



**VESTRE LANDSRET
DOM**
afsagt den 19. maj 2022

Sag BS-12/2012-VLR
(4. afdeling)

HHU ApS under konkurs v/ BEI ApS
(selv)

mod

Skatteministeriet
(advokat Søren Horsbøl Jensen og advokat Robert Andersen)

og

Sag BS-13/2012-VLR
(4. afdeling)

BEI ApS (tidligere HHU ApS)
(selv)

mod

Skatteministeriet
(advokat Søren Horsbøl Jensen og advokat Robert Andersen)

og

Sag BS-30/2012-VLR
(4. afdeling)

Alfa Laval Aalborg A/S
(advokat Søren Lehmann Nielsen og advokat Mathias Kjærsgaard Larsen)

mod

Skatteministeriet

(advokat Søren Horsbøl Jensen og advokat Robert Andersen)

Indholdsfortegnelse

Parterne og de nedlagte påstande	4
BS-12/2012-VLR	4
BS-13/2012-VLR	4
BS-30/2012-VLR.....	5
Sagsfremstilling.....	6
BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS).....	6
Landsskatterettens kendelse af 22. december 2010	6
Landsskatterettens kendelse af 22. december 2010	27
Landsskatterettens kendelse af 19. marts 2012.....	32
Supplerende oplysninger i sagen.....	37
BS-30/2012-VLR (Alfa Laval Aalborg A/S).....	39
Landsskatterettens kendelse af 31. januar 2012.....	40
Supplerende oplysninger i sagen.....	47
EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål	86
Retsgrundlaget.....	102
Selskabsskatteloven.....	102
Lovbekendtgørelse nr. 1125 af 21. november 2005 af lov om indkomstbe-skatning af aktieselskaber mv. (Selskabsskatteloven).....	102
Skattekontrolloven § 3 B.....	106
Rente-/royaltydirektivet.....	113
Dobbeltbeskatningsoverenskomster.....	113
Wienerkonventionen.....	113
Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst	114
Overenskomst med Luxembourg	115
OECD's modeller for dobbeltbeskatningsoverenskomst med kommentarer	115

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.....	123
Belysning af administrativ praksis.....	130

Relevant lovgivning gennemført efter SKATs afgørelser.....	137
Ligningslovens § 3.....	137
Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016.....	138
Lov nr. 327 af 30. marts 2019.....	139
Anbringender.....	139
BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS).....	139
HHU ApS.....	139
Skatteministeriet.....	178
BS-30/2012-VLR (Alfa Laval Aalborg A/S).....	196
Alfa Laval Aalborg.....	196
Skatteministeriet.....	317
Landsrettens begrundelse og resultat.....	348
BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS).....	348
Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.....	348
Rente-/royaltydirektivet.....	348
Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.....	351
Rentetilskrivningerne i sagerne.....	353
Foreløbig konklusion.....	354
Administrativ praksis.....	355
Kildeskattelovens § 69, stk. 1.....	356
HHU ApS' subsidiære påstand.....	357
Konklusion.....	357
Sagsomkostninger.....	357
BS-30/2012-VLR (Alfa Laval Aalborg A/S).....	357
Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og ændringen af skattekontrol-lovens § 3 B, pr. 1. maj 2006.....	357
Anvendelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. punktum.....	358
Rentetilskrivningerne i sagen.....	359
Foreløbig konklusion.....	360
Administrativ praksis.....	360
Kildeskattelovens § 69, stk. 1.....	360
Den subsidiære påstand A.....	361
Den subsidiære påstand B.....	362
Konklusion.....	362

Sagsomkostninger.....	362
-----------------------	-----

Landsdommerne Annette Dellgren, Lisbeth Kjærgaard og Rikke Holm Simonsen (kst.) har deltaget i sagernes afgørelse.

Parterne og de nedlagte påstande

Sagerne, der er behandlet i forbindelse med hinanden, jf. retsplejelovens § 254, stk. 1, angår, om sagsøgerne har haft pligtigt til at indeholde kildeskat af rente-tilskrivninger på lån ydet til sagsøgerne af deres moderselskaber, jf. selskabs-skattelovens § 2, stk. 1, litra d, jf. kildeskattelovens § 65 D, jf. § 69.

BS-12/2012-VLR er anlagt ved Retten i Aalborg den 14. februar 2011 af HHU ApS. HHU ApS blev erklæret konkurs den 17. februar 2011. BEI ApS, der er HHU ApS' moderselskab, har valgt at videreføre sagen. Sagsøgeren i BS-12/2012-VLR blev herefter ændret til HHU ApS under konkurs v/ BEI ApS. Retten i Aalborg henviste ved kendelse af 26. januar 2012 sagen til behandling ved Vestre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

HHU ApS under konkurs v/ BEI ApS har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Skatteministeriet skal anerkende, at der ikke er dansk begrænset skattepligt af renter betalt til SNAH AB for indkomstårene 2004 og 2005, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og at HHU ApS under konkurs v/ BEI ApS ikke hæfter for kildeskatten på renterne, jf. kildeskatteloven § 69.

Subsidiært: Skatteministeriet skal anerkende, at der ikke er dansk begrænset skattepligt af renter anvendt til gældskonvertering i 2004, og at HHU ApS under konkurs v/ BEI ApS ikke hæfter for kildeskatten på renterne, jf. kildeskatteloven § 69.

Skatteministeriet har påstået frifindelse.

BS-13/2012-VLR er anlagt ved Retten i Aalborg den 11. juni 2012 af BEI ApS (tidligere HHU ApS). Retten i Aalborg henviste ved kendelse af 23. august 2012 sagen til behandling ved Vestre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

BEI ApS (tidligere HHU ApS) har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Skatteministeriet skal anerkende, at der ikke er dansk begrænset skattepligt af renter betalt til SNAH AB for indkomstårene 2006 og 2007, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og at BEI ApS (tidligere HHU ApS) ikke hæfter for kildeskatten på renterne, jf. kildeskatteloven § 69.

Subsidiært: Skatteministeriet skal anerkende, at der ikke er dansk begrænset skattepligt af renter anvendt til gældskonvertering i 2006, og at BEI ApS (tidligere HHU ApS) ikke hæfter for kildeskatten på renterne, jf. kildeskatteloven § 69.

Skatteministeriet har påstået frifindelse.

HHU ApS under konkurs v/BEI ApS og BEI ApS (tidligere HHU ApS) har under sagen været repræsenteret ved direktør Anden partsrepræsentant. Anden partsrepræsentant har i retsmødet den 17. januar 2022 på vegne af selskaberne nedlagt de ovennævnte påstande og oplyst, at selskaberne kan henholde sig til det, der er anført i det sammenfattende processkrift af 3. januar 2022 fra selskabernes daværende Advokat. Anden partsrepræsentant forlod herefter hovedforhandlingen.

HHU ApS under konkurs ved BEI ApS og BEI ApS (tidligere HHU ApS) benævnes herefter HHU ApS.

BS-30/2012-VLR er anlagt ved Retten i Aalborg den 24. april 2012 af Aalborg Industries Holding A/S. Aalborg Industries Holding A/S ændrede senere navn til Alfa Laval Aalborg Holding A/S. Dette selskab blev opløst ved fusion med Alfa Laval Aalborg A/S, der herefter blev sagsøger i BS-30/2012-VLR. Retten i Aalborg henviste ved kendelse af 15. juni 2012 sagen til behandling ved Vestre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Alfa Laval Aalborg A/S har nedlagt følgende principale påstand:

Skatteministeriet skal anerkende, at Alfa Laval Aalborg A/S ikke er indeholdelsespligtig af kildeskat på renter med henholdsvis 2.528.236 kr. og 3.053.050 kr. svarende til 28 %, henholdsvis 25 %, af de i årene 2006 og 2007 tilskrevne og betalte renter på det i sagen omhandlede lån fra Altor II S.à.r.l., og at Alfa Laval Aalborg A/S – under alle omstændigheder – ikke er ansvarlig for betalingen af de ikke indeholdte beløb.

Subsidiært følgende sideordnede endelige påstande:

(A) Skatteministeriet skal anerkende, at kildeskattekravene mod Alfa Laval Aalborg A/S for årene 2006 og 2007 nedsættes med henholdsvis 1.772.293 kr. og 2.140.188 kr., eller et mindre beløb efter landsrettens bestemmelse.

(B) Sagen hjemvises i øvrigt til fornyet behandling ved Skattestyrelsen.

Skatteministeriet har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS)

Landsskatteretten stadfæstede ved kendelse af 22. december 2010 SKATs afgørelse vedrørende indkomstårene 2004 og 2005, hvorved SKAT anså HHU ApS for indeholdelsespligtig af renteskat på henholdsvis 8.943.615 kr. og 28.173.579 kr. for renter udbetalt til moderselskabet SNAH AB, jf. kildeskattelovens § 65 D og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d. Samme dag traf landsskatteretten afgørelse om, at HHU ApS hæftede for den manglende indeholdelse af kildeskat på renter, jf. kildeskattelovens § 65 D og § 69, stk. 1.

Ved kendelse af 19. marts 2012 stadfæstede landsskatteretten SKATs afgørelse vedrørende indkomstårene 2006 og 2007, hvorved SKAT anså HHU ApS for indeholdelsespligtig af renteskat på henholdsvis 28.859.255 kr. og 31.148.326 kr. for renter udbetalt til moderselskabet SNAH AB, jf. kildeskattelovens § 65 D og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

SKAT havde ved afgørelserne anvendt en rentekildeskattesats på 30 % for alle indkomstårene, og det samlede opkrævede beløb i henhold til afgørelserne udgjorde således 97.124.775 kr. Efterfølgende reducerede SKAT ved afgørelse af 13. november 2015 det samlede opkrævede beløb til 88.140.531 kr., idet SKAT anerkendte, at kildebeskatning ikke kunne ske til en højere skattesats for uden-landske selskaber end den, der gælder for beskatning af danske selskabers ren-teindtægter.

Landsskatterettens kendelse af 22. december 2010

Af Landsskatterettens kendelse af 22. december 2010 fremgår bl.a. følgende:

”Sagens oplysninger

Selskabet TAJRV Ltd., Jersey, erhvervede den 1. juli 2002 den danske koncern med selskabet ETI Telecom A/S øverst i koncernen. Om aktiviteten i det centrale selskab i den danske koncern, EL-Tec A/S er oplyst, at selskabet varetager udvikling, produktion og logistik samt salg af koncernens produkter i forbindelse med sikkerhed, overvågning mv. til såvel eksterne kunder som til datterselskaber. Selskabet har regnskabsår 1. juli - 30. juni.

Den 25. juni 2003 erhvervede TAJRV Ltd. 2 svenske skuffeselskaber, SNAH AB og ETERG AB.

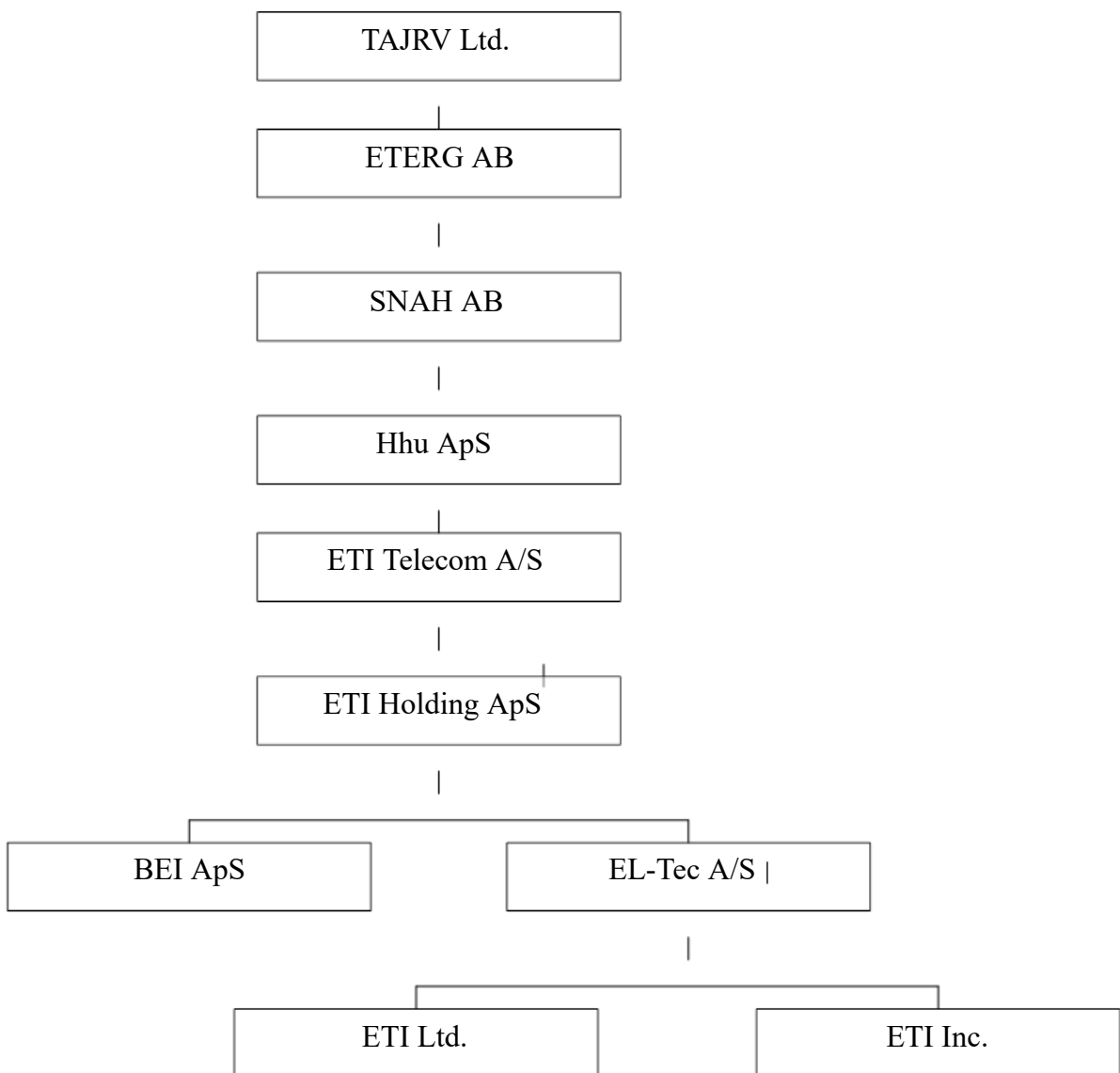
Den 26. juni 2003 fik SNAH AB overført aktierne i ETI Telecom A/S ved et ”ovillkorat aktieägertilskott”. Aktierne i det danske selskab var ansat til en værdi på 225 mio. euro.

Samtidig blev aktierne i SNAH AB overdraget til ETERG AB for 225 mio. euro. Overdragelsen blev finansieret ved lån fra TAJRV Ltd til ETERG AB.

Den 27. juni 2003 erhvervede SNAH AB aktierne i Hhu ApS fra ETI Holding ApS for 1,7 mio. kr. Erhvervelsen blev finansieret ved lån fra ETI Holding ApS til SNAH AB.

Den 1. juli 2003 erhvervede Hhu ApS endelig aktierne i ETI Telecom A/S fra SNAH AB for 225 mio. euro. Finansieringen af købet skete ved lån fra SNAH AB til Hhu ApS.

Koncernen havde herefter pr. 1. juli 2003 følgende ejerstruktur:



I forbindelse med TAJRV Ltd.'s erhvervelse af den danske koncern og den efterfølgende omstrukturering mv. blev således etableret 2 gældsbreve på nom. 225 mio. euro. Det ene gældsbrief er udstedt af det øverste danske

holdingselskab, Hhu ApS til det nederste svenske selskab, SNAH AB. Det andet gælds-brev er udstedt af det øverste svenske holdingselskab, ETERG AB til TAJRV Ltd. Efter gælds-brevene, der er enslydende, forrentes lånene fra 1. juli 2003 med en rente svarende til Euribor 6 måneder plus 5 %. Ren-tetilskrivningen og betalingen heraf sker pr. 30. juni og 31. december med 31. december 2003 som første gang. Der er ikke aftalt faste afdrag. Debitor har mulighed for at betale til hver en tid, ligesom kreditor kan kræve lånet indfriet til hver en tid, dog med et varsel på 6 måneder.

Om SNAH AB er oplyst, at selskabets eneste aktivitet er at eje aktier i Hhu ApS. Selskabet, der er uden ansatte, administreres af Amicorp (nu CorpN-ordic), hvis ansatte bestrider posterne som direktion og bestyrelse i sel-skabet, som også har samme adresse som Amicorp.

Om ETERG AB er oplyst, at selskabets eneste aktivitet er at eje aktier i SNAH AB. Selskabet, der er uden ansatte, administreres af Amicorp (nu CorpNordic), hvis ansatte bestrider posterne som direktion og bestyrelse i selskabet, som også har samme adresse som Amicorp. Renteudgifter til moderselskabet TAJRV Ltd. finansieres ved overførsel fra SNAH AB af modtagne renter fra Hhu ApS, idet overførslen sker i form af koncernbi-drag. For så vidt angår renter fra 1. januar - til 30. juni 2004 er der dog ikke sket kontantbetaling fra Hhu ApS til SNAH AB, eller fra ETERG AB til TAJRV Ltd, idet renterne fra Hhu ApS indgår i en gældskonvertering af dette selskabs gæld til SNAH AB, mens renterne fra ETERG AB til TAJRV Ltd. indgår i et aktieejertilskud fra TAJRV Ltd. til ETERG AB.

Af selskabernes bogføring fremgår, at TAJRV Ltd. har betalt de svenske selskabers udgifter til revisor samt til administrations-selskabet Amicorp.

Efter de svenske regler er koncernbidraget fra SNAH AB til ETERG AB fradragsberettiget for SNAH AB, mens det er skattepligtigt for ETERG AB.

Om TAJRV Ltd. er oplyst, at selskabets adresse er c/o Udenlandsk virksomhed Adresse 2, Jersey. Selskabets ejer har ikke kunnet oplyses.

Om de økonomiske forhold er oplyst:

2003/2004 (dkr. (ved omregning fra skr. til dkr. er anvendt kurs 0,81)):

	Hhu ApS	SNAH AB	ETERG AB
Renteudgifter	-120.212.023 kr.		-120.212.023 kr.
Renteindtægter		+120.212.023 kr.	

Valutakursreg.		-15.035.066 kr.	+8.901.857 kr.
Resultat før skat		+104.840.310 kr.	-111.336.456 kr.
Koncernbidrag		-109.068.510 kr.	+109.068.510 kr.
Selvangivet skat. indk.	-120.017.747 kr.	-4.228.200 kr.	-2.211.948 kr.

2004/2005 (dkr. (ved omregning fra skr. til dkr. er anvendt kurs 0,79)):

	Hhu ApS	SNAH A B	ETERG AB
Renteudgifter	-93.911.931 kr.		-98.140.086 kr. *)
Renteindtægter		+93.911.931 kr.	+685.780 kr.
Valutakursreg.		-13.308.336 kr.	+16.669.245 kr.
Resultat før skat		+80.115.031 kr.	-81.189.509 kr.
Koncernbidrag		-80.115.031 kr.	+80.115.031 kr.
Selvangivet skat. indk.	-93.677.378 kr.	0 kr.	-1.074.477 kr.

*) Ifølge repræsentanten vedrører 64.303.419 kr. af beløbet eksterne renter. Ifølge selskabets selvangivelse vedrører beløbet valutakurstab.

SKA Ts afgørelse

SKA T har forhøjet Hhu APS' skattebetaling med kildeskatten af renter for 2004 med 8.943.615 kr. og for 2005 med 28.173.579 kr.

Det er SKATs opfattelse, at der er begrænset skattepligt til Danmark af de omhandlede renter i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

SKA T finder således, at SNAH AB og ETERG AB er gennemstrømnings-selskaber, der ikke kan anses for "den retmæssige ejer" ("beneficial owner") af renterne i relation til den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller rente-/royaltydirektivet.

SKAT bestrider, at afgørelsen skulle være udtryk for en praksisændring.

Efter selskabsskattelovens § 2 stk. 1, litra d er selskaber med hjemsted i udlandet som udgangspunkt skattepligtige af renter, der oppebæres fra kilder her i landet vedrørende kontrolleret gæld. Dette vil sige, at der som udgangspunkt er begrænset skattepligt af koncerninterne renter.

Som en undtagelse til den begrænsede skattepligt i § 2, stk. 1, litra d følger det af bestemmelsen, at kildebeskatningen af renter skal frafaldes, når der efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller rente-/royaltydirektivet 2003/49/EF består en forpligtelse til enten at frafalde eller nedsætte kildebeskatningen. Hvornår undtagelsen finder anvendelse, afhænger dermed

direkte af en fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomsten og/eller rente/royaltydirektivet.

For så vidt angår den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. bekendtgørelse nr. 92 af 25. juni 1997, er det i overenskomsten fastsat, at renter, der hidrører fra én kontraherende stat, og som betales til et i en anden kontraherende stat hjemmehørende selskab, kun kan beskattes i denne anden stat, hvis selskabet er den ”retmæssige ejer” af renterne, jf. artikel 11, stk. 1.

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, s. 398.

Af kommentarerne fremgår det, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke i sig selv afskærer/begrænser kildestatsbeskatning, medmindre den ”retmæssige ejer” er hjemmehørende i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en overenskomst. Afgørende for fastlæggelsen af den ”retmæssige ejer” er efter kommentarerne bl.a., om den formelle udbyttmodtager blot fungerer som ”gennemstrømningsenhed” (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst.

