaget, at bestemmelsen i

artikel 10 er en snæver bestemmelse, der alene skal imødegå de i bestemmelsen nævnte specifikke eksempler på "treaty shopping".

Ikke misbrug

FS Invest II S.à.r.l. bestrider, at der foreligger misbrug både for så vidt angår dobbeltbeskatningsoverenskomsten og moder-/datterselskabsdirektivet. De foretagne dispositioner er alle led i etableringen af den planlagte ejer- og finansieringsstruktur i forbindelse med købet af ISS A/S. Når holdingstrukturen blev etableret "nedefra", skyldes det, at en etablering "oppefra" ville have udløst en kapitaltilførselsafgift i Luxembourg på 154 mio. kr., medens den fulgte fremgangsmåde ikke udløste kapitaltilførselsafgift. Der er tale om to – selskabsretligt og skattemæssigt – ligeværdige fremgangsmåder, og det ville have været økonomisk uforsvarligt – og i øvrigt helt usædvanligt – at etablere den luxembourgske holdingstruktur "oppefra". De omhandlede dispositioner i nærværende sag er således foretaget på fuldt kommercielle vilkår og er forretningsmæssigt velbegrundede, og de indebærer på ingen måde et misbrug af hverken dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller moder-/datterselskabsdirektivet. Der henvises i denne forbindelse til TfS 2006.1062 H (Finwill ApS - "elevatorsagen").

Kapitalfondenes valg af domicilland for holdingselskaberne har heller intet med treaty shopping at gøre. For det første er det ikke en del af kapitalfondenes forretningsmodel, at der på noget tidspunkt skal udloddes udbytte til de ultimative investorer. Modellen går derimod ud på, at investorerne først får deres afkast, når fonden afvikles – og på det tidspunkt som kapitalgevinst (salg eller likvidation), der alene beskattes i investorerens respektive bopælslande. Bestemmelserne om udbyttebeskatning i overenskomsten har derfor ikke været afgørende for valg af domicilland for holdingselskaberne. Dette bekræftes også af, at der på intet tidspunkt siden kapitalfondenes erhvervelse af ISS A/S i 2005 er foretaget udlodning hidrørende fra ISS-koncernen til kapitalfondene – og dermed til de ultimative investorer. For det andet indebærer anvendelsen af et luxembourgsk mellemholdingselskab til udlodning af udbytter generelt ikke særlige skattemæssige fordele. For det tredje er det meget vanskeligt – for ikke at sige umuligt – for transparente kapitalfonde med hundredvis af investorer fra mange forskellige lande at foretage treaty shopping.

Det bestrides, at det forhold, at FS Invest II S.à.r.l. har et begrænset aktivitetsniveau kan have betydning for, om selskabet er retmæssig ejer og herunder indebære, at der foreligger

”misbrug”. FS Invest II S.å.r.l., hvis eneste formål er at eje og finansiere ISS Equity A/S, har præcis den – begrænsede – aktivitet, som et rent holdingselskab sædvanligvis har. Der er derfor hverken behov for et selvstændigt kontor eller for fastansatte medarbejdere. Den løbende administration varetages i stedet – omkostningseffektivt – af et administrationsfællesskab (silent partnership) i Goldman Sachs koncernen.

Behandlingen af udbytteudlodningen i forbindelse med fusionen

Medens sagen har verseret for landsretten, har Skatterådet taget stilling til, om FS Invest II S.å.r.l. er retmæssig ejer af en (hævdet) udbytteudlodning fra ISS Equity A/S, jf. Skatterådets seneste bindende svar af 16. november 2010, hvor skattemyndighederne nu anså FS Invest II S.å.r.l. for at være retmæssig ejer af en (hævdet) udbytteudlodning fra ISS Equity A/S i 2010.

Hovedårsagen til den forskellige skattemæssige behandling af de to udbytteudlodninger henholdsvis den 10. maj 2005 (hvor FS Invest II S.å.r.l. ikke anses for retmæssig ejer af udbytteudlodningen den pågældende dag) og i 2010 (hvor FS Invest II S.å.r.l. anses for retmæssig ejer af udbytteudlodning ved fusionen) hævdes fra Skatteministeriets side at være, at der ikke har fundet et misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsten og moder-/datterselskabsdirektivet sted i forbindelse med udlodningen i 2010, medens dette omvendt hævdes at være tilfældet, for så vidt angår udlodningen i 2005. Der er imidlertid intet, der tilsiger, at udbytteudlodningen i 2005 skal behandles på anden måde end udlodningen i 2010. Skatterådets afgørelse af 16. november 2010 understreger derfor den manglende bæredygtighed af Skatteministeriets anbringender i nærværende sag.

