Offentliggjort d. 14. februar 2012

Beneficial owner – Østre landsrets dom af 20/12 2011, jr. nr. B-2152-10 ©

Af advokat (L) Bodil Christiansen og
advokat (H), cand. merc. (R) Tommy V. Christiansen
www.v.dk

Østre Landsret har ved en dom af 20/12 2011, jf. tidligere TfS 2010, 502 LSR, tiltrådt Landsskatterettens kendelse i sagen, hvorefter det sagsøgte selskab, ISS Equity A/S, ikke på baggrund af et synspunkt om "beneficial owner" kunne anses for forpligtet til at indeholde udbytteskat vedrørende et udbytte på 5,5 mia. kr. til moderselskabet i Luxembourg. Der er rejst en række lignende sager mod andre selskaber, men den foreliggende sag om ISS Equity A/S er den første sag, hvor domstolene har truffet afgørelse. Præmisserne for Østre Landsrets dom i sagen er offentliggjort på Østre Landsrets hjemmeside i tilknytning til en pressemeddelelse om sagen. Dommen in extenso ses derimod endnu ikke at være offentliggjort af SKAT.

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c hjemler begrænset skattepligt for udenlandske selskabers udbytte fra Danmark. Undtaget fra den begrænsede skattepligt er dog bl.a. udbytte af datterselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet 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 den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

På dette retsgrundlag har begrebet "beneficial owner" (retmæssig ejer) fået central betydning som et led i de danske myndigheders bestræbelser på at undgå treaty-shopping. Myndighedernes grundsynspunkt har været, at et udenlandsk moderselskabs skattepligt af udbytte fra et datterselskab i Danmark og dermed det herværende datterselskabs pligt

til at indeholde udbytteskat afhænger af, om det udenlandske moderselskab kan anses for retmæssig ejer af udbyttet, eller om det udenlandske selskab blot er et ”gennemstrømningsselskab”, idet udbyttet reelt er bestemt til at skulle videreføres til ultimative ejere, der ikke opfylder betingelserne for skattefrihed i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Begrebet beneficial owner blev introduceret ved 1977-revisionen af OECD-modeloverenskomsten, men uden bidrag til nogen klar afgrænsning af begrebet.

De danske skattemyndighederne har de senere år rejst en række sager vedrørende denne problemstilling, se herved Skatteministeriets pressemeddelelse af 1/4 2011, ligesom Landsskatteretten har afsagt flere kendelser på området, se herved den ovennævnte kendelse ref. i TfS 2010, 502 LSR samt TfS 2010, 974 LSR, TfS 2011, 277 LSR, TfS 2011, 676 LSR og SKM2012.26.LSR.

I sagen afgjort ved Østre Landsrets dom af 20/12 2011 (ISS Equity A/S, nu FS Invest II S.à.r.l.), jf. tidligere TfS 2010, 502 LSR, har domstolene nu for første gang truffet afgørelse i en sådan sag. Som ved Landsskatteretten fik selskabet medhold i, at selskabet ikke kunne pålægges at indeholde udbytteskat af et udbytte på 5,54 mia. kr.

Den konkrete sag drejede sig om en række kapitalfondes opkøb i maj/juni 2005 af ISS A/S for ca. 13 mia. kr. Aktionærgrupperne i kapitalfondene var et antal ”Limited Partnerships” etableret i Delaware, på Guernsey, i Tyskland og på Bermuda. Investorerne i kapitalfondene var flere hundrede institutionelle investorer, herunder pensionskasser, pengeinstitutter, investeringsforeninger og -selskaber, andre kapitalfonde (”fund of funds”), en række selskaber og hundredvis af privatpersoner.

Mellem kapitalfondene og ISS A/S var indskudt 4 holdingselskaber, der hver især havde som eneste aktivitet at eje og finansiere deres datterselskab. De to øverste holdingselskaber var hjemmehørende i Luxembourg, medens de to nederste holdingselskaber var danske aktieselskaber. Den 9/5 2005 blev på generalforsamlingen i det øverste danske holdingselskab, ISS Equity A/S, efter en kapitaludvidelse truffet beslutning om at udbetale et udbytte på 5,54 mia. kr. til moderselskabet, FS Invest II S.à.r.l., i Luxembourg.

Offentliggjort d. 14. februar 2012

Samme dag ydede moderselskabet et lån af samme størrelse til det udbytteudloddende datterselskab.

I maj 2009 traf SKAT afgørelse om, at det udbytteudloddende danske datterselskab havde pligt til at indeholde udbytteskat med 1,55 mia. kr. vedrørende udbyttet på de 5,54 mia. kr., der blev udloddet i maj 2005.

Ved Landsskatterettens kendelse af 3. marts 2010, ref. i TfS 2010, 502 LSR, fik det udbytteudloddende danske datterselskab medhold i, at udbyttet ikke var skattepligtigt, og at selskabet følgelig ikke havde været pligtigt til at indeholde udbytteskat af udbyttet.