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

Efter SKATs opfattelse kan hverken SNAH AB eller ETERG AB anses som den ”retmæssige ejer” at rentebetalingerne hidrørende fra Hhu ApS.

Samme dato som Hhu ApS betaler renter til SNAH AB, overføres rentebetalingerne fra SNAH AB til ETERG AB, således at ETERG AB atter samme dato kan foretage den præcis samme rentebetaling til TARJV Ltd.

De svenske selskaber fungerer hermed som rene gennemstrømningsenheder, der på vegne af en anden foretager viderebetaling uden at træffe selvstændige ledelsesbeslutninger. Det er i den forbindelse uden betydning, at rentebeløbet kanaliseres fra SNAH AB videre til ETERG AB via koncern-bidragsreglerne. Afgørende er, at viderekanaliseringen faktisk sker, og at der reelt ikke er nogen anden mulighed for, at ETERG AB kan betale renterne på gældsbrevene til sit moderselskab, end ved at rentebetalingerne fra Hhu ApS kanaliseres videre gennem de svenske selskaber.

SNAH AB var således faktisk forpligtet til at viderekanalisere rentebeløbet til ETERG AB. Viderekanaliseringen er sket samme dag, som renterne er modtaget uden at renterne er blevet beskattet i modtagerstaten. De to svenske selskaber har ikke nogen driftsmæssig aktivitet ud over ejerskab og finansiering af ét koncernselskab hver, ligesom de to svenske selskaber hverken har kontorfaciliteter til rådighed eller ansatte, mens administrationen af de to svenske selskaber er foretaget af et selskab uden for koncernen, AmiCorp AB, idet betalingen til AmiCorp AB er foretaget af TARJV Ltd.

De svenske selskaber anses hermed udelukkende for oprettet med henblik på at etablere et rentefradrag for Hhu ApS uden at udløse kildebeskatning.

Det vil derfor være uforeneligt med dobbeltbeskatningsoverenskomstens hensigt og formål at lempe kildeskatten i denne situation. Der er i denne forbindelse henvist 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.

SKAT har for så vidt angår praksis, som er sparsom, henvist til bl.a. Indo-foods-sagen, der blev afgjort af den britiske Court of Appeal den 2. marts 2006. Spørgsmålet i sagen, der drejede sig om kildeskat på renter betalt af et indonesisk selskab til et Mauritius selskab, var om kildeskatten kunne undgås ved indskud af et hollandsk selskab mellem det indonesiske selskab og Mauritius selskabet. Spørgsmålet var nærmere om, det hollandske selskab ville blive anset for at være "beneficial owner" af rentebetalingerne, således at disse betalinger ville blive anerkendt i forhold til den hollandsk-indonesiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Court of Appeal fandt, at det hollandske selskab ikke ville være "beneficial owner" af renteindtægterne i medfør af den indonesisk-hollandske overenskomst. Be-

grebet "beneficial owner" skulle ifølge Court of Appeal forstås ud fra en "international fiscal meaning", som ikke kunne udledes fra intern ret i de kontraherende stater. Dette forhold udledte domstolen af OECD's kommentarer samt Philip Bakers kommentar til OECD's modeloverenskomst. Ved afgørelsen blev lagt vægt på, at der ikke var nogen anden praktisk mulighed end, at et rentebeløb udbetalt fra det indonesiske selskab til det hollandske selskab umiddelbart ville blive videreført til dækning af det hollandske selskabs forpligtelse til at betale nøjagtigt samme rentebeløb til selskabet på Mauritius.

Til repræsentantens henvisning til den canadiske Federal Court of Appeals dom af 26. februar 2009 i Prévost-sagen, der drejede sig om udbytteskat på udbytter betalt fra et canadisk selskab til et hollandsk holdingselskab, der var ejet af et svensk og et engelsk selskab, er bemærket, at situationen i denne dom afviger grundlæggende for forholdene i nærværende sag. Spørgsmålet var om, det hollandske selskab var "beneficial owner" i relation til udbyttet. Dette fandt den canadiske Federal Court of Appeal var tilfældet. Efter de foreliggende oplysninger i dommen er det vanskeligt at pege på transaktioner, der kan karakteriseres som en sådan skatteundgåelse, som, jf. kommentaren til Modeloverenskomsten, skal indgå ved vurderingen af, om en anden end den formelle ejer skal anses for retmæssig ejer. Situation i Prévost-dommen afviger derfor grundlæggende fra forholdene i nærværende sag, hvor arrangementet med etableringen af en selskabsstruktur med mellemholdingselskaber og to identiske gældsbreve udgør på forhånd fastlagte dispositioner med det sigte at undgå beskatning.

Til repræsentantens anbringender i relation til begrebet "rette indkomstmottager", herunder om at SNAH AB som fordringshaver er "rette indkomstmottager" af renterne, og at der allerede af denne årsag ikke er grundlag for at anse renteindtægterne for omfattet af den begrænsede skattepligt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, er anført, at det ikke er nødvendigt for at statuere indeholdelsespligt efter denne bestemmelse, at det fastslås, at det svenske selskab ikke er "rette indkomstmottager" i relation til renterne. Det er tilstrækkelig at fastslå, at selskabet ikke er "retmæssig ejer" af rentebeløbet. Det er i denne forbindelse ubestridt, at renterne hidrører fra Hhu ApS og dermed fra "kilder her i landet", og at renterne betales til et selskab, der er hjemmehørende i udlandet. Betingelserne for, at der herefter som udgangspunkt pålægges begrænset skattepligt af renterne, er dermed til stede.

Hvis det imidlertid måtte anses for nødvendigt at identificere præcist hvilket selskab, der er det begrænset skattepligtige selskab, kan det ved

afgørelsen lægges til grund, at selskabet SNAH AB skal anses for ”rette indkomstmodtager” bedømt alene efter intern dansk rets almindelige, uskrevne principper (og dermed det begrænset skattepligtige selskab).

Til repræsentantens henvisning til art. 26, stk. 1 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er anført, at denne artikel ikke kan føre til, at Danmark er forpligtet til at undlade at pålægge den i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d forudsatte kildeskat af renter i en situation som den foreliggende. Der er bl.a. henvist til, at det ellers ville være indholdsløst, når det i art. 11, stk. 1, opstilles som betingelse for afskæringen af Danmarks ret til som kildestat at beskatte renter, at modtageren af renterne er den ”retmæssige ejer” .

Angående rente-/royaltydirektivet 2003/49/EF er anført, at betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, skal fritages for enhver form for skat i kildestaten, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelsen. Dette er dog forudsat, at den ”retmæssige ejer” af de pågældende renter og royalties er et selskab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat. Af artikel 1, stk. 4, fremgår at et selskab i en medlemsstat kun anses for at være den ”retmæssige ejer” af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatur for en anden person.

Selskabet har i relation til misbrugsbestemmelsen i rente-/royaltydirektivets art. 5, stk. 1, anført, at det er en betingelse, at der er intern dansk hjemmel til at statuere misbrug, og at denne betingelse ikke er opfyldt.

Det er hertil bemærket, at det ikke er nødvendigt at henvise til artikel 5, stk. 1, fordi rente-/royaltydirektivet efter sin klare ordlyd kun fører til, at der ikke kan indeholdes kildeskat, hvis modtageren er den ”retmæssige ejer” af rente- eller royaltybeløbet. Da selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c (formentlig menes d), fastsætter, at den begrænsede skattepligt kun skal frafalde, hvis direktivet fører til, at SKAT skal frafalde eller nedsætte beskatningen, er det unødvendigt at bringe artikel 5, stk. 1, i anvendelse, når det netop - som i sagen her - konstateres, at de(t) i EU hjemmehørende selskab(er) ikke er retmæssig(e) ejer(e).

Endvidere er bemærket, at det følger af art. 5, stk. 1, at direktivet ikke udelukker anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.

Da selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c (formentlig menes d), fastsætter, at den begrænsede skattepligt kun skal frafalde, hvis direktivet og/eller en DBO fører til, at SKAT skal frafalde eller nedsætte beskatningen, indeholder denne bestemmelse i sig selv en klar udnyttelse af adgangen til at fastholde den begrænsede skattepligt med henblik på at imødegå misbrug. Det er i overensstemmelse med det almindelige EU-retlige misbrugsbegreb, at EU-retlige rettigheder ikke kan påberåbes med hensyn til rent kunstige arrangementer, hvis hovedformål er at opnå en utilsigtet skattefordel. Derudover er artikel 11 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst netop en overenskomstmæssigt fastsat bestemmelse, der med forbeholdet om ”retmæssig ejer” bekæmper svig eller misbrug. Direktivet udelukker efter ordlyden af artikel 5, stk. 1, netop ikke, at Danmark anvender den adgang til at indeholde kildeskat, som Danmark har i medfør af artikel 11 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Jf. ovenfor er det SKATs opfattelse, at SNAH AB og ETERG AB ikke er rentebetalingerens ”retmæssige ejer”, da disse selskaber alene er gennemstrømningsselskaber, der ikke modtager rentebetalingerne til eget brug. Renterne kanaliseres videre til TARJV Ltd, der er hjemmehørende på Jersey. Jersey er ikke omfattet af rente/royaltydirektivet, hvorfor det ikke er at betragte som et ”selskab i en anden medlemsstat”, jf. rente-/royalty-direktivets, art. 1, stk. 1.

Den omstændighed at renterne beregnet fra den 1. januar 2004 til den 28. juni 2004 (hvoraf der er beregnet renteskat fra den 2. april 2004) ikke er betalt kontant, men indgår på den restgæld, der nedskrives ved en gælds-konvertering til anpartskapital i Hhu ApS den 28. juni 2004, har ingen betydning for sagen, idet renterne i skattemæssig henseende også i denne situation anses for betalt, selv om dette ikke er sket kontant.

Som en undtagelse til den begrænsede skattepligt gælder endvidere, at skattepligten bortfalder, hvis det modtagende selskab godtgør, at det ikke ville være omfattet af selskabsskattelovens § 32, hvis det havde været kontrolleret af et her i landet hjemmehørende selskab mv., og at det ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab mv., som ville opfylde betingelserne i § 32. For at være omfattet af § 32 kræves bl.a. at selskabets samlede udenlandske indkomstskat er mindre end 3/4 af den danske skat.

Selskabet har anført, at SNAH AB ikke ville være omfattet af § 32, da både indkomstsattet i Sverige og den danske skat, der skal sammenlignes med, kan opgøres til 0 kr. Som følge af, at der slet ikke er skattepligtig indkomst i selskabet, vil den samlede udenlandske skat ikke være mindre end 3/4 af den danske skat. Endvidere er anført, at SNAH AB ikke ”betaler

renterne videre til et andet udenlandsk selskab”, idet viderebetalingen til moderselskabet, ETERG AB, sker i form af koncernbidrag, og dermed ikke i form af en rentebetaling.

Efter SKATs opfattelse er det afgørende, at det selskab, der umiddelbart modtager rentebetalingen, har kanaliseret beløbet videre til et andet udenlandsk selskab med fradragsret, og ikke hvorvidt denne viderekanaliseringsring sker i form af rentebetaling. I modsat fald ville betingelsen da også være nem at omgå, idet blot en enkelt rentebetaling i rækken da kunne erstattes med en anden form for betaling, eksempelvis koncernbidrag som i den foreliggende situation. SKAT har henvist til bemærkningerne til L-119 af 17. december 2003, til § 10, nr. 1, hvoraf det fremgår, at *”Denne undtagelse (dog ikke) gælder ..., hvis selskabet kanaliserer betalingen videre til et andet udenlandsk selskab, der ikke er kontrolleret af et dansk selskab, såfremt det andet udenlandske selskab er hjemmehørende i et land med lav beskatning og mere end 1/3 af dets indkomst består af CFC-indkomst.”*

Til repræsentantens bemærkninger om, at der med SKATs afgørelse er tale om en forskelsbehandling i strid med det EU-retlige restriktionsforbud, EF-traktatens art. 43 om retten til fri etablering, er bl.a. anført, at den omstændighed, at der indeholdes kildeskat på renter, når de betales til et ikke-hjemmehørende selskab, ikke udgør en restriktion i den frie bevægelighed, allerede fordi der ikke sker en skattemæssig forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.

Til bemærkningerne om, at der med afgørelsen er tale om en ændring af en fast administrativ praksis mv., hvorefter det er fordringens ejer, der beskattes af renteindtægter, er anført, at der ikke foreligger nogen administrativ praksis, som afgørelsen i nærværende sag ændrer på. Der er ikke truffet en eneste afgørelse, hvorefter det i tilfælde, der minder om nærværende sag, er fastslået, at der ikke kan indeholdes kildeskat efter selskabs-skattelovens § 2, stk. 1, litra d, og realiteten er, at klagerens påstand om eksistensen af en “fast administrativ praksis”, er aldeles grundløs.

Til bemærkningerne om, at hvordan man kan have haft til hensigt at undgå en skat, som ikke eksisterede, og som der end ikke var stillet forslag om, er anført, at kildeskat på renter blev genindført ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 med vedtagelsen af L119, der formelt blev fremsat den 17. december 2003. Lovforslaget var allerede sendt i ekstern høring kort efter sommerferien 2003. En væsentlig baggrund for lovforslaget var, jf. bemærkningerne, vedtagelsen af Rådets direktiv af 1. juni 2003 (rente-/royaltydirektivet 2003/49/EF), der nødvendiggjorde en ændring af regler-

ne om begrænset skattepligt af royalties, så disse overhold direktivet. Efter direktivets art. 7, stk. 1, skulle dette ske inden den 1. januar 2004.

Gældsbrevet mellem det danske selskab og SNAH AB blev oprettet den 1. juli 2003 og dermed 1 måned efter vedtagelsen af rente-/royaltydirektivet. Ved optagelsen af låneforholdet vidste selskabet således, at et lovforslag var undervejs. Efter SKATs opfattelse er det tidsmæssige sammenfald slå-ende, og SKAT er derfor ikke enig i, at det kan lægges til grund, at oprettelsen af de to svenske selskaber i koncernen over det danske selskab ikke havde sammenhæng med muligheden for, at der ville blive indført dansk kildeskat på renter.

Til bemærkningerne om, at SKATs afgørelse må anses som ugyldig eller uvirksom som følge af, at afgørelsen har overskriften "Afgørelse om ændring af skatteansættelse" mv., idet afgørelsen herefter ikke kan anses for en afgørelse om indeholdelse af kildeskat, er anført, at der ikke er grundlag for at anse afgørelsen for ugyldig eller uvirksom i relation til indeholdelsespligten. Hverken overskriften eller andet kan med afgørelsens klare indhold have givet anledning til tvivl om, at der er fastslået indeholdelsespligt af renteskat. Angående den manglende henvisning i afgørelsen til kildeskattelovens § 69 er anført, at bestemmelsen ikke var blevet påberåbt overfor SKAT, og at der derfor ikke var grundlag for at henvise hertil.

SKAT er herefter samlet af den opfattelse, at der er begrænset skattepligt til Danmark af de omhandlede renter i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Selskabets påstand og argumenter

Selskabets repræsentant har nedlagt påstand om, at selskabets indeholdelsespligt vedrørende rente til moderselskabet ophæves. Endvidere er nedlagt påstand om, at SKATs afgørelse er ugyldig.

Til støtte for påstanden om ophævelse af indeholdelsespligten er henvist til, at SNAH AB som fordringshaver er "rette indkomstmodtager" af renterne.

Af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 1. punktum, følger, at kun det udenlandske selskab, der efter intern dansk skatterets principper om rette indkomstmodtager er modtager af renterne, vil kunne være omfattet af begrænset skattepligt. Dette gælder uafhængigt af hvordan begrebet "retmæssig ejer" i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og rente-/royaltydirektivet skal fortolkes. Når der i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. punktum, er angivet de undtagelser fra den begrænsede skat-

tepligt, fx at beskatningen af renterne skal frafalde eller nedsættes efter rente-royaltydirektivet, eller at beskatningen af renterne skal nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, har disse undtagelser kun betydning, såfremt det udenlandske selskab efter intern dansk skatterets grundlæggende principper om rette indkomstmodtager kan anses for at være "rette indkomstmodtager" af renterne.

Det er repræsentantens opfattelse, at TAJRV Ltd. efter fast retspraksis ikke kan anses for at være "rette indkomstmodtager" af renterne. Det er således et grundlæggende princip i skatteretten, at der ikke uden særlig lov-hjemmel accepteres en anden end fordringshaverens ejer, SNAH AB, som "rette indkomstmodtager" af renterne. Fordringen på Hhu ApS er således civilretlig gyldig og retskraftig.

SKAT har i overensstemmelse hermed tilkendegivet, at det ved afgørelsen kan lægges til grund, at det svenske selskab SNAH AB skal anses som "rette indkomstmodtager" .

Repræsentanten finder allerede herefter, at TAJRV Ltd. ikke kan anses for omfattet af begrænset skattepligt til Danmark.

I relation til den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er anført, at det følger af ordlyden af den nordiske overenskomsts art. 11 sammenholdt med OECD's kommentarer og international skattepraksis, at Danmark er afskåret fra at beskatte de renteindtægter, der er modtaget af SNAH AB. Det er som et klart udgangspunkt modtageren af renterne, der ifølge overenskomstens art. 11 skal anses som den "retmæssige ejer" .

Ifølge repræsentanten giver OECD's modeloverenskomst (2003) i videre omfang end den nordiske overenskomst kildelandet adgang til at beskatte renteindtægter.

Ved revisionen af modeloverenskomsten i 2003 blev OECD's kommentarer til art. 11 om "retmæssig ejer" - begrebet udvidet. Nyt i forhold til tidligere versioner var bemærkningen om, at begrebet "beneficial owner" 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.

I kommentarerne uddybes udsagnet om overenskomstens hensigt og formål med, at det for det første ikke ville være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildelandet skulle yde lempelse ved betaling til en agent eller mellemmand ("agent or nominee"),

idet denne ikke beskattes i sit domicilland, hvorfor der ikke opstår dobbeltbeskatning. For det andet nævnes gennemstrømningselskaber ("conduit companies").

I relation til begrebet "conduit companies" henvises i kommentarerne til rapport udarbejdet af Committee on Fiscal Affairs om "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies". Herefter kræves for at kunne tilsidesætte et selskab som den "retmæssige ejer" ("beneficial owner"), at det rentemodtagende selskab 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. Dette er ikke tilfældet for SNAH AB's vedkommende i nærværende sag.

Der er herved bl.a. henvist til domme fra den hollandske højesteret og den canadiske Federal Court of Appeal. Bl.a. er henvist til den nyeste dom herom fra den canadiske Federal Court of Appeal, afsagt den 26. februar 2009 (Prévostdommen) (se ovenfor). De canadiske skattemyndigheder havde gjort gældende, at det hollandske moderselskab ikke var den "retmæssige ejer" at udbyttet, hvorfor den canadiske kildeskat ikke skulle nedsættes til 5%, men derimod til henholdsvis 15 % (Sverige) og 10 % (Storbritannien). Federal Court of Appeal afviste skattemyndighedens argumentation bl.a. med begrundelsen, at der hverken i OECD's kommentarer eller andre steder kunne findes støtte for skattemyndighedens fortolkning. Myndighedens fortolkning ville endvidere føre til en myriade af muligheder, hvilket ville ødelægge den relative sikkerhed, som søges opnået ved dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Federal Court of Appeal udtalte desuden, at de canadiske skattemyndigheders fortolkning var udtryk for et nedsættende syn på holdingselskaber, der ikke var støtte for i hverken intern eller international ret.

Såfremt art. 11 i den nordiske overenskomst ikke finder anvendelse, følger det tillige af art. 26, at Danmark skal afstå fra at beskatte indkomst som følger:

Indkomst, som oppebæres af en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, eller formue, som ejes af en sådan person, kan ikke beskattes i en anden kontraherende stat, medmindre beskatning udtrykkeligt er tilladt i henhold til denne overenskomst.

Ved tvivl om hvorvidt Danmark i medfør af art. 11 og art. 26 er afskåret fra at beskatte SNAH AB's renteindtægter, skal i overensstemmelse med overenskomstens art. 3 stk. 2 begrebet "retmæssig ejer" i overenskomsten fortolkes i overensstemmelse med "rette indkomstmottager" efter intern dansk skatteret.

Den nordiske overenskomsts art. 3, stk. 2, som svarer til art. 3, stk. 2, i OECD'S model-overenskomst, har følgende formulering:

“Ved en kontraherende stats anvendelse af overenskomsten skal til enhver tid ethvert udtryk, som ikke er defineret deri, medmindre andet følger af sammenhængen, tillægges den betydning som det har på dette tidspunkt i henhold til denne stats lovgivning om de skatter, på hvilke overenskomsten finder anvendelse, og den betydning som udtrykket har i skattelov-givningen i denne stat skal gå forud for den betydning udtrykket måtte være tillagt i denne stats anden lovgivning.”