Udbytteskatten skal frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet

FS Invest II S.å.r.l. har et ubetinget krav på, at udbytteskatten skal frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet, som – i modsætning til rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) – ikke stiller krav om, at moderselskabet skal være retmæssig ejer af det modtagne udbytte. FS Invest II S.å.r.l., der opfylder såvel kapitalkravet som ejertidskravet i moder-/datterselskabsdirektivet, har et ubetinget krav på at blive fritaget for kildeskat på udbyttet fra ISS Equity A/S. Efter artikel 1, stk. 2, kan der i national ret indføres regler til bekæmpelse af misbrug, men disse regler skal i sig selv være forenelige med EU-retten, herunder de traktatsikrede frihedsrettigheder som fastlagt i Domstolens praksis og ikke mindst pro-

portionalitetsprincippet. Misbrugstilfælde kan altså ikke imødegås alene ved en henvisning til artikel 1, stk. 2, jf. således dommen i Kofoed-sagen (C-321/05), der drejede sig om den tilsvarende bestemmelse i fusionsdirektivet. De danske skattemyndigheder har herefter to instrumenter til rådighed over for misbrugstilfælde: princippet om rette indkomstmodtager og realitetsbetragtninger. Der er nu mellem parterne enighed om, at FS Invest II S.å.r.l. er rette indkomstmodtager af det modtagne udbytte. Der er heller ikke grundlag for at nægte direktivfordele ud fra realitetsbetragtninger, hvilket Skatteministeriet da heller ikke (nu) gør gældende. Ingen af de to instrumenter, Skatteministeriet har til rådighed i intern ret, kan dermed bruges.

I øvrigt bestrides det, at de i sagen foretagne dispositioner skulle være i strid med EU-rettens retsmisbrugsbegreb ("rent kunstige arrangementer"). Det bestrides herved, at begrebet retmæssig ejer kan anses for en bestemmelse, "som er nødvendig for at hindre svig og misbrug" i artikel 1, stk. 2's forstand. Der er i den forbindelse ikke grund til at antage, at det er en forglemmelse, når direktivet ikke stiller krav om, at udbyttemodtager skal være retmæssig ejer. I den forbindelse erindres om, at kravet om retmæssig ejer har været indeholdt i modeloverenskomsten siden 1977, at udvidelsen af OECDs kommentarer til dette begreb fremkom i begyndelsen af 2003, at rente-/royaltydirektivet blev vedtaget af Rådet den 3. juni 2003, og at dette direktiv indeholder et krav om retmæssig ejer, samt at moder-/datterselskabsdirektivet blev ændret af Rådet den 22. december 2003, uden at Rådet fandt anledning til at medtage en bestemmelse om retmæssig ejer. Herudover bemærkes, at det i Danmark ligger forfatningsretligt fast, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst kun kan lempe – og ikke skærpe – beskatningen, jf. således bemærkninger til lovforslaget vedrørende ophævelse af bemyndigelsesloven. Den af Skatteministeriet hævdede fortolkning af artikel 1, stk. 2, krænker dette princip og må derfor afvises også af denne grund.

Skatteministeriets synspunkt, hvorefter ordlyden af og forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, kan forstås således, at der herved er implementeret en materiel regel i dansk ret gående ud på, at der kan gennemføres kildebeskatning efter direktivet, hvor dette – fordi FS Invest II S.å.r.l. ikke er udbyttets "retmæssige ejer" – er nødvendigt for at hindre svig eller misbrug, er cirkulært, fordi SKAT forudsætter det resultat, som SKAT argumenterer for. I øvrigt bemærkes, at hverken den blotte henvisning til moder-/datterselskabsdirektivet i bestemmelsen eller forarbejderne hertil, herunder den af Skatteministeriet påberåbte ændring af formuleringen under lovforslagets behandling, giver nogen som helst støtte for et sådant standpunkt.

At der ikke i dansk ret har bestået og består en hjemmel for tilsidesættelse af misbrug af direktivet baseret på et retmæssig ejer synspunkt, fremgår også af det i det følgende om ændring af administrativ praksis anførte.