Denne kendelse indbragte Skatteministeriet for domstolene, hvor Østre Landsret, som allerede nævnt, nu har opretholdt Landsskatterettens afgørelse i sagen.

Under domstolsbehandlingen af sagen var skattemyndighedernes synspunkt, således som disse er refereret i Østre Landsrets pressemeddelelse af 20/12 2011 om sagen, at det luxembourgske moderselskab FS Invest II S.à.r.l., var et ”gennemstrømningsselskab”, da de bagvedliggende ejere, som var de ultimative modtagere af udbyttet, i et vist omfang måtte antages at være hjemmehørende i ikke EU-lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Efter Skatteministeriets opfattelse var konsekvenserne heraf, at moderselskabet ikke var ”retmæssig ejer” af det modtagne udbytte, jf. dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg artikel 10, stk. 2. Det udbytteudloddende danske datterselskab skulle derfor have indeholdt kildeskat i forbindelse med udbetalingen. Da dette ikke var sket, hæftede det udbytteudloddende danske datterselskab, der siden var fusioneret med det luxembourgske moderselskab, for betalingen af kildeskatten, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1, da selskabet havde handlet ”forsømmeligt” ved at undlade at indeholde udbytteskatten.

Skatteministeriet erklærede under sagen for landsretten, at skattekravet kunne vise sig at være betydeligt mindre, hvis det udbytteudloddende danske datterselskab efterfølgende

kunne påvise, at de bagvedliggende investorer (pensionsfonde m.v.) var bosiddende i EU-lande eller lande, med hvilke Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Det udbytteudloddende danske datterselskab gjorde på sin side gældende, at moderselskabet var "retmæssig" ejer efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, artikel 10, stk. 2, og at der dermed efter bestemmelsen ikke skulle betales dansk udbytteskat.

Som allerede nævnt opretholdte Østre Landsret Landsskatterettens kendelse i sagen. Ifølge Østre Landsrets pressemeddelelse om sagen blev det udbytteudloddende danske datterselskab frifundet med følgende begrundelse:

"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.

Offentliggjort d. 14. februar 2012

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 dobbeltbeskatningsoverens-komster at vedtage yderligere bestemmelser med henblik på at imødegå misbrug. I rapporten fra OECDs Committee on Fiscal Affairs fra 1986 og kommentarerne til model-overenskomsten 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 mellemled 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 mellemled 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 holdingselskaber, 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 ufornødent at tage stilling til, om der fra de bagvedliggende investorers side er udøvet en kontrol af denne karakter med FS Invest II S.à.r.l. Det følger således af såvel den definition på misbrug, som gives i kommentarerne og rapporten, som

Offentliggjort d. 14. februar 2012

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 mellemled, der videreführer den skattefri udbetaling til den kontrollerende person i et tredjeland uden dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det må på den baggrund antages, at tilsidesættelse 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 tredjelande 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.à.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.à.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.à.r.l.) for ikke indeholdt udbytteskat kommer dermed ikke på tale. "

Ligeledes ifølge pressemeddelelsen fra Østre Landsret var der i sagen - udover spørgsmålet om "retmæssig ejer" - en række yderligere spørgsmål om,

- hvorvidt moderselskabet i Luxembourg, uanset om selskabet ikke var retmæssig ejer efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten, alligevel havde ret til skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF),
- om der forelå en skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft, og
- om det udbytteudloddende danske datterselskab hæftede for udbytteskatten som følge af "forsømmelighed".

Men, som landsretten konkluderede, blev det som følge af resultatet vedrørende "retmæssig ejer" ikke aktuelt at tage stilling til disse spørgsmål.

Med dommen er så vidt fastslået, at en udbetaling skal være ført videre eller i hvert fald med sikkerhed være bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande uden dob-

beltbeskatningsoverenskomst, for at en beskatning ud fra synspunktet om ”beneficial owner” kan komme på tale. En tilbageførsel af midlerne til det danske datterselskab vil således tilsyneladende som udgangspunkt, uanset den retlige form af tilbageførelsen - i den foreliggende sag i form af et udlån – udelukke en beskatning.

Der henstår med dommen fortsat en række meget væsentlige spørgsmål, herunder spørgsmålet om, hvad der kræves for at antage, at ejeren af et mellemholdingselskab udøver en kontrol med selskabet, *som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner.*

Set i lyset af skattemyndighedernes forventninger til dette sagskompleks, synes sagen at have taget en noget uventet drejning, siden skattemyndighederne traf den oprindelige afgørelse i sagen. Man kan i den forbindelse undre sig over, at skattemyndighederne fortsat ikke har fundet anledning til at offentliggøre Østre Landsrets dom på sædvanlig vis.

——— o ———