Der er henvist til Højesterets domme SKM 2003.62H (TfS 2003.222 H) om arbejdsudleje jf. kildeskattelovens § 2, stk. 1, litra c, i relation til bl.a. den dansk-amerikanske DBO, og TfS 1994.184H om professorreglen i den dansk-amerikanske DBO, samt Østre Landsrets dom gengivet i SKM 2005 461ØLR om kvalifikationen af en udbetaling fra en enhed i Frankrig, som ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt i Danmark, jf. den dansk-franske DBO. Endvidere er henvist til administrativ praksis og ministerudsagn, som denne er kommet til udtryk i SKM2003.62H, SKM2003.544LSR og TfS1998.306SKM. Særligt er peget på, at skatteministeren i det første ministresvar fra 2006 (i forbindelse med behandlingen af lovforslag L 116) ikke har sondret mellem udtrykket ”retmæssig ejer” og udtrykket ”rette indkomstmotager” , men reelt sætter lighedstegn mellem, hvem der er ”rette indkomstmotager” , og hvem der er ”retmæssig ejer” , jf. skatteministerens svar til Folketingets skatteudvalg, Folketingsåret 2005-2006, lovforslag 116, bilag 9, jf. i overensstemmelse hermed også skatteministerens svar af 6. november 2006 til Folketingets Skatteudvalg på et § 20-spørgsmål om udbytte.

I relation til rente-royaltydirektivet er anført, at det efter direktivets art. 1 er en betingelse, at det selskab i en anden medlemsstat, der modtager renter, er den ”retmæssige ejer” . Det er centralt, at betalingerne skal være til eget brug for det modtagende selskab og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatur for en anden person. I situationen her har ingen andre selskaber end SNAH AB været berettiget til renteindtægterne. Den omstændighed, at ETERG AB som aktionær i SNAH AB har haft en naturlig aktionærinteresse i, at SNAH AB modtog renter mv., kan ikke sidestilles med, at ETERG AB har været den reelle modtager af renterne. Tilsvarende gælder TAJRV Ltd.

Efter direktivets art. 5, stk. 1. udelukker direktivet ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug. Endvidere kan medlemsstaterne i medfør af art. 5,

stk. 2, tilbagekalde fordele i henhold til direktivet eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatte-undgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste.

Efter repræsentantens opfattelse er der hverken nogen udtrykkelig dansk lovhjemmel eller nogen almindelige retsgrundsætninger, som skulle kunne føre til, at SNAH AB ikke er modtager af renterne. Efter intern dansk skatteret er SNAH AB ejer af fordringen på Hhu ApS og "rette indkomst-modtager" af renterne herfra.

Det grundlæggende krav om intern hjemmel er derfor ikke opfyldt. Endvidere foreligger der ikke skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som en af de væsentligste bevæggrunde. Tværtimod var det, allerede fordi der på tidspunktet for etableringen af de ovennævnte lån ikke var dansk kildeskat på renter, umuligt at unddrage sig dansk skat.

Til SKATs argument om, at koncernstrukturen alene blev etableret for at undgå dansk kildeskat er anført, at der på det tidspunkt, hvor lånet fra SNAH AB til Hhu ApS blev etableret, ikke var dansk kildeskat på renter, og der var heller ikke stillet forslag herom. Der var derfor på daværende tidspunkt ingen dansk skat at undgå.

Til argumentet om, at de svenske selskaber ikke havde nogen reel dispositionsret er anført, at hvert selskab i en koncern udgør både et selvstændigt retssubjekt og et selvstændigt skattesubjekt. Det er ikke i den forbindelse afgørende, hvor mange ansatte der er, hvor mange lokaler, der rådes over mv. SNAH AB's dispositionsret underbygges af, at selskabet i 2004 accepterede en gældskonvertering hos Hhu ApS.

Til støtte for påstanden om ophævelse af indeholdelsespligten er herudover henvist til, at det af sidste punktum i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, således som bestemmelsen i de relevante indkomstår 2004 og 2005 var formuleret, følger at en evt. skattepligt efter § 2, stk. 1, litra d, under alle omstændigheder bortfalder.

Således bortfalder skattepligten, hvis 1) det modtagende selskab, SNAH AB, ikke ville være omfattet af selskabsskattelovens § 32, hvis det havde været kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et her i landet hjemmehørende selskab mv., jf § 32, stk. 6, og 2) det modtagende selskab SNAH AB, ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab mv., som ville opfylde betingelserne i § 32.

Angående punkt 1) er det er repræsentantens opfattelse, at betingelsen efter § 32, nr. 1 om, at selskabets samlede udenlandske indkomstskat er mindre end 3/4 af den danske skat, ikke er opfyldt. SNAH AB ville herefter ikke være omfattet af bestemmelsen.

I forbindelse med opgørelsen af SNAH AB's danske sammenligningsindkomst skal der efter dagældende § 32 tages udgangspunkt i dansk rets almindelige indkomstopgørelsesregler. Efter danske regler er renteindtægter skattepligtige, mens der som udgangspunkt ikke er fradrag for koncernbidrag. Af dagældende § 32 gjaldt der imidlertid den særlige undtagelse, at - når der efter udenlandske regler blev foretaget fradrag for koncernbidrag - skulle der også ved opgørelsen af den danske sammenligningsindkomst foretages fradrag for koncernbidrag.

Da der i Sverige er indrømmet fradrag for koncernbidrag - dette var netop baggrunden for, at selskabet ikke skulle betale skat til Sverige i 2004 og 2005 - skal dette koncernbidrag også fradrages ved opgørelsen af den danske sammenligningsindkomst.

På baggrund heraf kan den skattepligtige danske indkomst, opgjort efter § 32 i begge indkomstårene 2004 og 2005 opgøres til 0. Den samlede udenlandske (svenske) indkomstskat af SNAH AB's indkomst er som følge heraf ikke mindre end 3/4 af den sammenlignelige indkomstskat, og med henvisning til § 32 kan det derfor konkluderes, at den første betingelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, er opfyldt.

Det modtagende selskab, SNAH AB, ville således ikke være omfattet af selskabsskattelovens § 32, hvis det havde været kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et her i landet hjemmehørende selskab mv., jf. § 32.

På forespørgsel om hvorvidt SNAH AB, hvis det havde været kontrolleret af et dansk selskab, alt andet lige ville have haft fradrag for koncernbidrag, er henvist til, at da der i Sverige blev indrømmet fradrag for koncernbidrag skal koncernbidrag også fradrages ved opgørelsen af den danske sammenligningsindkomst.

I et supplerende indlæg er yderligere henvist til den svenske inkomstskatteloven (35 kap. 2 a § IL), der lyder således:

“Vid tillämpning av bestämmelserna detta kapitel ska ett utländskt bolag som hör hemma i en stat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och som motsvarar ett svenskt företag som anges i dessa bestämmelser behandlas som ett sådant företag, om mottagaren av koncernbidraget är

skattskyldig i Sverige för den näringsverksamhet som koncernbidraget hän-för sig til. Det samma gäller fråga om mottagaren om denne är ett sådant svenskt företag som ska anses ha hemvist i en utländsk stat inom EES en-ligt ett skatteavtal och är skattskyldig i Sverige för den näringsverksamhet som koncernbidraget hänför sig till.”

Endvidere er henvist til dommen i RÅ 1993 ref. 91. Heraf fremgår, at det var muligt for et svensk moderselskab at yde koncernbidrag til et ligeledes svensk datterselskab, selv om det mellemliggende datterselskab var et amerikansk selskab.

Den anden betingelse i dagældende sidste punktum i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, jf. punkt 2) ovenfor, var, at det modtagende selskab, SNAH AB, *“ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab m.v., som ville opfylde betingelserne i § 32”*.

SNAH AB betalte ikke renter til sit moderselskab ETERG AB. SNAH AB betalte koncernbidrag, hvilket hverken i svensk skatteret eller i dansk skatteret kan kvalificeres som betaling af renter.

Repræsentanten er ikke enig med SKAT i, at det afgørende er, at det sel-skab, der umiddelbart modtager rentebetalingen, har kanaliseret beløbet videre til et andet udenlandsk selskab med fradragsret, og ikke hvorvidt denne viderekanalisering er sket i form af rentebetaling. Han er heller ikke enig i, at lovforarbejderne (L119 af 17. december 2003 til § 10, nr. 1) støtter en sådan fortolkning. Således fremgår, at lovgiver i overensstemmelse med lovens ordlyd har tilsigtet, at undtagelsen alene refererer til en situa-tion, hvor det modtagende selskab (her SNAH AB) betaler renter videre til et andet selskab, jf. følgende:

”Denne undtagelse gælder dog ikke, hvis selskabet kanaliserer betalingen videre til et andet udenlandsk selskab der ikke er kontrolleret af et dansk selskab, såfremt det andet udenlandske selskab er hjemmehørende i et land med lav beskatning og mere end 1/3 af dets indkomst består af CFC-indkomst. I så fald vil det selskab, som modtager renterne her fra landet _____ nok blive beskattet at renterne, men samtidig vil det få fradrag for de renter som det selv betaler videre til det andet udenlandske selskab i lavskat-telandet.”
(repræsentantens understregninger).

Repræsentanten har herefter bemærket, at SNAH AB ikke har betalt eller overført beløb til ETERG AB frem til perioden 28. juni 2004. Endvidere er de faktiske overførsler, SNAH AB har foretaget i 2005, ikke sket med fradragsret, idet disse er blevet afskrevet på den gæld på 14 mio. EUR, der opstod hos SNAH AB til ETERG AB 30. juni 2004, dvs. året forinden.

Selv om der lægges afgørende vægt på, om der er sket betaling fra SNAH AB til ETERG AB med fradragsret, uanset der ikke er sket betaling at ren-ter, følger det således af sagens faktiske omstændigheder, 1) at der i ind-komståret 2004 (fra 2. april 2004 til 30. juni 2004) ikke skete betaling fra SNAH AB til ETERG AB, og 2) at der i indkomståret 2005 (fra i juli 2004 til 30. juni 2005) nok er overført beløb fra SNAH AB til ETERG AB, men at dette ikke er sket med fradragsret, men til betaling af gæld. Ifølge SKATs sagsfremstilling indgik renter fra 1. januar 2004 til 28. juni 2004 i den rest-gæld, der nedskrives ved en gældskonvertering til Hhu ApS den 28. juni 2004.

Til støtte for den principale påstand er desuden anført, at SKATs afgørelse er udtryk for en ændring af en fast administrativ praksis, hvorefter en for-drings ejer beskattes af renteindtægter. Denne praksis omfatter også de si-tuationer, hvor et koncernselskab har en fordring på et andet koncernsel-skab. Selv hvis en sådan ændring af administrativ praksis måtte være mu-lig inden for den gældende skattelovgivning, kan en ændring af admini-strativ praksis under alle omstændigheder kun gennemføres, hvis den gennemføres generelt, herunder over for danske koncernselskaber, og med et passende varsel. Dette er ikke sket.

Yderligere er SKATs afgørelse udtryk for en forskelsbehandling i strid med det EU-retlige restriktionsforbud, som er udtrykt i EF-traktatens art. 43, idet SNAH AB på grund af krav om opkrævning af kildeskat på 30 % hos dets danske datterselskab for renter betalt til SNAH AB behandles dårligere end et sammenligneligt dansk moderselskab, der har foretaget udlån til sit danske datterselskab. Efter fast praksis bliver renteindtægter fra fordringer, som et dansk moderselskab har på sit datterselskab, altid beskattet hos moderselskabet (= fordringshaveren). SKATs afgørelse fører til, at der ved Hhu ApS' betaling af renter til SNAH AB pålægges en dansk kildeskat på 30 % af renterne. Yderligere hæfter Hhu ApS ifølge SKAT for betaling af skatten. Såfremt Hhu ApS i stedet havde haft et dansk moder-selskab, ville der Ikke have været pålagt nogen dansk kildeskat. Denne forskelsbehandling er i strid med EF-traktatens art. 43.

Til støtte for påstanden om ugyldighed er gjort gældende, at SKAT har truffet afgørelse om ændring af skatteansættelsen for Hhu ApS. En afgø-relse om pligt til at indeholde kildeskat (renteskat) er ikke udtryk for en ændring af skatteansættelsen for det selskab, der angiveligt skulle have indeholdt kildeskat. SKATs afgørelse kan derfor ikke anses for at være en afgørelse om indeholdelse af kildeskat (renteskat) og må i forhold hertil anses for uvirksom eller ugyldig. I efterfølgende indlæg er endvidere hen-

vist til, at SKAT i sin afgørelse ikke har henvist til kildeskattelovens § 69, ligesom afgørelsen ikke angiver en begrundelse for, hvorfor selskabet skulle hæfte.

Repræsentanten har i brev af 15. november 2010 uddybende redegjort for sine anbringender.

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Det svenske selskab ETERG AB, der er ejet af holdingselskabet TAJRV Ltd., Jersey, har finansieret køb af det svenske selskab SNAH AB fra holdingselskabet ved lån på 225 mio. euro fra holdingselskabet. Det danske selskab Hhu ApS, der er ejet af moderselskabet SNAH AB, har finansieret køb af det danske selskab ETI Telecom A/S fra moderselskabet ved lån på 225 mio. euro fra moderselskabet. De i forbindelse med købene oprettede gældsbreve henholdsvis 26. juni 2003 og 1. juli 2003 forrentes begge fra 1. juli 2003, har enslydende vilkår om rentebetaling, afdrag mv. Begge de svenske selskaber, der ingen ansatte havde og ikke rådede over kontorfaciliteter, ligesom de to direktører heri var ansatte i et administrationselskab uden forbindelse til koncernen og i øvrigt var aflønnet af TAJRV Ltd., havde negative skattepligtige indkomster i såvel 2004 som i 2005. Endvidere er der i Hhu ApS og ETERG AB samtidig henholdsvis gældskonvertering og aktieejertilskud med lige store beløb.

Ifølge den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra d, er selskaber mv., der har hjemsted i udlandet, som udgangspunkt begrænset skattepligtige af renter fra kilder her i landet vedrørende gæld til udenlandske juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B (kontrolleret gæld). Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafalde eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende. Endvidere omfattes ikke renter, hvis det modtagende selskab kan godtgøre, at det ikke ville have været omfattet af selskabsskattelovens § 32, hvis kontrolbetingelsen var opfyldt, og at det modtagende selskab ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab, som ville opfylde betingelserne i selskabsskattelovens § 32.

Ifølge den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst (bekendtgørelse nr. 92 af 25/6 1997) artikel 11 kan renter, der hidrører fra en kontraherende stat, og som betales til en i en anden kontraherende stat hjemmehørende person, kun beskattes i denne anden stat, hvis denne person er den "retmæssige ejer" af renterne ("beneficial owner"). Efter overenskomstens ar-

tikel 26 kan indkomst, som oppebæres af en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, eller formue, som ejes af en sådan person, ikke beskattes i en anden kontraherende stat, medmindre beskatning udtrykkelig er tilladt i henhold til denne overenskomst.

I relation til begrebet "beneficial owner" er i 2003 kommentarerne til modeloverenskomsten, artikel 11, punkt 8, nævnt følgende:

The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 11 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 interest income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source had 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.

Videre er i punkt 8.1 nævnt følgende:

Relief or exemption in respect of an item of income is granted by the State of source to a resident of the other Contracting State to avoid in whole or in part the double taxation that would otherwise arise from the concurrent taxation of that income by the State of residence. 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 the 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.

Begrebet ”beneficial owner” er ikke kendt fra dansk ret, men er kendt fra bl.a. common law retstraditioner. Der kan således ikke uden videre sættes lighedstegn mellem indholdet af dette begreb og det i dansk ret anvendte udtryk ”rette indkomstmodtager” . Ved fortolkning af begrebet ”beneficial owner” må indgå et hensyn til en harmoniseret fortolkning af begrebet, jf. kommentarerne i relation hertil. Ved vurderingen må der herefter ud over den juridiske ejendomsret tillige indgå andre vurderinger, fx i relation til økonomisk ejendomsret mv.

Ifølge rente-/royaltydirektivet (direktiv 2003/49/EF) er det efter artikel 1 en betingelse for bortfald af kildeskat på renter mv., at det selskab i en anden medlemsstat, der modtager renter mv., er den ”retmæssige ejer” (”beneficial owner”). Betalingerne skal være til eget brug. Dette gælder kun, hvis det betalende selskab og det modtagne selskab er associeret som nævnt i direktivet (25 % ejerskab).

I nærværende sag kan SHAH AB hverken i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller i relation til direktivet, anses for ”beneficial owner” .

Ved afgørelsen er der lagt vægt på den mellem de interesseforbundne parter faktisk tilrettelagte konstruktion, hvorefter SNAH AB overfører de fra Hhu ApS modtagne renteindtægter til ETERG AB via de svenske regler om koncernbidrag, og fra ETERG AB videre som renteudgifter med fradrag til TAJRV Ltd., med den virkning, at de af Hhu ApS påhvilende rentebetalinger tilgår TAJRV Ltd. via de svenske selskaber.

Det bemærkes, at på tidspunktet for konstruktionens etablering var Rådets direktiv af 1. juni 2003 (rente-/royaltydirektivet) vedtaget, og efter vedtagelsen heraf måtte det forventes, at der ville blive indført renteskat her i landet.

Da koncernbidraget vil være fradragsberettiget for det indskydende selskab, medens der vil være skattepligt for det modtagende selskab, vil der ikke komme skattepligtig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i de svenske selskaber, der således må anses som gennemstrømningsselskaber uden reelle beføjelser til/muligheder for at træffe afgørelse om disposition af de modtagne overførsler. At overførslerne mellem de svenske selskaber sker i form af koncernbidrag og ikke som rente er i den forbindelse uden betydning.

Det bemærkes i øvrigt, at det med etableringen af de svenske selskaber – som ud over aktiebesiddelse er uden erhvervsmæssig aktivitet - og samti-

dig hermed oprettelse af enslydende lån mellem TAJRV Ltd. og ETERG AB og mellem SNAH AB og Hhu ApS, og den foretagne identiske gælds-konvertering/aktieejertilskud i indkomståret 2004 er tilsigtet at undgå en-hver form for beskatning af de af Hhu ApS påhvilende renter af det op-tagne lån, uden at rentefradragsretten bliver berørt.

Den omstændighed, at renterne fra 1. januar til 28. juni 2004 ikke er kon-tant betalt, idet renterne indgår i en gældskonvertering i det danske sel-skab, og at der i 2005 måtte være overført midler fra SNAH AB til ETERG AB som afdrag på gæld uden fradragret, kan under disse omstændighe-der ikke føre til anden afgørelse.

SNAH AB afslås derfor overenskomstens og/eller direktivets fordele om bortfald af den danske kildeskat. Hverken overenskomstens art. 3 eller art. 26 kan føre til andet resultat, ligesom direktivets art. 5 ikke er til hinder herfor.

Herefter, og da det ikke anses for godtgjort, at betingelserne for bortfald af skattepligten i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum er til stede, da det, jf. den svenske inkomstskattelagen 35 kap. 2 a mv. § 11, ikke kan anses for godtgjort, at det svenske selskab, hvis det havde været kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et her i lan-det hjemmehørende selskab, ville have haft fradrag for koncernbidrag, samt med bemærkning at der med den af SKAT givne begrundelse ikke kan anses at være tale om forskelsbehandling i strid med det EU-retlige restriktionsforbud, jf. EF-traktatens art. 43, ligesom det ikke er dokumen-teret, at der er tale om en skærpende praksisændring som anført, vil der være begrænset skattepligt af renter betalt fra Hhu ApS til SNAH AB, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Det forhold, at SKAT i afgørelsen har anvendt udtrykket ”skattepligtige indkomst” kan ikke føre til afgørelsens ugyldighed. Selskabet må med indholdet af SKATs afgørelse (og agterskrivelse) således have indset, at afgørelsen (og agterskrivelsen) vedrørte kildeskat på renter, jf. selskabs-skattelovens § 2, stk. 1, litra d. Heller ikke det forhold, at der ikke i SKATs afgørelse er henvist til kildeskattelovens § 69 kan føre til afgørelsens ugyl-dighed.

SKATs afgørelse stadfæstes hermed.”

Landsskatterettens kendelse af 22. december 2010

Følgende fremgår af Landsskatterettens afgørelse af 22. december 2010, der an-går afgørelsen om hæftelse efter kildeskattelovens § 69:

”...

SKAT afgørelse

SKAT har anset selskabet for at hæfte for den manglende indeholdelse af renteskat med 8.943.615 kr. i 2004 og med 28.173.579 kr. i 2005.

Som begrundelse for afgørelsen er henvist til, at det af ordlyden af kilde-skatteovens § 69, fremgår, at det er den indeholdelsespligtige, der skal godtgøre, at der ikke er udvist forsømmelighed fra hans side. Udgangspunktet i kildeskatteovens § 69 er, at et selskab, der undlader at opfylde sin pligt til at indeholde skat, er umiddelbart ansvarlig for betalingen af manglende beløb. Dette udgangspunkt fraviges, hvis selskabet godtgør, at der ikke er udvist “forsømmelighed” fra selskabets side.

Selskabet har bevidst deltaget i et arrangement uden nogen forretnings-mæssig begrundelse, og selskabet var bekendt med de forhold, der indebærer, at kildebeskatningen hverken skal frafalde i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller efter rente/royaltydirektivet (2003/435/EF), nemlig gennemstrømningen via de svenske selskaber til Jersey-selskabet. Selskabets synspunkt om, at man intet vidste, må afvises, allerede fordi den/de person(er), der har tilrettelagt arrangementet, nødvendigvis har haft fuld viden om formålet mv., og de(n) pågældende, der har haft kontrol over selskabet, har derfor været i besiddelse af al relevant information. Selskabet har dermed ikke haft føje til at anse de svenske selskaber for retmæssige ejer af renterne.

Der henvises i denne forbindelse til Højesterets praksis, der netop lægger afgørende vægt på den indeholdelsespligtiges kendskab til de forhold, der indebærer, at indeholdelse skulle være sket, jf. f.eks. UfR 2004, side 362 H og UfR 2008, side 2243 H. Den fortolkning af retspraksis, der gives udtryk for i Inddrivelsesvejledningen, må forstås i overensstemmelse hermed, og der er ingen holdepunkter i retspraksis for at hævde, at der skulle påhvile SKAT en (yderligere) bevisbyrde, når SKAT har godtgjort, at den indeholdelsespligtige har haft kendskab til de relevante faktiske omstændigheder.