Den omstændighed, at holdingstrukturen er etableret "nedefra" med henblik på at undgå betaling af kapitaltilførselsafgift i Luxembourg, indebærer ikke retsmisbrug af moder-/datterselskabsdirektivet. Det samme gælder opnåelsen af en rentefradragsret i Danmark uden modstående beskatning i Luxembourg. Der kan ikke nægtes fritagelse for udbytteskat efter direktivet for at imødegå en asymmetrisk beskatning af renter eller undgåelse af betaling af kapitaltilførselsafgift Domstolens dom i C-352/08, Zwijnenburg.

En nægtelse som påstået af Skatteministeriet af direktivets fordele vil være i strid med proportionalitetsprincippet i EU-retten. Det af Skatteministeriet hævdede misbrug går ud på, at ISS Equity A/S har opnået fradragsret for et rentebeløb på 361.456.111 kr. i Danmark, uden at dette rentebeløb er blevet beskattet hos FS Invest II S.å.r.l. Værdien af rentefradraget udgør 28 % af 361.456.111 kr. eller 101.207.711 kr. SKATs reaktion heroverfor har været (i) at opkræve renteskat efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, med 30 % af 361.456.111 kr. eller 108.436.833 kr. og (ii) i tillæg hertil at opkræve udbytteskat med 28 % af 5.544.200.000 kr. eller 1.552.376.000 kr. Som det fremgår, kompenserer alene rentebeskatningen (mere end) fuldt ud for det hævdede misbrug. Den påståede udbyttebeskatning går ud over, hvad der er nødvendigt for at imødegå det hævdede misbrug og er derfor i det hele i strid med proportionalitetsprincippet, og Skatteministeriet kan allerede af denne grund ikke få medhold heri. Det hævdede retsmisbrug kan i øvrigt højst udgøre skatteværdien af renterne på det konvertible lån, det vil sige 28 % af 359.027.778 kr. eller 100.527.777 kr. Dette synspunkt gøres ligefuldt gældende i relation til nægtelse af lempelse efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Nægtelse af overenskomstslempelse kan således ikke ske i videre omfang end til nulstilling af det hævdede retsmisbrug.

Beskatning af udbyttet vil være i strid med retten til fri etablering

Udbyttebeskatningen strider mod etableringsretten, jf. EF-traktatens artikel 43 (nu TEUF artikel 49). Den af Skatteministeriet erkendte forskelsbehandling kan hindre et moderselskab, der er etableret i en anden medlemsstat, i at udøve sin traktatsikrede etableringsfrihed, idet det afskrækkes fra at oprette datterselskaber i den medlemsstat, der har truffet

foranstaltningen – her Danmark. Det følger af EU-domstolens praksis, jf. i sagerne C-170/05, Denkavit og C-379/05, Amurta samt dom af 20. oktober 2011 i sagen C-284/09, Kommissionen mod Tyskland, at en medlemsstats (kildelandets) forskellige beskatning af udbytter til hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aktionærer indebærer en restriktion for – eller diskriminerende begrænsning af – etableringsfriheden, at der er tale om objektivt sammenlignelige situationer (da kildelandet har valgt at udstrække sin beskatning til at omfatte ikke-hjemmehørende personer), at forskellige nationale og overenskomstmæssige foranstaltninger, der ikke fuldt ud neutraliserer den forskellige behandling, ikke ophæver restriktionen, at medlemsstaterne ikke – som tvingende almene hensyn – kan påberåbe sig nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, herunder territorialprincippet, eller et hensyn til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen, og at de pågældende restriktioner eller diskriminationer dermed er traktatstridige. Begrænset skattepligt vil således være en åbenbar restriktion, som ikke kan retfærdiggøres af tvingende almene hensyn, og som derfor er i strid med EF-traktatens artikel 43 (nu TEUF artikel 49). Den begrænsede skattepligt kan derfor ikke håndhæves, og der foreligger derfor ikke indeholdelsespligt for ISS Equity A/S, nu FS Invest II S.à.r.l..