Der bør således lægges vægt på, at udgangspunktet er, at indeholdelse skal ske, at der ikke af selskabet er foretaget nærmere undersøgelser med henblik på at afklare, om betingelserne for manglende indeholdelse var opfyldt, samt at der som følge af interessefællesskabet må stilles skærpede krav til selskabets agtpågivenhed.

SKAT finder ikke forholdene i nærværende sag sammenlignelige med forholdene i Østre Landsrets dom gengivet i TfS2002.844, der omhandlede en

skatteyder, der lavede strenge til musikinstrumenter for en virksomhed, som skatteyderen blev anset for at være i et tjenesteforhold til, hvorfor virksomheden havde pligt til at indeholde A-skat og arbejdsmarkedsbi-drag. Landsretten fandt, at de i et cirkulære angivne kriterier, som indgår i vurderingen af, om der foreligger et tjenesteforhold, ikke førte til et entydigt resultat, og fandt på denne baggrund, at forholdet ikke havde haft en sådan klarhed, at det kunne lægges til grund, at virksomheden havde ud-vist forsømmelighed ved at undlade at indeholde A-skat og arbejdsmarkedsbidrag.

Anvendelsen af begrebet retmæssig ejer i dobbeltbeskatningsoverenskomsten og rente/royaltydirektivet er udtryk for et værn mod misbrug af henholdsvis dobbeltbeskatningsoverenskomsten og rente-/royaltydirektivet.

Det er SKATs opfattelse, at der i relation til vurderingen af, om der er handlet forsømmeligt, jf. kildeskattelovens § 69, må stilles særlige krav til agtpågivenheden, når der er tale om overholdelse af en værnsregel.

Selskabet har ved at forsøge at sikre sig fordele, som hverken rente-/royaltydirektivet eller den nordiske dobbeltbeskatningsordning 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.

Hertil kommer, at selskabet ikke kan have været i uvished med hensyn til de faktiske forhold, hvilket da heller ikke er gjort gældende af selskabet.

I hvert fald under disse omstændigheder har selskabet ikke haft føje til at lægge til grund, at der ikke forelå indeholdelsespligt, hvilket efter fast højesteretspraksis er afgørende for, om den indeholdelsespligtige må anses for at have udvist forsømmelighed, jf. f.eks. UfR 2008, side 2243 H.

Det er herefter SKATs opfattelse, at selskabet hæfter for betalingen af renteskatten.

Selskabets påstand og argumenter

Selskabets repræsentant har nedlagt påstand om, at selskabet ikke har ud-vist forsømmelighed ved den manglende indeholdelse af renteskat, jf. kildeskattelovens § 66 B og § 69, stk. 1.

Til støtte for påstanden er anført, at forarbejderne til kildeskattelovens § 69, stk. 1, der blev indsat ved L 26 (66/67), ikke bidrager til forståelsen af begrebet forsømmelighed. En naturlig fortolkning af begrebet forsømme-

lighed må imidlertid indebære, at forsømmelighed er en undladelse, der kunne have været undgået, hvis den indeholdelsespligtige havde udvist almindelig omhu og agtpågivenhed.

En sådan forståelse af begrebet forsømmelighed i kildeskattelovens § 69, stk. 1, er ligeledes kommet til udtryk i SKATs Vejledning om indeholdelse af A-skat, AM-bidrag og SP-bidrag, 2009-1, afsnit K.2.2., hvoraf blandt andet følgende fremgår:

”...betingelserne for at opkræve den ikke indeholdte A-skat, AM-bidrag og SP-bidrag [er], at den indeholdelsespligtige har udvist forsømmelighed i forbindelse med den manglende eller for lave indeholdelse.

Uanset at bestemmelserne har omvendt bevisbyrde, har det i retspraksis vist sig, at det er told- og skatteforvaltningen, der skal bevise, at den indeholdelsespligtige har handlet forsømmeligt.

Den indeholdelsespligtige anses for at have udvist forsømmelig adfærd i tilfælde, hvor denne undlader at indeholde A-skat, AM-bidrag og SP-bidrag i udbetalinger, der med rimelig klarhed er omfattet af KSL § 43, stk. 1 og 2, jf. SKM2001.106.HR....

Hvis den indeholdelsespligtige har været i undskyldelig uvidenhed om, at udbetalingen er A-indkomst og bidragspligtig, bør man undlade at pålægge hæftelse for manglende indeholdelse i allerede foretagne udbetalinger.”

Det fremgår således af vejledningen, at retspraksis har vist, at det er SKAT, der har bevisbyrden for, at den indeholdelsespligtige har handlet forsømmeligt, og at SKAT bør undlade at pålægge hæftelse for manglende indeholdelse, hvis den indeholdelsespligtige har været i undskyldelig uvidenhed om, at der skulle indeholdes skat m.v.

I en række afgørelser er de indeholdelsespligtige blevet anset for at have udvist forsømmelighed, idet almindelig omhu og agtpågivenhed kunne have imødegået den manglende indeholdelse. En markant del af disse afgørelser er kendetegnet ved, at de indeholdelsespligtige i en eller anden forstand har været bekendt med, at der burde have været indeholdt skat, f.eks. ved at undlade at følge en modtaget vejledning, jf. TfS 1999, 377 H.

I andre afgørelser er den indeholdelsespligtige ikke blevet anset for at have udvist forsømmelighed, idet den indeholdelsespligtige ikke ved almindelig omhu og agtpågivenhed kunne have for sikret sig om, hvorvidt der var indeholdelsespligt. Dette var eksempelvis tilfældet i sagen refereret i

TfS 2002, 844, hvor der herskede retsusikkerhed vedrørende spørgsmålet om indeholdelsespligt. Netop denne retsusikkerhed førte til, at der ikke var udvist forsømmelighed ved manglende indeholdelse af A-skat.

Selv om Landsskatteretten måtte nå frem til, at betingelserne for begrænset skattepligt måtte være opfyldt, må det på baggrund af den i 2004 og 2005 herskende retsusikkerhed, være klart, at der allerede af denne grund ikke kan have været udvist forsømmelighed.

Yderligere er til støtte for påstanden henvist til, at SKAT med hjemmel i kildeskattelovens § 66 B, stk. 1 har udfærdiget en blanket (blanket nr. 06.026) om angivelse af renteskat uden at der i vejledningen hertil er anført noget om/taget forbehold om retmæssig ejer rette indkomstmottager eller lignende.

Det er herefter repræsentantens opfattelse, at der ikke er udvist forsømmelighed i forbindelse med den manglende indeholdelse af renteskat, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1.

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Efter den dagældende kildeskattelovs § 65 D, skal selskaber indeholde renteskat med 30 % af den samlede rente i forbindelse med enhver udbetaling eller godskrivning af renter til et selskab m.v., der er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Det selskab, som undlader at opfylde sin pligt til at indeholde renteskat, er overfor det offentlige umiddelbart ansvarlig for betaling af manglende beløb, medmindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra dets side, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1.

Selskabet, hæfter herefter, da det ikke anses for godtgjort, at det ikke har udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde renteskat, for den manglende indeholdelse af skat, jf. kildeskattelovens § 65 D og § 69, stk. 1.

Ved afgørelsen er lagt vægt på, at selskabet, efter de faktiske omstændigheder, som var selskabet bekendt, og hvorefter de renter, som blev betalt til SNAH AB ved den tilrettelagte konstruktion blev overført via ETERG AB til TAJRV Ltd, sammen med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, om renteskat, burde have indset, at der ville være, eller overvejende sandsynligt ville være, begrænset skattepligt af renter. Det bemærkes, at hverken formuleringen i SKATs Vejledning om indeholdelse af A-skat, AM-bidrag og SP-bidrag eller i blanket 06.026 kan føre til andet resultat.

...”

Landsskatterettens kendelse af 19. marts 2012

Af Landsskatterettens kendelse af 19. marts 2012 vedrørende indkomstårene 2006 og 2007 fremgår bl.a. følgende:

”Om SNAH AB er oplyst, at selskabets formål er enten direkte eller indirekte gennem datterselskaber at drive udvikling, produktion, køb og salg af signaludstyr mv. indenfor tele- og datakommunikation eller lignende krav. Selskabet, der er uden ansatte, administreres af Amicorp (nu Corp-Nordic), hvis ansatte bestrider posterne som direktion og bestyrelse i selskabet, som også har samme adresse som Amicorp. Selskabet, der hidtil havde været uden driftsaktivitet, erhvervede den 10. januar 2006 en udlejningsejendom i Sverige for 5,4 mio. skr. Anskaffelsen er finansieret ved et eksternt lån på 800.000 skr., samt med et lån fra moderselskabet ETERG AB på 4.668.785 skr., som den 30. juni 2006 er ændret til et aktieejertilskud. Der er indtægtsført lejeindtægter på 416.500 skr. i 2006 og på 785.984 skr. i 2007. Den 3. juli 2007 købte selskabet Eti Telecom A/S for 1.623.858.985 skr. tilbage fra HHU ApS, idet beløbet svarede til og blev modregnet i SNAH AB's tilgodehavende hos HHU ApS, se nedenfor.

Om ETERG AB er oplyst, at selskabets eneste aktivitet, f. dog nedenfor, er at eje aktier i SNAH AB. Selskabets formål er enten direkte eller indirekte gennem datterselskaber at drive udvikling, produktion, køb og salg af signaludstyr mv. indenfor tele- og datakommunikation eller lign. erhverv. Selskabet, der er uden ansatte, administreres af Amicorp (nu CorpNordic), hvis ansatte bestrider posterne som direktion og bestyrelse i selskabet, som også har samme adresse som Amicorp. Renteudgifter til moderselskabet TAJRV Ltd. finansieres ved overførsel fra SNAH AB af modtagne renter fra HHU ApS, idet overførslen sker i form af koncernbidrag. Efter de svenske regler er koncernbidraget fra SNAH AB til ETERG AB fradragsberettiget for SNAH AB, mens det er skattepligtigt for ETERG AB.

Begge de svenske selskaber har adressen BOX 1432 C/O Advokat, 11184 Stockholm, Sweden.

Om TAJRV Ltd. er oplyst, at selskabets adresse er c/o Udenlandsk virksomhed Adresse 2. Selskabets ejer har ikke kunnet oplyses.

...

For indkomståret 2006 er om det økonomiske oplyst, at Selskabet har betalt renter på gælden på 225.000.000 euro til moderselskabet SNAH AB

den 2. januar 2006 med 6.213.549 euro og den 30. juni 2006 med 6.686.329 euro. Ifølge konteringen i selskaberne er de 6.213.549 euro og de 6.686.329 euro overført fra SNAH AB til ETERG AB henholdsvis den 3. januar 2006 og den 30. juni 2006, og fra ETERG AB til TARJV Ltd. samme datoer. Sel-skabets betaling af renter til moderselskabet SNAH AB er i danske kroner opgjort til i alt 96.230.851 kr. Det er oplyst, at der er i 2006 er betalt kon-cernbidrag fra SNAH AB til ETERG AB med 77.021.200 skr.

For indkomståret 2007 er oplyst, at Selskabets renteudgifter til modersel-skabet ifølge bogføringen andrager i alt 103.827.753 kr., medens ETERG AB's renteudgifter til TARJV Ltd andrager i alt 129.378.533 skr. Der er i året betalt koncernbidrag fra SNAH AB til ETERG AB med 130.836.083 skr.

Den 1. juli 2007 udgjorde SNAH AB's tilgodehavende i Selskabet i alt 1.617.694.141 skr., som med tilskrevne renter og efter en gældskonverte-ring gav en saldo på 1.623.858.985 skr. den 30. juni 2007.

Samme dag, den 1. juli 2007 udgjorde TARJV Ltd tilgodehavende i ETERG AB i alt 1.617.694.141 skr., som med tilskrevne og efter en gældskonverte-ring gav en saldo på 1.624.072.674 skr. den 30. juni 2007.

Den 3. juli 2007 (dvs. indkomståret 2008) ophørte SNAH AB's fordring på 1.623.858.985 skr. hos Selskabet ved modregning i forbindelse med, at Sel-skabet solgte sine aktier i driftsselskabet Eti Telecom A/S tilbage til SNAH AB for netop 1.623.858.985 skr.

Den 6. juli 2007 blev TARJV Ltd.'s fordring på ETERG AB ændret til aktie-ejertilskud.

SKATs afgørelse

SKAT har forhøjet Selskabets skattebetaling med kildeskat af renter for 2006 med 30 % af 96.230.851 kr., eller med 28.859.255 kr., og for 2007 med 30 % af 103.827.753 kr., eller med 31.148.326 kr.

Det er SKATs opfattelse, at der er begrænset skattepligt til Danmark af de omhandlede renter i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

SKAT finder således, at SNAH AB og ETERG AB er gennemstrømnings-selskaber, der ikke kan anses for "den retmæssige ejer" ("beneficial ow-ner") af renterne i relation til den nordiske dobbeltbeskatningsove-renskomst eller rente-/royaltydirektivet.

SKAT har nærmere henvist til:

- Hovedstolen på hhv. fordringen mod HHU ApS og gældsposten til ejeren TARJV Ltd., udgjorde begge 225 mio. euro og begge lån blev forrentet med Euribor 6 mdr. plus 5, hvilket svarer til godt 7 %, hvorfor der er tale om identiske gældsforhold. Det forhold at renten i 2007 varierer hen over året med tilskrivningstidspunkter og beløb, ændrer ikke på det forhold, at der er tale om samme gældsforhold.
- SNAH AB's lån fra ejeren TARJV Ltd gennem ETERG AB, ses at være anvendt fuldt ud til erhvervelsen af aktierne i og fordringen mod HHU ApS. Da selskabet ikke ses at have haft andre midler el-ler indtægtskilder i 2006 og 2007, bortset fra en udlejningsejendom, må det lægges til grund, at det på forhånd har været givet at det Svenske selskab ikke har haft nogen mulighed for eller ret til at disponere over rentebeløbene.
- Anskaffelsen af udlejningsejendommen i januar 2006 finansieres ved eksternt lån samt aktieejertilskud fra ETERG AB, hvorfor denne aktivitet ikke vedrører det aktuelle lån samt renterne i forbindelse hermed.
- Der er ved etableringen af ansvarligt lån fra Danmark og til Sverige og fra Sverige til Jersey søgt opnået rentefradragsret for tilskrevne renteudgifter i Danmark uden indeholdelse af kildeskat, og uden at det udløser beskatning i Sverige, fordi renteindtægten i Sverige modsvares af en tilsvarende renteudgift ved viderebetaling til TAJ-RV Ltd. Da koncernbidraget vil være fradragsberettiget for det ind-skydende selskab, medens der vil være skattepligtig for det modta-gende selskab, vil der ikke komme skattepligtig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i de svenske selskaber. At overførslerne mellem de svenske selskaber sker i form af koncern-bidrag og ikke som rente er i den forbindelse uden betydning.

Sammenfattende er det SKATs opfattelse, at de svenske selskaber SNAH AB og ETERG AB, fremstår som mellemlid, der er etableret for at undgå kildebeskatning af rentebeløbene samt at selskaberne må antages at have været uden muligheder/beføjelser til at disponere på anden måde over rentebeløbene, end hvad den bagvedliggende ejer på forhånd havde be-sluttet.

Det er derfor SKATs vurdering, at det svenske selskab SNAH AB i relation til de koncerninterne rentegodskrivninger ikke kan anses for retmæssig ejer (beneficial owner).

Det er herefter SKATs opfattelse, at selskabet hæfter for betalingen af renteskatten i medfør af kildeskattelovens § 65 D og § 69. SKAT bestrider, at der skulle være grundlag for at anse afgørelsen for uvirksom eller ugyldig i relation til indeholdelse af kildeskat.

Selskabets påstand og argumenter

Selskabets repræsentant har nedlagt påstand om, at selskabets indeholdelsespligt vedrørende rente til moderselskabet ophæves. Endvidere er nedlagt påstand om, at selskabet ikke hæfter for en eventuel renteskat efter kildeskatteloven.

Til støtte for påstanden er henvist til de anbringender, der er gjort gældende under behandlingen af Landsskatterettens behandling af sagerne om betaling af renteskat for 2004 og 2005 (j.nr. 09.00640 og j.nr. 10-1814).

I disse sager er bl.a. anført, at det følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 1. punktum, at kun det udenlandske selskab, der efter intern dansk skatterets principper om rette indkomstmodtager er modtager af renterne, vil kunne være omfattet af begrænset skattepligt.

SNAH AB er herefter som fordringshaver rette indkomstmodtager af renterne.

TAJRV Ltd. kan efter fast retspraksis ikke anses for at være rette indkomstmodtager af renterne. Det er således et grundlæggende princip i skatteretten, at der ikke uden særlig lovhjemmel accepteres en anden end fordringshaverens ejer, SNAH AB, som rette indkomstmodtager af renterne. Fordringen på HHU ApS er således civilretlig gyldig og retskraftig.

SKAT har i overensstemmelse hermed tilkendegivet, at det ved afgørelsen kan lægges til grund, at det svenske selskab SNAH AB skal anses som rette indkomstmodtager.

Repræsentanten finder allerede derfor, at TAJRV Ltd. ikke kan anses for omfattet af begrænset skattepligt til Danmark.

Endvidere er anført, at det af sidste punktum i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, således som bestemmelsen i de pågældende indkomstår var

formuleret, følger at en evt. skattepligt efter § 2, stk. 1, litra d, under alle omstændigheder bortfalder.

I relation til den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er anført, at det følger af ordlyden af den nordiske overenskomsts art. 11 og art. 26 sammenholdt med OECD's kommentarer og international skattepraksis, at Danmark er afskåret fra at beskatte de renteindtægter, der blev modtaget af SNAH AB. Det er som et klart udgangspunkt modtageren af renterne, der ifølge overenskomstens art. 11 og art. 26, skal anses som den retmæssige ejer.

Ved tvivl om, hvorvidt Danmark i medfør af art. 11 og art. 26 er afskåret fra at beskatte SNAH AB's renteindtægter, skal begrebet "retmæssige ejer" i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst i overensstemmelse med overenskomstens art 3 stk. 2 fortolkes i overensstemmelse med rette indkomstmottager efter intern dansk skatteret, således at den rette indkomstmottager anses som "den retmæssige ejer" .

I relation til rente-royaltydirektivet er anført, at det efter direktivets art. 1 er en betingelse, at det selskab i en anden medlemsstat, der modtager renter, er den retmæssige ejer. Det er centralt, at betalingerne skal være til eget brug for det modtagende selskab og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person. I situationen her har ingen andre selskaber end SNAH AB været berettiget til renteindtægterne. Den omstændighed, at ETERG AB som aktionær i SNAH AB har haft en naturlig aktionærinteresse i, at SNAH AB modtog renter mv., kan ikke sidestilles med, at ETERG AB har været den reelle modtager af renterne. Tilsvarende gælder TAJRV Ltd.

Selskabets repræsentant har desuden gjort gældende, at selskabet ikke har udvist forsømmelighed ved den manglende indeholdelse af renteskat, jf. kildeskattelovens § 66 B og § 69, stk. 1.

Der henvises i øvrigt til argumentationen i sagerne om betaling af renteskat for 2004 og 2005.

I supplerende indlæg er opmærksomheden henledt på Landsskatterettens afgørelse offentliggjort i SKM2012.26 og Østre Landsrets dom i ISS-sagen.

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Landsskatteretten har i sagerne afsagt den 22. december 2010 (j.nr. 09-00640 og j.nr. 10-01814) om, hvorvidt der i indkomstårene 2004 og 2005 var grundlag for begrænset skattepligt for rentebetalinger fra HHU ApS til

SNAH AB i relation til lånet på 225 mio. euro, afgjort, at betingelserne for en sådan skattepligt var opfyldte. Endvidere blev det afgjort, at Selskabet hæftede for den manglende indeholdelse af renteskatten. SKATs afgørelser herom blev herefter tiltrådt.

Retten finder i overensstemmelse hermed, og da der ikke er oplyst om sådanne ændringer i indkomstårene 2006 og 2007, som kan føre til andet resultat, at SKATs afgørelse om renteskat også for disse år tiltrædes. Der henvises til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d og kildeskattelovens § 65 D og § 69.

Det bemærkes, at Landsskatterettens afgørelse offentliggjort i SKM2012.26 og Østre Landsrets dom i ISS-sagen, der begge indeholder andre omstændigheder end i nærværende sag, ikke kan føre til andet resultat.”

Supplerende oplysninger i sagen

Tax Partner Person 1 fra Ernst & Young, Statsautoriseret Revisions-aktieselskab, anførte i et brev af 20. juni 2003 til VK Trust og TAJRV Limited vedrørende ”Restructuring of the ETI-group” bl.a. følgende:

“The proposed model to be implemented employs insertion of European Union based intermediary holding companies and the issuance of debt instruments internal to the group. The purpose is to create a more flexible structure with respect to increasing the possibilities of remitting funds from operation companies to Jersey, without suffering significant withholding taxes and the like. In addition the structure would also create additional tax deductible funding costs and thereby lowering future income taxes to be paid.

We confirm that the proposed model in its entirety and in every particular conform to the letter and spirit of Danish law, hereunder tax law, cannot be described as conflicting or illegal in any way, and that the elements used in the model all are well known and not unusual within the field of international tax planning for multinational groups.”

I ”Notat om virkning af ændrede skatteregler ved L 119”, der er udarbejdet den 3. juni 2004 til ETI Group, har Person 1, Ernst & Young, oplyst følgende vedrørende vedtagelsen af lovforslag L 119, hvorved der indføres kildeskat på renter, der betales til udenlandske koncernselskaber:

”...

... En renteskat på 30 %, der skal tilbageholdes ved betaling af renterne blev indført ved L 119, generelt gældende i koncernforhold. Dog gælder

det, at der ikke er kildeskat på renter, hvis renterne betales til et moderselskab i et EU-land. Tilsvarende følger af den fællesnordiske overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning.

Det forhold, at de to svenske selskaber blev indskudt mellem TAJRV og den danske koncern bevirker således i sig selv, at der ikke fremover skal betales nogen kildeskat på renterne.

...”

Som det fremgår af Landsskatterettens kendelser, blev en del af renterne fra HHU ApS til SNAH AB betalt effektivt, mens en del ikke blev betalt effektivt, idet de i stedet indgik i gældskonverteringer m.v. HHU ApS foretog i juni 2004 og december 2006 kapitalforhøjelser ved gældskonvertering. SNAH AB tegnede kapitalforhøjelsen ved partiel gældskonvertering, hvorved SNAH AB's fordringer på HHU ApS blev anvendt. Ved gældskonverteringen i juni 2004 blev gælden således nedsat med 58.000.000 EUR, og i december 2006 blev den nedsat med 122.000.000 SEK. Gældsforholdet var i mellemtiden omdannet fra et lån i euro til et lån i svenske kroner.

Der blev den 28. juni 2004 ved gældskonvertering foretaget et vilkårligt aktieejertilskud fra TAJRV Ltd. til ETERG AB på 58.000.000 EUR, idet påløbne, ubetalte renter blev anset for betalt, og det yderligere tegnede beløb blev anset for afdrag på hovedstolen. Den 29. december 2006 foretog TAJRV Ltd. tillige et aktieejertilskud i ETERG AB på 123.000.000 SEK, hvori der blev modregnet tilskrevne renter.

I låneforholdet mellem HHU ApS og SNAH AB blev der i perioden indtil indførelsen af reglerne om rentekildeskat tilskrevet renter på i alt 12.139.403 EUR, hvoraf 7.977.375 EUR blev betalt effektivt. I perioden fra den 2. april 2004 til den 30. juni 2006 blev tilskrevet 29.525.550 EUR i renter, hvoraf 25.584.028 EUR blev effektivt betalt af HHU ApS til SNAH AB, mens resten blev gældskonverteret uden pengestrøm. I perioden fra den 1. juli 2006 til den 30. juni 2007 blev der tilskrevet i alt 128.164.844 SEK i renter, hvoraf ingen del blev betalt effektivt. 122.000.000 SEK blev gældskonverteret uden pengestrøm, og resten blev modregnet ved tilbagesalg af aktierne i ETI Telecom A/S.

I perioden fra den 2. februar 2004 til den 30. juni 2006 overførte SNAH AB i alt 20.877.253 EUR og 77.021.200 SEK til ETERG AB ved koncernbidrag.

I låneforholdet mellem ETERG AB og TAJRV Ltd. blev der i perioden fra den 31. december 2003 til den 30. juni 2006 tilskrevet renter på i alt 28.822.416 EUR og 129.378.533 SEK, hvoraf 20.879.916 EUR blev effektivt betalt af ETERG AB,

mens resten blev gældskonverteret og modregnet i tilskud fra TAJRV Ltd. til ETERG AB.

HHU ApS blev erklæret konkurs den 17. februar 2011.

Landsretten besluttede ved kendelse af 21. december 2016 at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 1 og 5 i direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater ("rente-/royaltydirektivet").

Ved kendelse af 11. oktober 2019 trak landsretten anmodningen af 21. december 2016 til EU-Domstolen om besvarelse af præjudicielle spørgsmål tilbage under henvisning til, at der efter EU-Domstolens dom af 26. februar 2019 ikke længere var nogen tvivl om besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål.

BS-30/2012-VLR (Alfa Laval Aalborg A/S)

Landsskatteretten stadfæstede ved kendelse af 31. januar 2012 SKATs afgørelse vedrørende indkomstårene 2006 og 2007, hvorved SKAT anså Aalborg Industries Holding A/S for indeholdelsespligtig af renteskat på henholdsvis 2.708.826 kr. og 3.663.660 kr. for renter udbetalt til Altor II S.à.r.l., jf. selskabs-skattelovens § 2, stk. 1, litra d, og at Aalborg Industries Holding A/S hæftede for den manglende betaling af kildeskat, jf. kildeskattelovens § 65 D og § 69, stk. 1.

SKAT havde ved afgørelsen anvendt en rentekildeskattesats på 30 % for begge indkomstår, og det samlede opkrævede beløb i henhold til afgørelserne udgjorde således 6.372.486 kr. Efterfølgende reducerede SKAT ved afgørelse af 24. september 2015 det samlede opkrævede beløb med 791.200 kr. til 5.581.286 kr., idet SKAT anerkendte, at kildebeskatning ikke kunne ske til en højere skattesats for udenlandske selskaber end den, der gælder for beskatning af danske selskabers renteindtægter.

Af SKATs sagsfremstilling af 10. december 2010 fremgår bl.a. følgende:

"Altor II S.a.r.l's overtagelse af aktier og fordring i Aalborg Industries Holding A/S begrundes med, at det var foranlediget af, at Altor på daværende tidspunkt af strategiske årsager overvejede at etablere hovedkontor i Luxemburg. Disse overvejelser pågår ifølge revisor stadig.

...

3. Selskabets opfattelse og begrundelse herfor

...

Investorenes hjemsted:

Det er selskabets opfattelse at Altor II S.a.r.l. er den retmæssigt ejer. Hvis SKAT fastholder, at Altor II S.a.r.l. ikke er den retmæssige ejer bemærker selskabet, at kildeskattebeløbet vil være væsentligt lavere end anført af SKAT, da over 90% af investorerne i Altor 2003 Fund må forventes at være hjemmehørende i EU-lande eller i lande, der har indgået en dobbeltbeskatningsaftale med Danmark.

Selskabet har medsendt bilag med liste over investorer. Det fremgår at nogle af investorerne også er kommandit-selskaber selv. Selskabet formoder at adskillige investorer i disse kommanditselskaber ligeledes vil være hjemmehørende i lande, der har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Selskabet ønsker ikke at listen bliver offentliggjort, da den er strengt fortrolig.

3.1. SKATs bemærkninger til selskabets indsigelser

...

Investorenes hjemsted:

SKAT kan ud fra de indsendte bilag ikke nedsætte SKATs krav, da oplysningerne i bilagene ikke er tilstrækkelige med hensyn til de enkelte investorer, idet der eksempelvis mangler:

Kopi af vedtægter for enhederne.

Kopi af samtlige opgørelser, der er udsendt til de enkelte investorer, med angivelse af investors navn, adresse og evt. reg.nr. Opgørelserne skal indeholdende oplysninger om renter/rentetilskrivninger og andet afkast af investeringen for de enkelte år.

Redegørelse for hvilke investorer selskabet mener, opfylder betingelserne for, at opnå aftalebeskyttelse (efter en DBO mellem investors hjemland og DK, og/eller efter EU's rente/royalty direktiv) som retmæssig ejer af renter/rentetilskrivningerne.

Dokumentation for at renterne/rentetilskrivningerne er blevet beskattet hos de pågældende investorer.”

Landsskatterettens kendelse af 31. januar 2012

Af Landsskatterettens kendelse af 31. januar 2012 fremgår bl.a.:

”Sagens oplysninger

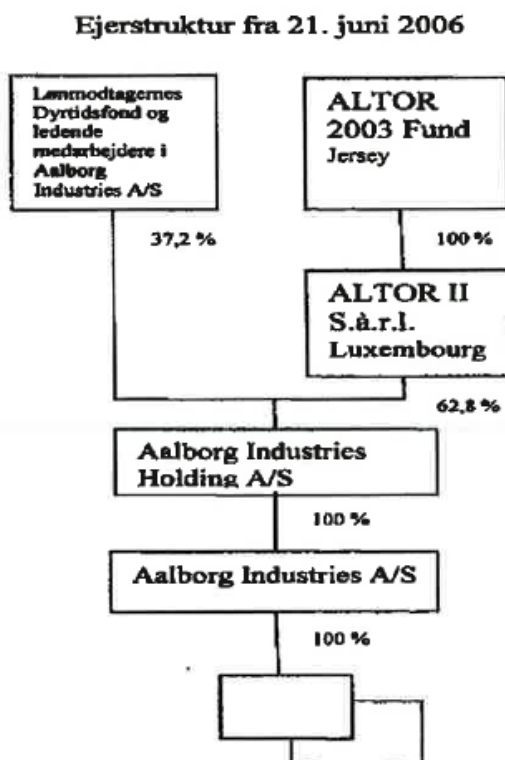
Aalborg Industries A/S, hvis primære forretningsområde er at fremstille, levere og vedligeholde kedelprodukter, blev i juni 2005 opkøbt med 62,8 % af kapitalfonden Altor 2003 Fund LP, der er hjemmehørende på Jersey. Opkøbet skete via det til formålet etablerede holdingselskab Aalborg Industries Holding A/S (Selskabet). Den resterende del af aktiekapitalen er ejet af Lønmodtagernes Dyrtdsfond.

Aalborg Industries Holding A/S's opkøb blev i det væsentlige finansieret gennem lån. Ved en aftale af 27. september 2005 (“Subordinated Loan Agreement”) udlånte kapitalfonden således 146.010.341 kr. til en rente på 9 % p.a. til Selskabet.

Den 28. april 2006 overdrog Altor 2003 Fund LP fordringen mod Aalborg Industries Holding A/S til et nystiftet selskab i Luxembourg, Altor II S.à.r.l. (“Assignment of Subordinated Loan Agreement”). Det kan ifølge SKAT lægges til grund, at dette selskab var ejet af kapitalfonden Altor 2003 Fund LP.

Ejerstruktur fra 21. juni 2006

Ved aftale af 21. juni 2006 (“Transfer agreement on shares and warrants”) overtog Altor II S.à.r.l. kapitalfonden Altor 2003 Fund LPs ejerandel i Selskabet. Koncernstrukturen ser herefter således ud:



Altor II S.à.r.l. erhvervelse af ejerandelen i Selskabet blev berigtiget ved etablering af et gældsforhold til Altor 2003 Fund LP (“Convertible Loan Note”). Ifølge Altor II S.à.r.l.’s regnskab for 2006 udgjorde aktionærlånets hovedstol 146.010.341 kr. svarende til hovedstolen på gældsforholdet mellem Altor II S.à.r.l. og Aalborg Industries Holding A/S, jf. ovenfor. Ifølge regnskabet var renten aftalt til 9,875 % p.a.

Renterne i de to gældsforhold på den ene side mellem Aalborg Industries Holding A/S og Altor II S.à.r.l., og på den anden side mellem Altor II S.à.r.l. og Altor 2003 Fund LP er løbende blevet akkumuleret, indtil lånene blev indfriet ved betaling af hovedstol og påløbne renter primo november 2007.

Den 1. november 2007 blev ved bankoverførsel til Altor II S.à.r.l.’s konto i Svenska Handelsbanken, Luxembourg Branch selskabets lån til Aalborg Industries Holding A/S tilbagebetalt, d.v.s. hovedstolen samt påløbne renter, i alt 174.914.355 kr., herunder renter for perioden fra 1. maj - 31. december 2006 til 9.029.420 kr. og renter for perioden fra 1. januar - 31. oktober 2007 til 12.212.199 kr., i alt 21.241.619 kr. Af Altor II S.à.r.l.’s regnskab for 2007 fremgår, at lånet til Aalborg Industries Holding A/S blev tilbagebetalt den 6. november 2007.

Af nota af 2. november 2007 fra Svenska Handelsbanken, Luxembourg Branch fremgår, at et beløb på 23.462.375,45 euro, svarende til 174.893.239 kr. (kurs 745,42), den 6. november 2007 blev betalt til Altor 2003 Fund LP, hvorved Altor II S.à.r.l.’s gæld til Altor 2003 Fund LP blev indfriet med påløbne renter. Af Altor II S.à.r.l.’s regnskab for 2007 fremgår, at aktionærlånet ultimo 2007 var indfriet.

Om baggrunden for den luxembourgske holdingstruktur er af Selskabet oplyst, at der i starten af 2006 fandt drøftelser sted i Altor-organisationen om, hvorvidt der skulle oprettes et eller flere europæiske holdingselskaber, som skulle benyttes i forbindelse med fremtidige virksomhedsopkøb. Efter grundige drøftelser blev det besluttet at oprette europæiske holdingselskaber i Luxembourg. At netop Luxembourg blev valgt som hjemsted for selskabet skyldes bl.a., at Luxembourg har en stærk og velanset finansiel sektor, samt at Luxembourg udgør et centrum for investment funds og private banking. På forespørgsel er oplyst, at selskabet ikke har udnyttet mulighederne for de finansielle serviceydelser mv.

...

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

...

Indeholdelsespligt

Det luxembourgske selskab Altor II S.á.r.l., der er ejet af en kreds af investorer bag kapitalfonden Altor 2003 Fund 2003, fik den 28. april 2006 overdraget kapitalfondens fordring på 146.010.341 kr. med renter (9 % p.a.) mod selskabet Aalborg Industries Holding A/S (Selskabet). Den 21. juni 2006 overtog Altor II S.a.r.l kapitalfondens ejerandel i Selskabet. Erhvervelsen blev finansieret ved lån fra kapitalfonden til Altor II S.a.r.l på 146.010.341 kr. (rente 9,875 % p.a.). Renterne i de to gældsforhold blev løbende akkumuleret indtil primo november 2007, hvor begge lån blev indfriet ved betaling af hovedstol og påløbne renter. Den 1. november 2007 blev Selskabets lån med påløbne renter, i alt 174.914.355 kr., således tilbagebetalt ved overførsel den 6. november 2007 af beløbet til Altor II S.á.r.l.'s konto i Svenska Handelsbanken, Luxembourg Branch. Samme dag, den 6. november 2007, blev Altor 11 S.á.r.l. lån med påløbne renter, i alt 23.462.375,45 euro, svarende til 174.893.239 kr., tilbagebetalt til kapitalfonden.

SKAT har opgjort, at Selskabet har betalt renter til Altor II S.á.r.l. i perioden fra 1. maj - 31. december 2006 med 9.029.420 kr. og i perioden fra 1. januar - 31. oktober 2007 med 12.212.199 kr., i alt 21.241.619 kr.

Ifølge selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, er selskaber mv., der har hjemsted i udlandet, som udgangspunkt begrænset skattepligtige af renter fra kilder her i landet vedrørende gæld til udenlandske juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B (kontrolleret gæld). Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller ned-sættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende.

Ifølge dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg (bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982) artikel 11, stk. 1, kan renter, der hidrører fra en kontraherende stat, betalt til en person i den anden kontraherende stat (kildestaten), kun beskattes i denne anden stat, hvis denne person er "beneficial owner" (renternes retmæssige ejer).

Begrebet "retmæssig ejer" vil, da begrebet er taget fra OECD's modeloverenskomst, skulle forstås i sammenhæng med den betydning, som begrebet tillægges i retskilder og praksis indenfor dobbeltbeskatningsområdet. I

kommentarerne til 2003 modeloverenskomstens artikel 11, punkt 8 er anført følgende, idet bemærkes, at disse kommentarer, uanset at de er af senere dato end den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst, indgår ved vurderingen af hensyn til en harmoniseret fortolkning, da der ikke anses at foreligge en egentlig ændring, men alene en præcisering:

The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 11 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 interest income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source had 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.

Videre er i punkt 8.1 nævnt følgende:

Relief or exemption in respect of an item of income is granted by the State of source to a resident of the other Contracting State to avoid in whole or in part the double taxation that would otherwise arise from the concurrent taxation of that income by the State of residence. 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 the 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.

Retmæssig ejer-begrebet kan herefter ikke uden videre antages at være sammenfaldende med dansk skatterets "rette indkomstmodtager" -begreb, jf. den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst art. 3, stk. 2, hvorefter intern rets forståelse af et begreb finder anvendelse, når det er fastslået, at begrebets indhold ikke kan fastlægges ud fra den sammenhæng begrebet optræder i.

Ifølge rente-/royaltydirektivet (direktiv 2003/49/EF) er det efter artikel 1, stk. 1 en betingelse for bortfald af kildeskat på renter mv., at det selskab i en anden medlemsstat, der modtager renter mv., er den "retmæssige ejer" ("beneficial owner"). Ifølge artikel 1, stk. 4, anses et selskab kun for at være "den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person. Dette gælder kun, hvis det betalende selskab og det modtagne selskab er associeret som nævnt i direktivet (25 % ejerskab).

Selskabet anses herefter hverken efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller efter direktivet, for "beneficial owner" .

Der er herved henset til den mellem de interesseforbundne parter faktisk tilrettelagte konstruktion, hvorefter Altor II S.à.r.l. overfører de fra Selskabets modtagne renteindtægter til kapitalfondens, hvorfra de videreoverdrages til investorerne i fonden.

Med Altor II S.à.r.l.' overtagelse af kapitalfondens fordring på Selskabet, og selskabets samtidige erhvervelse af aktierne i Selskabet via lån fra kapitalfondens af næsten samme størrelse og vilkår som fordringen på Selskabets, ville Altor II S.à.r.l. beskatning af rentebetalinger fra det danske selskab blive neutraliseret af selskabets rentebetalinger til kapitalfondens, hvorfor der ikke ville være skattepligtig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i selskabet. Det luxembourgiske selskab anses derfor som gennemstrømningsselskab uden reelle beføjelser til/muligheder for at træffe afgørelse om disposition af de modtagne overførsler.

Altor II S.à.r.l. afslås herefter overenskomstens og/eller direktivets fordele om bortfald af den danske kildeskat.

Det er anført, at overførslen af renterne fra Altor II S.á.r.l. til kapitalfonden, som må anses for transparent, er videreoverført til investorerne bag fonden. Spørgsmålet er, om der herefter som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der omfatter investorerne, evt. skal ske frafald af renteskatten. Som sagen er forelagt er der ikke grundlag for at tage stilling hertil, allerede fordi der med de foreliggende lister ikke er fremlagt fyldestgørende dokumentation for at der er tale om dobbeltbeskatning.

Opkrævningen af renteskatten vil ikke udgøre en restriktion af artikel 43 TEF (nugældende artikel 49 TEUF) om etableringsfriheden og artikel 56 TEF (nugældende artikel 63) om kapitalens frie bevægelighed, se bl.a. Cadbury Schweppes (C-196/04), præmis 35 og 55. Af præmis 35 fremgår således, at en medlemsstats statsborgere ikke gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder kan forsøge at unddrage sig deres egen nationale lovgivning. Af præmis 55 fremgår at en restriktion for etableringsfriheden under særlige omstændigheder vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug.

Det bemærkes, at renterne fra det danske selskab, jf. Assignment of Subordinated Loan Agreement af 28. april 2006, er betalt til det luxembourgske selskab, som er lovligt stiftet og indregistreret i Luxembourg, hvortil det også er skattepligtigt mv., og som derfor efter dansk ret anses for rette indkomstmotager, jf. SKM2012.26LSR.

Herefter, og da sagens oplysninger i øvrigt, herunder skatteministerens udtalelser under lovforslag mv., ikke giver grundlag for en ændret bedømmelse af sagen, vil der være begrænset skattepligt af overførte renter fra det danske selskab, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Hæftelse

Ifølge den dagældende kildeskattelovs § 65 D, skal selskaber indeholde renteskat med 30 % af den samlede rente i forbindelse med enhver udbetaling eller godskrivning af renter til et selskab mv., der er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Det følger af kildeskattelovens § 69, stk. 1, at det selskab, som undlader at opfylde sin pligt til at indeholde renteskat, er umiddelbart ansvarlig overfor det offentlige for betaling af manglende beløb, medmindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra dets side.

Henset til, at Selskabet var bekendt med de faktiske omstændigheder, hvorved renterne betalt til Altor II S.á.r.l., Luxembourg, blev kanaliseret videre til Altor 2003 Fund, Jersey, samt at Selskabet må anses for at være

bekendt med, at spørgsmålet om begrænset skattepligt afhang af en vurdering af om rentemodtageren kunne anses for retmæssig ejer af rentebeløbene, finder retten, at Selskabet burde have indset, at der i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, ville være eller med overvejende sandsynlighed ville være begrænset skattepligt af renterne. Det bemærkes, at hverken formuleringen i SKATs Vejledning om indeholdelse af A-skat, AM-bidrag og SP-bidrag eller i blanket 06.026 kan føre til andet resultat.

SKATs afgørelse om indeholdelse af kildeskat i 2006 med 2.708.826 kr. og i 2007 med 3.663.660 kr. stadfæstes hermed.”

Supplerende oplysninger i sagen

Som det fremgår af Landsskatterettens kendelse, blev der den 27. september 2005 indgået en ”Subordinated Loan Agreement” mellem Altor 2003 GP Limited og Acquisition Holding II A/S, der senere blev til Aalborg Industries Holding A/S, på 146.010.341 kr. Lånet blev forrentet med 9 % p.a. Af låneaftalens punkt 4 om ”Interest” fremgår bl.a. følgende:

” 4. 1 Interest on the Subordinated Loan shall as from the Drawdown Date and until repayment or prepayment thereof pursuant to Clause 5 accrue on an accumulated basis at a rate of 9 per cent per annum according to the following formula:

...”