Skærpende praksisændring med tilbagevirkende kraft

Skatteministeriets fortolkning af begrebet retmæssig ejer er ændret, ligesom Skatteministeriet har ændret opfattelse af, hvornår et udenlandsk selskab har krav på skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet. Dette er anledningen til, at SKAT på én gang har rejst en række sager om indeholdelse af udbytteskat og renteskat. Skatteministeriet har således oprindeligt fortolket begrebet retmæssig ejer i overensstemmelse med princippet om rette indkomstmodtager i dansk skatteret, således at der har været sat lighedstegn mellem de to begreber. Efter at ”beneficial owner” sagerne er rejst, har Skatteministeriet ændret fortolkning, således at retmæssig ejer og rette indkomstmodtager nu hævdes at være to vidt forskellige begreber.

Det er uden betydning, at skattemyndighederne fra slutningen af 2006 har skærpet retorikken med hensyn til, om et mellemholdingselskab kunne være rette indkomstmodtager. Det afgørende er, at Skatteministeriet – også efter dette tidspunkt – har fastholdt fortolkningsprincippet (”rette indkomstmodtager”). Skatteministeriet har efterfølgende måttet erkende, at ministeriet tog fejl med hensyn til, om et mellemholdingselskab kunne være rette indkomstmodtager, og har under nærværende sag erklæret sig enig i, at FS Invest II S.à.r.l. er

rette indkomstmodtager. Samtidig har Skatteministeriet ændret sin fortolkning af retmæssig ejer. Når der – som i disse sager – foreligger udtrykkelige udtalelser fra Skatteministeriet om, hvorledes retsreglerne skal fortolkes, og når skattemyndighederne administrerer i overensstemmelse hermed, er det fuldgod dokumentation for en fast praksis, som skatteyderne kan indrette sig i tillid til. Når denne praksis går ud på, at mellemholdingselskaber skal anses som ”retmæssige ejere” og ”rette indkomstmodtagere”, er det klart, at der ikke findes retsafgørelser, der dokumenterer denne praksis. Dette bekræftes blandt andet af, at skatteministeren i forbindelse med indførelsen af begrænset skattepligt af renter i 2004 i sit svar på Skatteudvalgets spørgsmål 46 og 47 udtalte, at ”der ikke [er] mange korrektioner at hente ved en ligning eller revision af gennemstrømningsselskaberne”. Af samme grund fandt ministeren i sit svar på spørgsmål 52 heller ikke, at gennemstrømningsselskaber udgjorde en ”særlig risikogruppe”, hvorfor der ikke var anledning til at optage emnet i ligningsplanen. I slutningen af 2006 oplyste skatteministeren i et svar på, i hvilket omfang og hvorledes SKAT kontrollerer, at udbyttmodtageren er rette indkomstmodtager, at ”det indgår i den ligningsmæssige behandling at påse, at betingelserne for ikke at indeholde udbytteskat er opfyldt”. Samtidig kunne ministeren oplyse, at der ikke er ”eksempler på udenlandske gennemstrømningsselskaber, som de danske skattemyndigheder ikke har accepteret som retmæssig ejer af udbytte fra danske selskaber”. I maj 2007 kunne skatteministeren bekræfte, at den omhandlede problemstilling ”ikke kun vedrører kapitalfonde, men er et generelt problem, der har været aktuelt i en række år”. Skatteministeriet har således stedse været opmærksomt på problemstillingen, men har ikke ment, at der var grundlag for at nægte skattefritagelse. I nærværende sag foreligger der en omfattende dokumentation for Skatteministeriets hidtidige praksis. Det fremgår således udtrykkeligt af forarbejderne til 2001-loven, at et mellemholdingselskab – selv i tilfælde af egentlig treaty shopping og faktisk gennemstrømning – er retmæssig ejer, og skatteministeren har efterfølgende massivt bekræftet, at det afgørende fortolkningskriterium er, om mellemholdingselskabet er rette indkomstmodtager. Tilsvarende fremgår det af SKATs statusnotat af 20. marts 2007, at SKAT har administreret i overensstemmelse med skatteministerens udmeldinger.

På den baggrund er det klart, at der foreligger en skærpelse af en fast administrativ praksis, som burde have været varslet, og at denne ændrede praksis derfor ikke kan finde anvendelse i nærværende sag.