Den 28. april 2006 overdrog Altor 2003 GP Limited fordringen mod Aalborg Industries Holding A/S til det af Altor 2003 GP Limited samme dag i Luxembourg stiftede datterselskab, Altor II S.à.r.l. Det fremgår af punkt 4.1.3 i ”Assignment of Subordinated Loan Agreement”, at der ikke var betalt noget på lånet. Ved aftale af 21. juni 2006 overdrog Altor 2003 GP Limited endvidere sine aktier i Aalborg Industries Holding A/S til Altor II S.à.r.l. Overdragelsen blev berigtiget ved, at Altor 2003 GP Limited den 10. juli 2006 ydede Altor II S.à.r.l. et lån på 146.010.341 kr. Dette lån, der ifølge aftalen havde virkning fra den 28. april 2006, blev i henhold til punkt 4.1 forrentet med 8,875 % p.a.

Ifølge Altor II S.à.r.l.’s regnskaber for 2006 og 2007 bestod selskabets aktivitet alene i at eje aktier i Aalborg Industries Holding A/S. Ifølge regnskaberne var selskabets resultat i 2006 negativt med 23.588 EUR, mens det i 2007 var positivt med 15.587 EUR. Det fremgår videre, at renteindtægterne udgjorde 1.192.681 EUR i 2006 og 1.497.208 EUR i 2007, mens renteudgifterne udgjorde 1.195.124 EUR i 2006 og 1.473.675 EUR i 2007. I 2006 udgjorde ”Tax on profit” 3.733 EUR, mens denne post i 2007 angives som ”-”. Ifølge note 6 til Altor II S.à.r.l.’s års-

rapport for 2006 udgjorde renterne på selskabets gæld til Altor 2003 GP Limited 1.176.116 EUR.

Det fremgår af ”Addendum No. 1 to Subordinated Loan Agreement” at Aalborg Industries Holding A/S skulle indfri lånet til Altor II S.à.r.l. inklusive på-løbne renter den 1. november 2007. Den 1. november 2007 indfrie Altor II S.à.r.l. sin gæld til Altor 2003 GP Limited. Aalborg Industries Holding A/S indfrie den 6. november 2007 sit lån. På dette tidspunkt var der påløbet renter med i alt 21.241.619 kr. Heraf vedrørte 9.029.420 kr. perioden fra den 1. maj til den 31. december 2006, mens den resterende del, 12.212.199 kr., vedrørte perioden fra den 1. januar til den 31. oktober 2007.

Der er fremlagt en række breve af 27. november 2007 fra Aztec Financial Services (Jersey) Limited på vegne af Altor 2003 GP Limited til investorerne, hvoraf fremgår, at der blev udbetalt investorens andel af tilbagebetalingen af lånet med tillæg af påløbne renter, og at en del blev geninvesteret. Af brevene fremgår bl.a.:

“Aalborg Industries Holding AS (“Aalborg”) Recapitalisation On behalf of the Directors of the General Partner we are pleased to announce that the Fund is making a distribution of proceeds from the recapitalisation within Aalborg and, in accordance with Clause 8.3 of the LPA, to give notice of a Distribution to you. For your information, the Fund received total recapitalization proceeds from Aalborg amounting to €23,462,375.45 of which your portion equals €597,126.41 The gross proceeds represent approximately 100 % of the Fund’s original cost of the investment.

From the Ferrosan and Aalborg recapitalisations, the total distribution is €51,311,623.71 of which your share is €1,305,900.43

Twenty Sixth Drawdown for the Altor 2003 Fund

Also, in accordance with Clause 4.1(b) and Clause 4.1(c) of the Limited Partnership Agreement, the Directors of the General Partner give formal notice of a recall of a proportion of each Limited Partner’s Loan, which is being netted off against the above distributions. The proportion due on this drawdown is ...

Amounts being netted off will be applied towards a proposed add-on investment in ... and an equity investment in

Accordingly, on behalf of the General Partner we will initiate payment of ..., less bank transfer charges, for value 30 November 2007, to your

account ...”

Ifølge en oversigt ”All 2003 Fund Distributions” er der pr. 30. november 2007 udbetalt 21.092.357 EUR vedrørende ”Aalborg Recapitalisation” . ”Accured inte-rest” er angivet til 2.370.018 EUR.

Altor 2003 Fund bestod af fem fonde, der alle var etableret på Jersey. Konsortiet havde den samlede kapital på 655 mio. EUR, som var fordelt på de enkelte fonde således:

Ejer-fond	Kapitalandel (EUR)	Ejerandel
Altor 2003 Fund (No. 1) LP	431.200.000	65,83%
Altor 2003 Fund (No. 2) LP	188.800.000	28,82%
Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP	30.000.000	4,58%
Altor 2003 Fund (No. 4) LP	1.035.000	0,16%
Altor 2003 Fund (No. 5) Limited	3.965.000	0,61%
I alt	655.000.000	100,00%

Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (No. 2) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP og Altor 2003 Fund (No. 4) LP var på Jersey organiseret som skatte-transparente Limited Partnerships. Altor 2003 Fund (No. 5) Limited, Jersey, var organiseret som et ikke-skattetransparent selskab.

Det fremgår af en Limited Partnership Agreement af 2. maj 2003 mellem Altor 2003 GP Limited og Altor 2003 Fund (No.1) Limited Partnership, at der mellem Altor 2003 GP Limited, som General Partner, og investorerne er indgået følgende aftale:

”...

(B) The General Partner has agreed to act as general partner of the Partnership and will be solely responsible for the conduct and management of the Partnership’s business...

...

“Loan” means in respect of each Investor, the aggregate amount of the interest-free subordinated loan advanced or agreed to be advanced (as the context may require) to the Partnership by each such Partner being 99.8 per cent. of that Investor’s Commitment together with such amount as is required to be re-advanced pursuant to clause 4.1 (c) and (d);

...

2. CONSTITUTION OF THE PARTNERSHIP

2.1. Nature

The Partnership is a limited partnership and has been registered pursuant to the Law. The General Partner undertakes to comply with the filing and notification requirements of the Law and shall notify the Registrar in accordance with the Law of the particulars of all relevant changes effected pursuant to this Agreement and any further changes which may occur in the future.

2.2 Liability of Partners

In the event that the Partnership is unable to pay its debts, liabilities or obligations, the liability of each Limited Partner shall be limited to the amount of its Capital Contribution. Nothing in this clause affects the provisions of this Agreement requiring Investors to advance Loans which Loans shall only get repaid in accordance with this Agreement. The General Partner shall (on an unlimited basis) be fully liable for such of the Partnership's debts, liabilities and obligations as exceed the Partnership Assets.

2.3 Name

The affairs, activities and operations of the Partnership shall be carried on under the name and style or firm name of "**Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership**" or such other name as shall from time to time be agreed between the Partners.

2.4 Purpose

The purpose of the Partnership is to make, hold, monitor and realise investments being principally unquoted equity and equity-related investments in leveraged buy-outs, expansion capital and equity release transactions and other private equity transactions in the Nordic Region with the principal objective of creating capital growth and realising capital gain and receiving dividends or interest. The Partnership may execute, deliver and perform all contracts and other undertakings and engage in all activities and transactions as may in the opinion of the General Partner be necessary or advisable in order to carry out the foregoing purposes and objectives.

2.5 Commencement and Duration

The Limited Partners shall be limited partners in the Partnership as from the date of their admission to the Partnership being the date upon which they make or made their Capital Contributions. The term of the Partnership shall continue until 31 December 2019 unless sooner dissolved in accordance with the provisions of clause 11.1.

2.6 Registered Office

The registered office of the Partnership shall be at Forum House, Grenville Street, St Helier, Jersey JE2 4UF or such other place in Jersey as the General Partner shall from time to time determine.

2.7 Maximum Size of Fund

The General Partner shall procure that total Commitments to the Partnership when aggregated with the total commitments to any Additional Partnerships and the commitments to the Co-investment Vehicle (as defined at clause 7.9(b)), shall not exceed €655 million.

...

4.2 Currency, Interest and Repayment

...

(b) No interest shall be paid or payable by the Partnership upon any Loans advanced to the Partnership by the Investors. On dissolution of the Partnership, the Investors will be subordinated to all other creditors as regards repayment of any Loans then outstanding.

...

5.2 Admission of Additional Limited Partners

- (a) The General Partner may, at one or more future Closings, admit Additional Limited Partners to the Partnership after the date hereof up to the Final Closing Date provided always that no person shall be admitted to the Partnership as an Additional Limited Partner if the result of such admission would be that the maximum size of the Fund specified in clause 2.7 would be exceeded...

...

6. RIGHTS AND DUTIES OF THE GENERAL PARTNER

6.1 Management

- (a) The General Partner shall undertake and shall have exclusive responsibility for the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership and, subject as provided herein, shall have the power and authority to do all things necessary to carry out the purposes of the Partnership, shall devote substantially all of its time attention and resources to the business of the Partnership, shall procure that all filings and registrations required in relation to the Partnership pursuant to the Law are promptly made and shall operate the Partnership in accordance with this Agreement and the Law.
- (b) The Limited Partners shall take no part in the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership, and shall have no right or authority to act for the Partnership or to take any part in or in any way to interfere in the management, operation and administration of the Partnership or to vote on matters relating to the Partnership other than as provided in the Law or as set forth in this Agreement but they and their duly authorised agents shall at all reasonable times have access to and the right to inspect the books and accounts of the Partnership.

6.2 Authority and Powers

Without prejudice to the generality of clause 6.1, the General Partner shall have full power and authority on behalf of the Partnership and with the power to bind the Partnership thereby and without prior consultation with any of the Limited Partners:

...

15.10 Partnership United States Tax Status

The Partners intend for the Partnership to be treated as a partnership for United States federal income tax purposes and no election to the contrary shall be made, and no Partner shall take any position inconsistent with the treatment of the Partnership as a partnership for United States federal income tax purposes. In addition, pursuant to clause 6.2(y)(ii), the General Partner shall cause the Partnership to make a protective election pursuant to United States Treasury regulations Section 301.7701-3 to be treated as a partnership for United States

federal income tax purposes.

...”

I en revideret årsrapport for 2006 for Altor 2003 Fund (no. 1) Limited Partnership er det anført, at General Partner er Altor 2003 GP Limited, Jersey, at Investment Advisor er Altor Equity Partners AB, Sverige, at administrator er Aztec Financial Services Limited, Jersey, og at uafhængig revisor er PricewaterhouseCoopers CI LLP, Jersey. Videre fremgår bl.a. følgende:

”ALTOR 2003 FUND (NO. 1) LIMITED PARTNERSHIP

PARTNERSHIP OBJECTIVE AND FUND SUMMARY

Policy and Business Objective

Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership (the **"Partnership"**) is a limited partnership established in Jersey by a limited partnership agreement dated 02 May 2003, as modified by written limited partners' special consent dated 01 September 2003 and 08 December 2005 (the **"Limited Partnership Agreement"**). Please note that capitalised terms and expressions used in these Financial Statements shall, unless the context otherwise require, bear the same meaning given to them in the Limited Partnership Agreement.

The Partnership is one of three parallel co-investing limited partnerships, all of which were established in Jersey by limited partnership agreements dated 02 May 2003, comprising the Altor 2003 Fund (the **"Fund"**). The other two limited partnerships, comprising the Fund are the Altor 2003 Fund (No. 2) Limited Partnership and the Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) Limited Partnership with respective partnership commitments of €188,800,000 and €30,000,000 bringing the total commitment of the Fund to €650,000,000.

The Partnership commenced its operations on 02 May 2003. The termination date of the Partnership is 02 May 2013, unless terminated sooner or extended in accordance with the Limited Partnership Agreement.

In addition, under the terms of a Co-Investment Agreement dated 10 October 2003 as superseded in its entirety by a Co-Investment Agreement dated 06 December 2004 (the **"Co-Investment Agreement"**), Altor 2003 Fund (No. 4) Limited Partnership and Altor 2003 Fund (No. 5) Limited (the **"Co-Investment Vehicles"**), have agreed to co-invest a total commit-

ment of €1,035,000 and €3,965,000 respectively, bringing the total commitment of the Fund and the Co-Investment Vehicles to €655,000,000.

The general partner of the Partnership is Altor 2003 GP Limited (the "**General Partner**"). The General Partner is a Jersey incorporated company with limited liability. The General Partner is responsible for the management, operation and administration of the affairs of the Partnership in accordance with the Limited Partnership Agreement. The General Partner has delegated the day-to-day administration of the Partnership to the Administrator, Aztec Financial Services Limited.

The principal activity of the Partnership is to make unquoted equity and equity-related investments in leveraged buy-outs, expansion capital and equity release transactions in portfolio companies."

Videre fremgår det af årsrapporten vedrørende "Partnership's legal structure", at der er "Forty Five Limited Partners" og "General Partner" samt at "Total commitments" er 431.200.000 EUR.

Under "Report of the General Partner" er anført bl.a. følgende:

"General Partner's Profit Share

In respect of each Partnership comprising the Fund, the General Partner is entitled to an annual Profit Share equal to 2% of total Commitments of that Partnership. After the Investment Period expiry date (or, if earlier, the General Partner, the Investment Advisor or any of their associates becoming entitled to receive a management fee in respect of any successor fund), the General Partner's Profit Share will be reduced to 2% of aggregate acquisition cost of investments as determined at the Investment Period expiry date as reduced by the acquisition cost of investments that have been realised or permanently written off as at the beginning of the relevant accounting period.

On 21 April 2006 the Investment Advisor became entitled to receive a management fee for a successor fund, Altor Fund II. The investment period therefore ended on 21 April 2006 from which date the basis of the management fee calculation changed to acquisition cost, as detailed above.

The General Partner is entitled to make half yearly drawings in advance in respect of its prospective General Partner's Profit Share on 01 January and 01 July in each year.

...

Directors of the General Partner

The following served on the Board of Directors of the General Partner during the year to 31 December 2006.

Person 2

Person 12

Person 14

Person 13

The Investment Advisor

The General Partner has appointed Alter Equity Partners AB to provide it with investment advisory services in relation to the Fund. This includes, but is not restricted to:

- * Providing the General Partner with investment analysis; * Organising due diligence on targeted investments;
- * Preparing memorandum on purchases and sales of investments for sub-mission to the Investment Committee for approval; and
- * Providing the General Partner with recommendations as to the purchase, sale, ongoing holding of and exit of investments.

The Investment Committee

The Investment Advisor has established an Investment Committee made up of Person 3, Person 14, Person 15, Person 16, Person 17 and Person 18. The Investment Committee normally meets every week. Its role is two-fold: namely to ensure that recommendations to the General Partner are in line with the investment strategy set out in the Limited Partnership Agreement; and to exercise ongoing monitoring of the Fund's investments to ensure that the Fund's strategy is realised.

...

The Advisory Committee

The General Partner has established an Advisory Committee made up of the following Investornominated representatives:

<u>Person 4</u>	AlpInvest Partners
<u>Person 5</u>	Goldman Sachs
<u>Person 10</u>	Harvard University
<u>Person 6</u>	Länsförsäkringar Liv Försäkringsaktiebo-lag (Publ)
<u>Person 7</u>	Pantheon
<u>Person 8</u>	Princeton University
<u>Person 9</u>	Skandia Liv

...

Administration and safe custody

Day to day responsibility for the administration of the Fund and safe custody arrangements has been delegated to the Fund's Administrator, Aztec Financial Services Limited. Aztec Financial Services Limited is regulated by the Jersey Financial Services Commission both under the Collective Investment Funds (Jersey) Law 1988 and under the Financial Services (Jersey) Law 1998 in the conduct of its activities as a fund administrator.”

Af oversigter over de 45 investorer ved udgangen af 2006 fremgår bl.a. Allianz Leben Private Equity Fonds 2001 GmbH, Harvard Management Private Equity Coporation, Livsförsäkringsaktiebolaget Skandia (Publ.), The Local Government Pensions Institution, Tredje AP-Fonden og Wolverhampton Borough Council S/F Account.

Ifølge en oversigt over investeringer var der bl.a. investeret i Aalborg Industries Holding A/S.

I en revideret årsrapport for 2007 for Altor 2003 Fund (no. 1) Limited Partnership er det anført, at der fortsat var investeret i Aalborg Industries Holding A/S. De ovenfor nævnte var fortsat investorer.

Alfa Laval har fremlagt en ansøgning til Altor 2003 Fund fra Harvard Management, Private Equity Corporation, 600 Atlantic Ave., Boston, MA 02210, hvori det er anført, at der ansøges om deltagelse i Altor 2003 (No. 1) ”which will elect to be treated as a partnership for US federal income tax purposes” for et samlet beløb på 45 millioner euro, hvoraf 90.000 EUR er ”Capital Contribution” og resten er ”Loan” . Det fremgår af ansøgningens punkt 5.2, at punkt 5.2A er overstreget, og at der dermed er valgt punkt 5.2B, hvoraf følgende fremgår:

”...

We are a US Person or subscribing on behalf of or funding our Commitment with funds obtained from US Persons.
 ...”

Videre fremgår bl.a. følgende af ansøgningen:

”8. We acknowledge and declare that we will hold any limited partnership interest to which we may become entitled pursuant to this application for ourselves beneficially and not as nominee, agent or trustee for any other person or other entity.*

*** If this is not the case please specify the name, address and, where appropriate, taxpayer identification number of the beneficial owner(s) below. ”**

Der er ikke anført nogen i det efterfølgende skema.

Yderligere fremgår det af ansøgningen, at der i punkt 13 er svaret nej til følgende:

” Will any other person or persons have a beneficial interest in the Partnership Interest to be acquired hereunder (other than as a shareholder, partner, policy owner or other beneficial owner of equity interests in the Investor)?”

Af årsrapporten 2007 for Altor 2003 GP Limited Partnership fremgår, at Harvard Management Private Equity Corporation havde investeret 45 millioner EUR.

I et brev af 27. november 2007 fra Altor 2003 GP Limited til Person 10, Harvard Management Private Equity Corporation, Harvard Management Company, Inc., 600 Atlantic Avenue, Boston, MA 02210-2203, USA er der anført følgende:

“...

Aalborg Industries Holding AS (“Aalborg”) Recapitalisation

On behalf of the Directors of the General Partner we are pleased to announce that the Fund is making a distribution of proceeds from the recapitalisation within Aalborg and, in accordance with Clause 8.3 of the LPA, to give notice of a Distribution to you. For your information, the Fund received total recapitalisation proceeds from Aalborg amounting to €23,462,375.45 of which your portion equals €1,611,918.92. The gross pro-

ceeds represent approximately 100 % of the Fund's original cost of the investment.

...

Twenty Sixth Drawdown for the Altor 2003 Fund

Also, in accordance with Clause 4.1(b) and Clause 4.1(c) of the Limited Partnership Agreement, the Directors of the General Partner give formal notice of a recall of a proportion of each Limited Partner's Loan, which is being netted off against the above distributions. The proportion due on this drawdown is €1,335,989.81.

Amounts being netted off will be applied towards a proposed add-on investment in Relacom Holding AB ("**Relacom**") and an equity investment in Navico Holding AS ("**Navico**").

Accordingly, on behalf of the General Partner we will initiate payment of **€2,189,236.24, less bank transfer charges**, for value 30 November 2007, to your account Konto nr. 1 at Bank of New York...."

Brevet angiver at være sendt cc til flere mailadresser med "E-mailadresse".

Alfa Laval har fremlagt en blanket "990" "Return of Organization Exempt From Income Tax", hvori der er afkrydset i rubrikken "501 (c) (3)". Videre er anført bl.a. følgende:

"HAVARD MANAGEMENT PRIVATE EQUITY CORPORATION INVESTS FUNDS FOR THE BENEFIT OF THE PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE. A RELATED 501 (C) (3) SUPPORTED ORGANIZATION"

Der er fremlagt et brev af 27. november 2007 fra Altor 2003 GP Limited til Person 11, Tredje AP-fonden, Adresse 1, Stockholm, hvori det er anført bl.a. følgende:

"Aalborg Industries Holding AS ("Aalborg") Recapitalisation

On behalf of the Directors of the General Partner we are pleased to announce that the Fund is making a distribution of proceeds from the recapitalisation.

talisation within Aalborg and, in accordance with Clause 8.3 of the LPA, to give notice of a Distribution to you. For your information, the Fund re-ceived total recapitalisation proceeds from Aalborg amounting to €23,462,375.45 of which your portion equals €895,510.51. The gross pro-ceeds represent approximately 100 % of the Fund's original cost of the in-vestment.

...

Twenty Sixth Drawdown for the Altor 2003 Fund

Also, in accordance with Clause 4.1(b) and Clause 4.1(c) of the Limited Partnership Agreement, the Directors of the General Partner give formal notice of a recall of a proportion of each Limited Partner's Loan, which is being netted off against the above distributions. The proportion due on this drawdown is €742,216.56.

Amounts being netted off will be applied towards a proposed add-on in-vestment in Relacom Holding AB ("**Relacom** ") and an equity investment in Navico Holding AS ("**Navico** ").

Accordingly, on behalf of the General Partner we will initiate payment of **€1,216,242.36, less bank transfer charges**, for value 30 November 2007, to your account APF03 (17-02769) at The Northern Trust Company."

I en årsoversigt fra 2007 fra Tredje AP-fonden er det anført, at det er en statslig pensionsfond, der hvert år vurderes af finansdepartementet.

I "STATEMENT OF CHANGES IN INDIVIDUAL PARTNERS' CAPITAL ACCOUNTS (UNAUDITED) FOR THE YEAR ENDED 31 DECEMBER 2007" fra Altor 2003 fund (NO 1) LIMITED PARTNERSHIP er anført bl.a. Tredje AP-fonden. Af samme oversigt fremgår, at The Local Government Pensions Institution var blandt investorerne. Ifølge årsrapport 2011 for det finske pensionsinstitut Keva havde Keva tidligere heddet The Local Government Pensionsinstitution.

Alfa Laval Aalborg A/S har fremlagt en liste over investorerne i Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership. Oversigten er bestridt af Skatteministeriet.

I Limited Partnership Agreement af 2. maj 2003 vedrørende Altor Fund (No.2) Limited Partnership er der bl.a. anført følgende:

"THIS PARTNERSHIP AGREEMENT is made on 2 May 2003

BETWEEN:

(1) **ALTOR 2003 GP LIMITED** (No. 84811) whose registered office is at Forum House, Grenville Street, St Helier, Jersey JE2 4UF (as the "**General Partner**");

(2) **THE INVESTORS** whose names and addresses are set out in the schedule hereto each as a Limited Partner each of whom has entered into this Agreement by the execution of the form of application executed by such investor and attached hereto.

RECITALS

- (A) The Partnership has been registered as a limited partnership in Jersey (Registered No. 386) under the Law under the name "Altor 2003 Fund (No.2) Limited Partnership" to carry on the business of making, monitor-ing and realising investments and to carry out all functions and acts in connection therewith.
- (B) The General Partner has agreed to act as general partner of the Partnership and will be solely responsible for the conduct and management of the Partnership's business. In connection therewith the General Partner on be-half of the Partnership will immediately following the execution of this Agreement appoint the Investment Advisor to provide investment advice to the General Partner in connection with its management of the Partner-ship's business.
- (C) The General Partner has made an investment commitment of €10,000,000 to the Fund (with the amount of the Commitment to the Partnership being as shown in the schedule) and each of the Investors whose duly completed forms of application have been accepted by the General Partner are admit-ted as Limited Partners on the terms of this Agreement.

...

2. CONSTITUTION OF THE PARTNERSHIP

2.1 Nature

The Partnership is a limited partnership and has been registered pursuant to the Law. The General Partner undertakes to comply with the filing and notification requirements of the Law and shall notify the Registrar in ac-

cordance with the Law of the particulars of all relevant changes effected pursuant to this Agreement and any further changes which may occur in the future.

2.2 Liability of Partners

In the event that the Partnership is unable to pay its debts, liabilities or obligations, the liability of each Limited Partner shall be limited to the amount of its Capital Contribution. Nothing in this clause affects the provisions of this Agreement requiring Investors to advance Loans which Loans shall only get repaid in accordance with this Agreement. The General Partner shall (on an unlimited basis) be fully liable for such of the Partnership's debts, liabilities and obligations as exceed the Partnership Assets.

2.3 Name

The affairs, activities and operations of the Partnership shall be carried on under the name and style or firm name of "**Altor 2003 Fund (No. 2) Limited Partnership**" or such other name as shall from time to time be agreed between the Partners.

2.4 Purpose

The purpose of the Partnership is to make, hold, monitor and realise investments being principally unquoted equity and equity-related investments in leveraged buy-outs, expansion capital and equity release transactions and other private equity transactions in the Nordic Region with the principal objective of creating capital growth and realising capital gain and receiving dividends or interest. The Partnership may execute, deliver and perform all contracts and other undertakings and engage in all activities and transactions as may in the opinion of the General Partner be necessary or advisable in order to carry out the foregoing purposes and objectives.

2.5 Commencement and Duration

The Limited Partners shall be limited partners in the Partnership as from the date of their admission to the Partnership being the date upon which they make or made their Capital Contributions. The term of the Partnership shall continue until 31 December 2019 unless sooner dissolved in accordance with the provisions of clause 11.1.

2.6 Registered Office

The registered office of the Partnership shall be at Forum House, Grenville Street, St Helier, Jersey JE2 4UF or such other place in Jersey as the General Partner shall from time to time determine.

2.7 Maximum Size of Fund

The General Partner shall procure that total Commitments to the Partnership when aggregated with the total commitments to any Additional Partnerships and the commitments to the Co-investment Vehicle (as defined at clause 7.9(b)), shall not exceed €655 million.

2.8 Prevention of Money Laundering

Each Limited Partner hereby acknowledges that measures aimed at the prevention of money laundering may require the detailed verification of that Limited Partner's identity and agrees that the General Partner or its agents or delegates may request from time to time such information as they may reasonably require for such purpose. In the event of any delay or failure by a Limited Partner to provide such information to the reasonable satisfaction of the General Partner, or if the General Partner has grounds for suspecting in relation to the Limited Partner or any person having any direct or indirect interest in the Limited Partner any act or omission by such person which would constitute an offence under any anti-money laundering legislation, the General Partner may require pursuant to clause 14.1(a)(iii) that the Limited Partner to withdraw from the Partnership on the terms of clause 14.4 so far as permitted by any applicable legislation.

...

6. RIGHTS AND DUTIES OF THE GENERAL PARTNER

6.1 Management

- (a) The General Partner shall undertake and shall have exclusive responsibility for the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership and, subject as provided herein, shall have the power and authority to do all things necessary to carry out the purposes of the Partnership, shall devote substantially all of its time attention and re-sources to the business of the Partnership, shall procure that all filings and registrations required in relation to the Partnership pursuant to the Law

are promptly made and shall operate the Partnership in accordance with this Agreement and the Law.

(b) The Limited Partners shall take no part in the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership, and shall have no right or authority to act for the Partnership or to take any part in or in any way to interfere in the management, operation and administration of the Partnership or to vote on matters relating to the Partnership other than as provided in the Law or as set forth in this Agreement but they and their duly authorised agents shall at all reasonable times have access to and the right to inspect the books and accounts of the Partnership.

6.2 Authority and Powers

Without prejudice to the generality of clause 6.1, the General Partner shall have full power and authority on behalf of the Partnership and with the power to bind the Partnership thereby and without prior consultation with any of the Limited Partners:

...

15.10 Corporation United States Tax Status

The Partners intend for the Partnership to be treated as a corporation for United States federal income tax purposes and no election to the contrary shall be made, and no Partner shall take any position inconsistent with the treatment of the Partnership as a corporation for United States federal income tax purposes.”

I årsrapport fra 2006 for Altor 2003 Fund (No. 2) Limited Partnership fremgår det, at General Partner var Altor 2003 GP Limited, Jersey, investeringsrådgiver var Altor Equity Partners AB, Sverige, administrator var Aztec Financial Services Limited, Jersey, og at uafhængig revisor var PricewaterhouseCoopers CI LLP, Jersey.

Der er i årsrapporten bl.a. anført følgende:

”ALTOR 2003 FUND (NO. 2) LIMITED PARTNERSHIP

PARTNERSHIP OBJECTIVE AND FUND SUMMARY

Policy and Business Objective

Altor 2003 Fund (No. 2) Limited Partnership (the "**Partnership** ") is a limited partnership established in Jersey by a limited partnership agreement dated 02 May 2003, as modified by written limited partners' special consent dated 01 September 2003 and 08 December 2005 (the "**Limited Partnership Agreement** "). Please note that capitalised terms and expressions used in these Financial Statements shall, unless the context otherwise require, bear the same meaning given to them in the Limited Partnership Agreement.

The Partnership is one of three parallel co-investing limited partnerships, all of which were established in Jersey by limited partnership agreements dated 02 May 2003, comprising the Altor 2003 Fund (the "**Fund** "). The other two limited partnerships, comprising the Fund are the Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership and the Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) Limited Partnership with respective partnership commitments of €431,200,000 and €30,000,000 bringing the total commitment of the Fund to €650,000,000.

The Partnership commenced its operations on 02 May 2003. The termination date of the Partnership is 02 May 2013, unless terminated sooner or extended in accordance with the Limited Partnership Agreement.

In addition, under the terms of a Co-Investment Agreement dated 10 October 2003 as superseded in its entirety by a Co-Investment Agreement dated 06 December 2004 (the "**Co-Investment Agreement** "), Altor 2003 Fund (No. 4) Limited Partnership and Altor 2003 Fund (No. 5) Limited (the "**Co-Investment Vehicles** "), have agreed to co-invest a total commitment of €1,035,000 and €3,965,000 respectively, bringing the total commitment of the Fund and the Co-Investment Vehicles to €655,000,000.

The general partner of the Partnership is Altor 2003 GP Limited (the "**General Partner** "). The General Partner is a Jersey incorporated company with limited liability. The General Partner is responsible for the management, operation and administration of the affairs of the Partnership in accordance with the Limited Partnership Agreement. The General Partner has delegated the day-to-day administration of the Partnership to the Administrator, Aztec Financial Services Limited.

The principal activity of the Partnership is to make unquoted equity and equity-related investments in leveraged buy-outs, expansion capital and equity release transactions in portfolio companies."

Videre fremgår det af årsrapporten vedrørende ”Partnership’s legal structure” , at der er ”Forteen Limited Partners” og ”General Partner” samt at ”Total commitments” er 188.800.000 EUR.

Af en oversigt over investeringer fremgår, at der bl.a. var investeret i Aalborg Industries Holding A/S.

Under ”Report of the General Partner” er anført bl.a. følgende:

”General Partner's Profit Share

In respect of each Partnership comprising the Fund, the General Partner is entitled to an annual Profit Share equal to 2% of total Commitments of that Partnership. After the Investment Period expiry date (or, if earlier, the General Partner, the Investment Advisor or any of their associates becoming entitled to receive a management fee in respect of any successor fund), the General Partner's Profit Share will be reduced to 2% of aggregate acquisition cost of investments as determined at the Investment Period expiry date as reduced by the acquisition cost of investments that have been realised or permanently written off as at the beginning of the relevant accounting period.

On 21 April 2006 the Investment Advisor became entitled to receive a management fee for a successor fund, Alter Fund II. The investment period therefore ended on 21 April 2006 from which date the basis of the management fee calculation changed to acquisition cost, as detailed above.

The General Partner is entitled to make half yearly drawings in advance in respect of its prospective General Partner's Profit Share on 01 January and 01 July in each year.

...

Corporate Governance

The Board of Directors of the General Partner attaches significant importance to corporate governance. An overview of the arrangements currently in place is set out below:

Directors of the General Partner

The following served on the Board of Directors of the General Partner during the year to 31 December 2006.

Person 2

Person 12

Person 14

Person 13

The Investment Advisor

The General Partner has appointed Alter Equity Partners AB to provide it with investment advisory services in relation to the Fund. This includes, but is not restricted to:

- * Providing the General Partner with investment analysis; * Organising due diligence on targeted investments;
- * Preparing memorandum on purchases and sales of investments for sub-mission to the Investment Committee for approval; and
- * Providing the General Partner with recommendations as to the purchase, sale, ongoing holding of and exit of investments.

The Investment Committee

The Investment Advisor has established an Investment Committee made up of Person 3, Person 14, Person 15, Person 16, Person 17 and Person 18. The Investment Committee normally meets every week. Its role is two-fold: namely to ensure that recommendations to the General Partner are in line with the investment strategy set out in the Limited Partnership Agreement; and to exercise ongoing monitoring of the Fund's investments to ensure that the Fund's strategy is realised.

...

The Advisory Committee

The General Partner has established an Advisory Committee made up of the following Investornominated representatives:

Person 4

Person 5

Person 10

Person 6

lag (Publ)

Person 7

Person 8

AlpInvest Partners

Goldman Sachs

Harvard University

Länsförsäkringar Liv Försäkringsaktiebo-

Pantheon

Princeton University

Person 9

Skandia Liv

The Advisory Committee meets quarterly and more frequently on an ad hoc basis as and when required. Its role is to review the progress of the Fund in meeting its investment objectives, investment valuations and any potential conflicts of interest. The Advisory Committee met on 22 February 2007 to review and approve the portfolio company valuations.

...

Income Taxes

There is no provision for income tax in the financial statements of the Partnership as the Partnership is not subject to income tax. Each partner is individually liable for its own tax payments.”

Af en oversigt over investorerne fremgår bl.a. Northwestern University, The Trustees of Princeton University, University of Notre Dame du Lac og Yale University. Disse investorer fremgår også af oversigten over investorer i års-rapporten for 2007. Videre er det anført, at der fortsat var investeret i Aalborg Industries Holding A/S.

Der er fremlagt en ansøgning, der er dateret den 29. april 2003, til Altor 2003 Fund fra Yale University, hvori det er afkrydset i rubrikken ”We wish to participate in Altor 2003 (No. 2) Limited Partnership which will elect to be treated as a corporation for US federal income tax purposes. Note this partnership is primarily intended for tax-exempt US investors”. Ansøgningen angik ”Total Commitments” for 25 millioner EUR, hvoraf ”Capital Contribution” udgjorde 50.000 EUR, mens ”Loan” udgjorde resten.

Det fremgår af låneansøgningen, at punkt 5.2A er overstreget, og at punkt 5.2B er valgt. Af punkt 5.2B fremgår følgende:

” We are a US Person or subscribing on behalf of or funding our Commitment with funds obtained from US Persons.

If paragraph S.2B applies, the provisions of Schedule 1 apply which the Applicant should read and complete ”

Videre fremgår bl.a. følgende af ansøgningen:

”8. We acknowledge and declare that we will hold any limited partnership interest to which we may become entitled pursuant to this application for

ourselves beneficially and not as nominee, agent or trustee for any other person or other entity.*

*** If this is not the case please specify the name, address and, where appropriate, taxpayer identification number of the beneficial owner(s) below. ”**

Der er ikke anført nogen i det efterfølgende skema.

Yderligere fremgår det af ansøgningen, at der i punkt 13 er svaret nej til følgende:

”Will any other person or persons have a beneficial interest in the Partnership Interest to be acquired hereunder (other than as a shareholder, partner, policy owner or other beneficial owner of equity interests in the Investor)?”

I et brev af 27. november 2007 fra Altor 2003 GP Limited til Person 32, Yale University, er der anført bl.a. følgende:

“Aalborg Industries Holding AS (“Aalborg”) Recapitalisation

On behalf of the Directors of the General Partner we are pleased to announce that the Fund is making a distribution of proceeds from the recapitalisation within Aalborg and, in accordance with Clause 8.3 of the LPA, to give notice of a Distribution to you. For your information, the Fund received total recapitalisation proceeds from Aalborg amounting to €23,462,375.45 of which your portion equals €895,510.51. The gross proceeds represent approximately 100 % of the Fund’s original cost of the investment.

...

Twenty Sixth Drawdown for the Altor 2003 Fund

Also, in accordance with Clause 4.1(b) and Clause 4.1(c) of the Limited Partnership Agreement, the Directors of the General Partner give formal notice of a recall of a proportion of each Limited Partner’s Loan, which is being netted off against the above distributions. The proportion due on this drawdown is €742,216.56.

Amounts being netted off will be applied towards a proposed add-on investment in Relacom Holding AB (“**Relacom**”) and an equity investment in Navico Holding AS (“**Navico**”).

Accordingly, on behalf of the General Partner we will initiate payment of €1,216,242.36, less bank transfer charges, for value 30 November 2007, to your account YUE02 at The Northern Trust Company.”

Af blanket 990 fra Yale University til de amerikanske skattemyndigheder fremgår, at der er afkrydset i rubrik ”501 (c) (3)”. Der er til spørgsmålet ”What is the organization’s primary exempt purpose” svaret “Education, Research, Community Service”. Videre fremgår det, at der om “Reason for Non-Private Foundation Status” er angivet ”A school Section 170 (b)(1)(A)(II)”. Yderligere er anført følgende beskrivelse af formålet:

“...

a) Instruction Includes salaries, fringe benefits and supplies of teaching over 11,000 students including 5,311 undergraduates, 2,678 graduate students and 3,465 professional school students A faculty of more than 3,400 teach and administer programs across a range of disciplines in the sciences and engineering, the social sciences, the humanities, and the various learned professions More than 70 majors are available in the undergraduate college and 39 different degree programs are offered by the University In addition to the Graduate School of Arts and Sciences, the University has 10 professional schools including Architecture, Art, Divinity, Drama, Forestry and Environmental Studies, Law, Management, Medicine, Music and Nursing”

Der er angivet et beløb på 1.018.147.000. Til blanketten hører en oversigt over ledelsen med angivelse af adresseoplysninger.

Der er endvidere fremlagt en ansøgning, der er dateret 22. maj 2003, fra Princeton University til Altor 2003 Fund, hvori der er afkrydset i rubrikken ”We wish to participate in Altor 2003 (No. 2) Limited Partnership which will elect to be treated as a corporation for US federal income tax purposes. Note this partnership is primarily intended for tax-exempt US investors”. Ansøgningen angik “Total Commitments” for 45 millioner EUR, hvoraf “Capital Contribution” udgjorde 90.000 EUR, mens “Loan” udgjorde resten.

Der foreligger en udbetalingsmeddelelse af 27. november 2007 fra Altor 2003 til Princeton University.

Endvidere er der fremlagt en blanket 990 fra Princeton University til de amerikanske skattemyndigheder.

Der er fremlagt en Limited Partnership Agreement mellem Altor 2003 GP Limited og Altor 2003 Fund (Dutch NO.1) Limited, hvori der bl.a. er anført:

”THIS PARTNERSHIP AGREEMENT is made on 2 May 2003

BETWEEN:

- (1) **ALTOR 2003 GP LIMITED** (No. 84811) whose registered office is at Forum House, Grenville Street, St Helier, Jersey JE2 4UF (as the "**General Partner** ");
- (2) **THE INVESTOR** whose name and address is set out in the schedule hereto as a Limited Partner who has entered into this Agreement by the execution of the form of application attached hereto.

RECITALS

- (A) The Partnership has been registered as a limited partnership in Jersey (Registered No. 387) under the Law under the name "Altor 2003 Fund (Dutch No.1) Limited Partnership" to carry on the business of making, monitoring and realising investments and to carry out all functions and acts in connection therewith.
- (B) The General Partner has agreed to act as general partner of the Partnership and will be solely responsible for the conduct and management of the Partnership's business. In connection therewith the General Partner on behalf of the Partnership will immediately following the execution of this Agreement appoint the Investment Advisor to provide investment advice to the General Partner in connection with its management of the Partnership's business.
- (C) The General Partner has made an investment commitment of €10,000,000 to the Fund (with the amount of the Commitment to the Partnership being as shown in the schedule) and each of the Investors whose duly completed forms of application have been accepted by the General Partner are admitted as Limited Partners on the terms of this Agreement.

...

2. CONSTITUTION OF THE PARTNERSHIP

2.1 Nature

The Partnership is a limited partnership and has been registered pursuant to the Law. The General Partner undertakes to comply with the filing and notification requirements of the Law and shall notify the Registrar in accordance with the Law of the particulars of all relevant changes effected pursuant to this Agreement and any further changes which may occur in the future.

2.2 Liability of Partners

In the event that the Partnership is unable to pay its debts, liabilities or obligations, the liability of each Limited Partner shall be limited to the amount of its Capital Contribution. Nothing in this clause affects the provisions of this Agreement requiring Investors to advance Loans which Loans shall only get repaid in accordance with this Agreement. The General Partner shall (on an unlimited basis) be fully liable for such of the Partnership's debts, liabilities and obligations as exceed the Partnership Assets.

2.3 Name

The affairs, activities and operations of the Partnership shall be carried on under the name and style or firm name of "**Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) Limited Partnership**" or such other name as shall from time to time be agreed between the Partners.

2.4 Purpose

The purpose of the Partnership is to make, hold, monitor and realise investments being principally unquoted equity and equity-related investments in leveraged buy-outs, expansion capital and equity release transactions and other private equity transactions in the Nordic Region with the principal objective of creating capital growth and realising capital gain and receiving dividends or interest. The Partnership may execute, deliver and perform all contracts and other undertakings and engage in all activities and transactions as may in the opinion of the General Partner be necessary or advisable in order to carry out the foregoing purposes and objectives.

2.5 Commencement and Duration

The Limited Partners shall be limited partners in the Partnership as from the date of their admission to the Partnership being the date upon which they make or made their Capital Contributions. The term of the Partnership shall continue until 31 December 2019 unless sooner dissolved in accordance with the provisions of clause 11.1.

2.6 Registered Office

The registered office of the Partnership shall be at Forum House, Grenville Street, St Helier, Jersey JE2 4UF or such other place in Jersey as the General Partner shall from time to time determine.

2.7 Maximum Size of Fund

The General Partner shall procure that total Commitments to the Partnership when aggregated with the total commitments to any Additional Partnerships and the commitments to the Co-investment Vehicle (as defined at clause 7.9(b)), shall not exceed €655 million.

2.8 Prevention of Money Laundering

Each Limited Partner hereby acknowledges that measures aimed at the prevention of money laundering may require the detailed verification of that Limited Partner's identity and agrees that the General Partner or its agents or delegates may request from time to time such information as they may reasonably require for such purpose. In the event of any delay or failure by a Limited Partner to provide such information to the reasonable satisfaction of the General Partner, or if the General Partner has grounds for suspecting in relation to the Limited Partner or any person having any direct or indirect interest in the Limited Partner any act or omission by such person which would constitute an offence under any anti-money laundering legislation, the General Partner may require pursuant to clause 14.1(a)(iii) that the Limited Partner to withdraw from the Partnership on the terms of clause 14.4 so far as permitted by any applicable legislation.

3. CAPITAL CONTRIBUTIONS

3.1 General Partner

The Capital Contribution of the General Partner shall be as set out in the schedule hereto which to the extent not previously contributed shall be contributed on the date specified in the First Drawdown Notice.