ISS Equity A/S hæfter ikke for en eventuel kildeskat efter kildeskattelovens § 69

For det tilfælde, at retten måtte nå til det resultat, at der skulle have været indeholdt kildeskat vedrørende det omhandlede udbytte hæfter ISS EQUITY A/S (og som successor nu FS Invest II S.å.r.l.) ikke for den ikke indeholdte udbytteskat efter kildeskattelovens § 69, stk. 1. Ifølge SKATs Vejledning om indeholdelse af A-skat og AM-bidrag 2011-2 ”har det i retspraksis vist sig, at det er told- og skatteforvaltningen, der skal bevise, at den indeholdelsespligtige har handlet forsømmeligt.” Selskabets forståelse af de relevante regler er i overensstemmelse med den administrative praksis, som skattemyndighederne ubrudt har fulgt gennem årene. Det er således første gang nogensinde, at SKAT ikke anerkender et i et andet land gyldigt indregistreret holdingselskab som retmæssig ejer af et udbytte. Såvel Landsskatterettens fagkontor som Landsskatteretten har endvidere givet ISS EQUITY A/S medhold i, at der ikke er indeholdelsespligt. Henset hertil og til at dansk litteratur er på linje med skattemyndighedernes tidligere praksis, og at der på internationalt plan er stor usikkerhed om, hvorledes begrebet retmæssig ejer skal fortolkes, er det åbenbart, at ISS Equity A/S ikke har udvist ”forsømmelighed”. ISS Equity A/S har foretaget nærmere undersøgelser med henblik på at afklare blandt andet, om betingelserne for manglende indeholdelse var opfyldt. Hele købsprocessen fandt sted under medvirken af et stort antal rådgivere, herunder skatterådgivere, som ikke fandt, at der var den mindste tvivl om, at udbyttet var skattefritaget. En forespørgsel til SKAT ville – på baggrund af forarbejderne til bestemmelsen om begrænset skattepligt i 2001 – utvivlsomt have ført til samme resultat. Og det ville have været tilfældet, selv om der havde været tale om en sag, hvori der forelå treaty shopping og gennemstrømning til de bagvedliggende ejere. I nærværende sag foreligger der hverken treaty shopping eller gennemstrømning. Udbyttet er tværtimod ført tilbage til Danmark. De af Skatteministeriet påberåbte afgørelser vedrører alle tilfælde, hvor det er rimeligt klart, at der var handlet ”forsømmeligt”, og kan dermed ikke præjudicere resultatet i denne sag.

Retten's begrundelse og resultat

”Retmæssig ejer”

Begrebet ”beneficial owner” (”retmæssig ejer”) har været anvendt i OECDs modeloverenskomster siden 1977 og er ikke et i øvrigt kendt begreb i dansk ret. I OECD modeloverenskomsten fra 1977, som ligger til grund for dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem

Danmark og Luxembourg fra 1980, og i modeloverenskomsten fra 2003 er "retmæssig ejer" ikke nærmere defineret. Der er imidlertid i kommentarerne til overenskomsterne givet visse retningslinjer om forståelsen af begrebet. Henset hertil og til, at formålet med OECD modeloverenskomsterne tilsiger, at der bør tilstræbes en ensartet retsanvendelse af OECD modeloverenskomsterne, finder landsretten, at kravet om, at modtageren er retmæssig ejer, så vidt muligt må fortolkes i overensstemmelse med den internationale forståelse, der er kommet til udtryk i blandt andet kommentarerne til modeloverenskomsten, jf. tilsvarende for så vidt angår anvendelsen af en selvstændig international fortolkning blandt andet Court of Appeals dom af 2. marts 2006 i sagen *Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*. I den forbindelse kan de efterfølgende kommentarer fra 2003 tillægges betydning ved fortolkningen af begrebet, forudsat de nye kommentarer ikke i realiteten indebærer en ændret forståelse af artikel 10, stk. 2, set i forhold til de oprindelige kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977. Landsretten finder, at ændringerne i 2003 kommentarerne har karakter af præciseringer, og inddrager således disse kommentarer ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer.

I de indledende kommentarer til modeloverenskomsten fra 1977 omtales traktatmisbrug som det forhold, at en person disponerer via en juridisk sammenslutning, der er dannet i en stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som ikke ville kunne opnås af personen direkte. Ifølge kommentarerne imødegås nogle af disse traktatmisbrugssituationer ved indførelsen af begrebet retmæssig ejer i blandt andet artikel 10. Der henvises samtidig i både de indledende kommentarer og i punkt 22 i kommentaren til artikel 10 til muligheden for i bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster at vedtage yderligere bestemmelser med henblik på at imødegå misbrug. I rapporten fra OECDs Committee on Fiscal Affairs fra 1986 og kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003 henvises på samme måde til muligheden for i de bilaterale overenskomster at indsætte specifikke bestemmelser med henblik på at hindre misbrug. De tre eksempler, hvor et indskudt mellemed ikke kan anses for retmæssig ejer, der nævnes i punkt 12 i kommentarerne til 1977 modeloverenskomsten henholdsvis punkt 12.1 i kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003, har det til fælles, at det indskudte mellemed er undergivet den egentlige beløbsmodtagers kontrol og således, jf. 2003 kommentaren, er "a mere fiduciary or administrator". Når dette sammenholdes med, at det i såvel kommentarerne til de to modeloverenskomster som rapporten fra 1986 erkendes, at man ikke ved brugen af begrebet retsmæssig ejer kan ramme enhver form for misbrug – som de kontraherende stater i stedet opfordres til at regulere bilateralt – kan det ikke antages, at udbyttemodtagende holdingsel-

skaber, hvis ledelse selskabsretligt er beføjet til at råde over selskabet og herunder over udbytter fra underliggende datterselskaber, ikke normalt skal anses for retmæssige ejere. Dette må også gælde i tilfælde, hvor der indskydes et eller flere mellemholdingselskaber i en stat, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, medens den/de bagvedliggende ejere af mellemholdingselskabet er hjemmehørende i et tredjeland uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. For at et sådant mellemholdingselskab ikke kan anses for retmæssig ejer, må det kræves, at ejeren udøver en kontrol med selskabet, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner, jf. tilsvarende rapporten fra 1986 afsnit II, B, litra b, 7. pkt.

I denne sag er det uforholdt at tage stilling til, om der fra de bagvedliggende investorers side er udøvet en kontrol af denne karakter med FS Invest II S.å.r.l. Det følger således af såvel den definition på misbrug, som gives i kommentarerne og rapporten, som de eksempler på misbrug, der nævnes i henholdsvis punkt 12 og punkt 12.1 i 1977 og 2003 kommentarerne, at personen eller selskabet i den stat, hvormed dobbeltbeskatningsoverenskomsten er indgået, skal være skudt ind mellem udbetaleren og den egentligt berettigede som et mellemed, der viderefører den skattefri udbetaling til den kontrollerende person i et tredjeland uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det må på den baggrund antages, at tilfidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at udbetalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelands uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Denne forudsætning er ikke opfyldt i denne sag. Det af ISS EQUITY A/S udbetalte udbytte er således ikke ført videre af FS Invest II S.å.r.l., men er tværtimod tilbageført som et lån til ISS EQUITY A/S. Efter de foreliggende oplysninger er der heller ikke truffet bestemmelse om senere videreførelse af det tilbageførte udbytte til de bagvedliggende investorer. FS Invest II S.å.r.l. må som følge heraf anses for retmæssig ejer af det modtagne udbytte på 5.544.200.000 kr., og er dermed ikke skattepligtig med hensyn til udbyttet, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, og dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg artikel 10, stk. 2. En hæftelse for ISS EQUITY A/S (nu FS Invest II S.å.r.l.) for ikke indeholdt udbytteskat kommer dermed ikke på tale.

FS Invest II S.å.r.l.'s frifindelsespåstand tages herefter til følge.

Sagsomkostninger

FS Invest II S.å.r.l. har oplyst ikke at være momsregistreret i Danmark.

Efter sagens udfald skal Skatteministeriet betale sagsomkostninger til FS Invest II S.å.r.l. på 6 mio. kr. inkl. moms. Ved fastsættelsen af sagsomkostningerne er der ud over sagenstanden lagt vægt på sagens principielle karakter og de mange komplicerede juridiske problemstillinger, den har omfattet, samt at hovedforhandlingen har varet 3 dage. Det er tillagt en vis betydning i nedadgående retning, at sagens reelle værdi efter det oplyste sandsynligvis er en del mindre end beløbet angivet i påstanden.

T h i k e n d e s f o r r e t :

FS Invest II S.å.r.l. frifindes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Skatteministeriet betale 6 mio. kr. til FS Invest II S.å.r.l.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den

20/12-17


Susanne Fabricius
Sektionsleder