3.2 Limited Partners

The Capital Contribution of each Limited Partner shall be as set out in the schedule hereto. Subject to clause 4.8 in the case of ERISA Partners and Benefit Plan Partners subject to any Similar Law, each Limited Partner shall contribute the full amount of its Capital Contribution in accordance with the terms of the First Drawdown Notice served on that Limited Partner which notice shall specify a date and means for payment of such Capital Contribution (which date shall be the same for all Limited Partners admitted to the Partnership on the same Closing Date). All such amounts contributed in accordance with such First Drawdown Notice shall be deemed to have been contributed on the date specified for payment in such First Drawdown Notices for the purposes of this Agreement.

3.3 Currency, Interest and Repayment

Capital Contributions shall be drawn down in Euro. No interest shall be paid or payable by the Partnership upon any Capital Contribution or upon any amount whether of Income or Capital allocated to any Partner but not yet distributed to it. No Partner shall have the right to the return of its Capital Contribution save as provided herein.

...

5. ADMISSION OF ADDITIONAL LIMITED PARTNERS

5.1 Increase of Capital

Subject to clause 2.7, the capital of the Partnership may only be increased by the admission of Additional Limited Partners as provided in clause 5.2.

5.2 Admission of Additional Limited Partners

- (a) The General Partner may, with the written consent of all of the Partners, at one or more future Closings, admit Additional Limited Partners to the Partnership after the date hereof up to the Final Closing Date provided always that no person shall be admitted to the Partnership as an Additional Limited Partner if the result of such admission would be that the maximum size of the Fund specified in clause 2.7 would be exceeded. Notwithstanding the passing of the Final Closing Date, the General Partner may, with the written consent of all of the Partners, admit as a Limited Partner from and after the date on which the Partnership makes its First

Investment any Regulated Partner which at any Closing Date has agreed to become a Limited Partner but whose admission as a Limited Partner is required to be delayed until the Partnership makes its First Investment in accordance with clause 4.8 (it being understood that, if the provisions of clause 4.8 are then applicable, the First Investment to be made by the Partnership shall be a qualifying "venture capital investment" within the meaning of the ERISA Plan Assets Regulation).

- (b) The General Partner may, at one or more future Closings, admit persons as limited partners or additional limited partners in any of the other Partnerships at any time after the First Closing Date up to the Final Closing Date. In this regard each of the Additional Partnerships established for Dutch investors will contain provisions identical to that in clause 5.2(a) above requiring the consent of all partners of that partnership for the admission of such persons.
- (c) Where an Additional Limited Partner is admitted to the Partnership, such Partner shall be required to execute an application form in such form as the General Partner may require and such signature page and application form shall be appended to this Agreement.

...

6. RIGHTS AND DUTIES OF THE GENERAL PARTNER

6.1 Management

- (a) The General Partner shall undertake and shall have exclusive responsibility for the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership and, subject as provided herein, shall have the power and authority to do all things necessary to carry out the purposes of the Partnership, shall devote substantially all of its time attention and resources to the business of the Partnership, shall procure that all filings and registrations required in relation to the Partnership pursuant to the Law are promptly made and shall operate the Partnership in accordance with this Agreement and the Law.
- (b) The Limited Partners shall take no part in the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership, and shall have no right or authority to act for the Partnership or to take any part in or in any way to interfere in the management, operation and administration of the Partnership or to vote on matters relating to the Partnership other than as provided in the Law or as set forth in this Agreement but they and their duly authorised agents shall at all reasonable times have access to and the right to inspect the books and accounts of the Partnership.

6.2 Authority and Powers

Without prejudice to the generality of clause 6.1, the General Partner shall have full power and authority on behalf of the Partnership and with the power to bind the Partnership thereby and without prior consultation with any of the Limited Partners:

..."

Der er fremlagt en ansøgning af 29. april 2003 fra Stichting Shell Pensioenfonds til Altor 2003 Fund, hvoraf det fremgår, at der ansøges om et "Total Commitments" på 35 millioner EUR, hvoraf 70.000 EUR udgør "Capital Contribution" og resten udgør "Loan" .

Låneansøgningen indeholder i punkt 8 følgende:

"Under the laws of the Netherlands, the Investor is the sole legal and beneficial owner of the Investor's interests.*

*** If this is not the case please specify the name, address and, where appropriate, taxpayer identification number of the beneficial owner(s) below. "**

Det efterfølgende skema indeholder ikke angivelse af nogen.

Af årsrapporten for Altor 2003 (Dutch No. 1) for 2007 fremgår, at General Partner var Altor 2003 GP Limited, Jersey, investeringsrådgiver var Altor Equity Partners AB, Sverige, administrator var Aztec Financial Services (Jersey) Limited, Jersey, og uafhængig revisor var PricewaterhouseCoopers CI LLP, Jersey.

Følgende fremgår af årsrapporten:

"...

ALTOR 2003 FUND (DUTCH NO. 1) LIMITED PARTNERSHIP

PARTNERSHIP OBJECTIVE AND FUND SUMMARY

Policy and Business Objective

Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) Limited Partnership (the "**Partnership**") is a limited partnership established in Jersey by a limited partnership agreement dated 2 May 2003, as modified by written limited partners' special consent dated 1 September 2003 and 8 December 2005 (the "**Limited Partnership Agreement**"). Please note that capitalised terms and expressions

used in these Financial Statements shall, unless the context otherwise require, bear the same meaning given to them in the Limited Partnership Agreement.

The Partnership is one of three parallel co-investing limited partnerships, all of which were established in Jersey by limited partnership agreements dated 2 May 2003, comprising the Altor 2003 Fund (the "**Fund**"). The other two limited partnerships, comprising the Fund are the Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership and the Altor 2003 Fund (No. 2) Limited Partnership with respective partnership commitments of €431,200,000 and €188,800,000 bringing the total commitment of the Fund to €650,000,000.

The Partnership commenced its operations on 2 May 2003. The termination date of the Partnership is 2 May 2013, unless terminated sooner or extended in accordance with the Limited Partnership Agreement.

In addition, under the terms of a Co-Investment Agreement dated 10 October 2003 as superseded in its entirety by a Co-Investment Agreement dated 6 December 2004 (the "**Co-Investment Agreement**"), Altar 2003 Fund (No. 4) Limited Partnership and Altar 2003 Fund (No. 5) Limited (the "**Co-Investment Vehicles**"), have agreed to co-invest a total commitment of €1,035,000 and €3,965,000 respectively, bringing the total commitment of the Fund and the Co-Investment Vehicles to €655,000,000.

The general partner of the Partnership is Altar 2003 GP Limited (the "**General Partner**"). The General Partner is a Jersey incorporated company with limited liability. The General Partner is responsible for the management, operation and administration of the affairs of the Partnership in accordance with the Limited Partnership Agreement. The General Partner has delegated the day-to-day administration of the Partnership to the Administrator, Aztec Financial Services (Jersey) Limited.

The principal activity of the Partnership is to make unquoted equity and equity-related investments in leveraged buy-outs, expansion capital and equity release transactions in portfolio companies.

...”

Det er anført, at "First closing date" var 2. maj 2003, og at "Final closing date" var den 30. maj 2003. "Partnership's commitments" var 30 millioner EUR. Om "Partnership's legal structure" er angivet "One Limited Partner" og "General Partner".

Af en oversigt over investering fremgår, at der var investeret i bl.a. Aalborg Industries Holding A/S.

General Partners rapport indeholder bl.a. følgende oplysninger:

”The General Partner, Altor 2003 GP Limited, presents its report and the audited financial statements of the Partnership for the year ended 31 December 2007.

General Partner's Profit Share

In respect of each Partnership comprising the Fund, the General Partner is entitled to an annual Profit Share equal to 2% of total Commitments of that Partnership. After the Investment Period expiry date (or, if earlier, the General Partner, the Investment Advisor or any of their associates becoming entitled to receive a management fee in respect of any successor fund), the General Partner's Profit Share will be reduced to 2% of aggregate acquisition cost of investments as determined at the Investment Period expiry date as reduced by the acquisition cost of investments that have been realised or permanently written off as at the beginning of the relevant accounting period.

On 21 April 2006 an affiliate company within the Altor Group became entitled to receive a management fee for a successor fund, Altor Fund II. The investment period therefore ended on 21 April 2006 from which date the basis of the management fee calculation changed to acquisition cost, as detailed above.

The General Partner is entitled to make half yearly drawings in advance in respect of its prospective General Partner's Profit Share on 1 January and 1 July in each year.

...

Corporate Governance

The Board of Directors of the General Partner attaches significant importance to corporate governance. An overview of the arrangements currently in place is set out below:

Directors of the General Partner

The following served on the Board of Directors of the General Partner during the year ended 31 December 2007.

Person 2

Person 12

Person 14

Person 13

The Investment Advisor

The General Partner has appointed Altar Equity Partners AB to provide it with investment advisory services in relation to the Fund. This includes, but is not restricted to:

- * Providing the General Partner with investment analysis; * Organising due diligence on targeted investments;
- * Preparing memorandum on purchases and sales of investments for sub-mission to the Investment Committee for approval; and
- * Providing the General Partner with recommendations as to the purchase, sale, ongoing holding of and exit of investments.

The Investment Committee

The Investment Advisor has established an Investment Committee made up of Person 3, Person 14, Person 15, Person 16, Person 17, Person 18, Person 22 (effective 11 June 2007), Person 19 and Person 20 (both effective 1 July 2007). The Investment Committee normally meets every week. Its role is two-fold: namely to ensure that recommendations to the General Partner are in line with the investment strategy set out in the Limited Partnership Agreement; and to exercise ongoing monitoring of the Fund's investments to ensure that the Fund's strategy is realised.

...

The Advisory Committee

The General Partner has established an Advisory Committee made up of the following Investornominated representatives:

Person 4

AlpInvest Partners

Person 5

Goldman Sachs

Person 10

Harvard University

<u>Person 21</u>	Länsförsäkringar Liv
<u>Person 7</u>	Pantheon
<u>Person 8</u>	Princeton University
<u>Person 6</u>	Skandia Liv

The Advisory Committee meets quarterly and more frequently on an ad hoc basis as and when required. Its role is to review the progress of the Fund in meeting its investment objectives, investment valuations and any potential conflicts of interest. The Advisory Committee met on 4 March 2008 to review and approve the portfolio company valuations.

At the Advisory Committee meeting on 23 August 2007 a resolution was passed to add Person 22 as a Key Executive of the Investment Advisor with immediate effect and that the Limited Partnership Agreement be updated to reflect this inclusion.

...

Income Taxes

There is no provision for income tax in the financial statements of the Partnership as the Partnership is not subject to income tax. Each partner is individually liable for its own tax payments.

In July 2006, the Financial Accounting Standards Board ("FASB") issued Interpretation No.48, Accounting for Uncertainty in Income Taxes - An Interpretation of FASB Statement No.109 ("FIN48"), which will become effective for the Limited Partnership on 1 January 2008. This standard clarifies the accounting for uncertainty in income taxes recognised in an entity's financial statements. An entity can only recognise the tax position in the financial statements if the position is more-likely-than-not to be upheld on audit based only technical merits of the tax position. This accounting standard also provides guidance on thresholds, measurement, derecognition, classification, interest and penalties, accounting in interim periods, disclosure and transition that is intended to provide better financial statement comparability among different entities. The General Partner does not expect implementation of the standard will have a material effect on its results of operations or financial position."

Det fremgår af en oversigt over investorerne, at Stichting Shell Pensioenfonds var eneste investor i fonden.

Der er fremlagt et brev af 27. november 2007 fra Altor 2003 GP Limited til Person 23, Stichting Shell Pensioenfonds, hvori bl.a. følgende er anført:

”Aalborg Industries Holding AS (“Aalborg”) Recapitalisation

On behalf of the Directors of the General Partner we are pleased to announce that the Fund is making a distribution of proceeds from the recapitalisation within Aalborg and, in accordance with Clause 8.3 of the LPA, to give notice of a Distribution to you. For your information, the Fund received total recapitalisation proceeds from Aalborg amounting to €23,462,375.45 of which your portion equals €1,074,612.62. The gross proceeds represent approximately 100 % of the Fund’s original cost of the investment.

...

Twenty Sixth Drawdown for the Altor 2003 Fund

Also, in accordance with Clause 4.1(b) and Clause 4.1(c) of the Limited Partnership Agreement, the Directors of the General Partner give formal notice of a recall of a proportion of each Limited Partner’s Loan, which is being netted off against the above distributions. The proportion due on this drawdown is €890,659.88.

Amounts being netted off will be applied towards a proposed add-on investment in Relacom Holding AB (“**Relacom**”) and an equity investment in Navico Holding AS (“**Navico**”).

Accordingly, on behalf of the General Partner we will initiate payment of **€1,459,490.83, less bank transfer charges**, for value 30 November 2007, to your account Konto nr. 2 at ABN AMRO Bank NV.”

Der er fremlagt Limited Partnership Agreement mellem Altor 2003 GP Limited og Altor Fund (No.4) Limited, hvori der er anført bl.a. følgende:

”THIS PARTNERSHIP AGREEMENT is made on 10 October 2003

BETWEEN:

- (1) **ALTOR 2003 GP LIMITED** (No. 84811) whose registered office is at Forum House, Grenville Street, St Helier, Jersey JE2 4UF (as the "**General Partner**"); and

- (2) **THE PERSONS** whose names and addresses are set out in the schedule hereto each of whom has entered into this Agreement by the execution of a form of application as attached hereto (the "**Limited Partners** ").

...

(B) The General Partner has agreed to act as general partner of the Partnership and will be solely responsible for the conduct and management of the Partnership's business.

...

5. RIGHTS AND DUTIES OF THE GENERAL PARTNER

5.1 Management

- (a) The General Partner shall undertake and shall have exclusive responsibility for the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership and, subject as provided herein, shall have the power and authority to do all things necessary to carry out the purposes of the Partnership, shall devote substantially all of its time attention and resources to the business of the Partnership, shall procure that all filings and registrations required in relation to the Partnership pursuant to the Law are promptly made and shall operate the Partnership in accordance with this Agreement and the Law.
- (b) The Limited Partners shall take no part in the management, operation and administration of the business and affairs of the Partnership, and shall have no right or authority to act for the Partnership or to take any part in or in any way to interfere in the management, operation and administration of the Partnership or to vote on matters relating to the Partnership other than as provided in the Law or as set forth in this Agreement but they and their duly authorised agents shall at all reasonable times have access to and the right to inspect the books and accounts of the Partnership.

5.2 Authority and Powers

Without prejudice to the generality of clause 5.1, the General Partner shall have full power and authority on behalf of the Partnership and with the power to bind the Partnership thereby and without prior consultation with any of the Limited Partners:

..."

I en liste over deltagere i denne fond er som deltagere anført Monument Group Investment, USA, Person 24, UK, Person 25, UK, Blue Pacific Development, Guernsey, Samos Investments Limited, Channel Islands, Person 26, UK, Person 27, UK, Person 28, UK, Bermuda Trust (Guernsey), Channel Islands og Mr. Person 29, UK.

Af årsrapport for 2007 for Altor 2003 Fund (No. 4) Limited Partnership fremgår, at General Partner var Altor 2003 GP Limited, at investeringsrådgiver var Altor Equity Partners AB, at administrator var Aztec Financial Services (Jersey) Limited, og at uafhængig revisor var PricewaterhouseCoopers CI LLP.

Videre fremgår bl.a. følgende af årsrapporten:

”PARTNERSHIP OBJECTIVE AND FUND SUMMARY

FINANCIAL STATEMENTS

Policy and Business Objective

Altor 2003 Fund (No. 4) Limited Partnership (the "**Partnership** ") is a limited partnership established in Jersey by a limited partnership agreement dated 10 October 2003, as modified by written limited partners' special consent dated 24 August 2005 (the "**Limited Partnership Agreement** "). Please note that capitalised terms and expressions used in these Financial Statements shall, unless the context otherwise require, bear the same meaning given to them in the Limited Partnership Agreement.

The Partnership operates as a Co-Investment Vehicle under the terms of a Co-Investment Agreement dated 10 October 2003 as superseded in its entirety by a Co-Investment Agreement dated 6 December 2004 (the "**Co-Investment Agreement** ") and has agreed to co-invest a total commitment of €1,035,000 alongside the Altar 2003 Fund (the "**Fund** ") and Altar 2003 Fund (No. 5) Limited, bringing the total commitment of the Fund and the Co-Investment Vehicles to €655,000,000.

The Partnership commenced its operations on 10 October 2003. The termination date of the Partnership is 2 May 2013, unless terminated sooner or extended in accordance with the Limited Partnership Agreement.

The general partner of the Partnership is Altar 2003 GP Limited (the "**General Partner** "). The General Partner is a Jersey incorporated company with limited liability. The General Partner is responsible for the management, operation and administration of the affairs of the Partnership in ac-

cordance with the Limited Partnership Agreement. The General Partner has delegated the day-to-day administration of the Partnership to the Administrator, Aztec Financial Services (Jersey) Limited.

The principal activity of the Partnership is to enter into the Co-Investment Agreement and to make, hold, monitor and realise investments alongside the Fund in accordance with the Co-Investment Agreement.”

Om “Partnership’s legal structure” er anført “Ten limited Partners” og “General Partner” . “Partnership’s commitments” er anført til 1.035.000 EUR. Der er do-micil på Jersey.

Af en oversigt over investeringer fremgår, at der bl.a. er investeret i Aalborg Industries Holding A/S.

General Partners rapport indeholder bl.a. følgende:

”REPORT OF THE GENERAL PARTNER

The General Partner, Altor 2003 GP Limited, presents its report and the audited financial statements of the Partnership for the year ended 31 De-cember 2007.

General Partner's Profit Share

The General Partner is not entitled to a Profit Share in respect of the Part-nership.

Drawdowns and distributions

In accordance with the terms of the Limited Partnership Agreement the Partnership made no drawdowns during the year under review.

Distributions totalling €493, 738 were received during the year from port-folio investments.

Corporate Governance

The Board of Directors of the General Partner attaches significant impor-tance to corporate governance. An overview of the arrangements currently in place is set out below:

Directors of the General Partner

The following served on the Board of Directors of the General Partner during the year to 31 December 2007.

Person 2

Person 12

Person 14

Person 13

The Investment Advisor

The General Partner has appointed Altor Equity Partners AB to provide it with investment advisory services in relation to the Fund. This includes, but is not restricted to:

- * Providing the General Partner with investment analysis; * Organising due diligence on targeted investments;
- * Preparing memorandum on purchases and sales of investments for sub-mission to the Investment Committee for approval; and
- * Providing the General Partner with recommendations as to the purchase, sale, ongoing holding of and exit of investments.

...

The Investment Committee

The Investment Advisor has established an Investment Committee made up of Person 3, Person 14, Person 15, Person 16, Person 17, Person 18, Person 22 (effective 11 June 2007), Person 19 and Person 20 (both effective 1 July 2007). The Investment Committee normally meets every week. Its role is two-fold: namely to ensure that recommendations to the General Partner are in line with the investment strategy set out in the Limited Partnership Agreement; and to exercise ongoing monitoring of the Fund's investments to ensure that the Fund's strategy is realised.

The Advisory Committee

The General Partner has established an Advisory Committee made up of the following Investornominated representatives:

Person 4

AlpInvest Partners

Person 5

Goldman Sachs

<u>Person 10</u>	Harvard University
<u>Person 21</u>	Länsförsäkringar Liv
<u>Person 7</u>	Pantheon
<u>Person 8</u>	Princeton University
<u>Person 6</u>	Skandia Liv

The Advisory Committee meets quarterly and more frequently on an ad hoc basis as and when required. Its role is to review the progress of the Fund in meeting its investment objectives, investment valuations and any potential conflicts of interest. The Advisory Committee met on 4 March 2008 to review and approve the portfolio company valuations.

At the Advisory Committee meeting on 23 August 2007 a resolution was passed to add Person 22 as a Key Executive of the Investment Advisor with immediate effect and that the Limited Partnership Agreement be updated to reflect this inclusion.

...

Income Taxes

There is no provision for income tax in the financial statements of the Partnership as the I Partnership is not subject to income tax. Each partner is individually liable for its own tax payments.”

Oversigten over investorer er delvist sammenfaldende med den oversigt, der var bilagt ansøgningen.

Alfa Laval Aalborg A/S har udarbejdet oversigter over investorerne i de fire skattemæssigt transparente kapitalfonde med angivelse af bl.a. investorenes ejerandel, hjemsted og skattemæssige status.

Skatteministeriet har bestridt, at oplysningerne i oversigterne kan lægges til grund.

Alfa Laval Aalborg A/S har henvist til forskellige oplysninger om reglerne for skattemæssig transparens i de stater, hvor investorerne efter det oplyste er skattemæssigt hjemmehørende, herunder Storbritannien, Holland, Tyskland, Sverige, Norge, Finland, Schweiz og USA.

I 2011 solgte Altor II S.à.r.l. aktierne i Aalborg Industries Holding A/S, herunder selskabets ca. 66 % aktier i driftsselskabet Aalborg Industries A/S, til den svenske industrikoncern Alfa Laval. I den forbindelse blev Aalborg Industries Hol-

ding A/S, som ophørende selskab, fusioneret med Aalborg Industries A/S, der i samme forbindelse ændrede navn til Alfa Laval Aalborg A/S.

EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål

Landsretten besluttede ved kendelse af 24. maj 2016 at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 1 og 5 i direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater ("rente-/royaltydirektivet").

Ved EU-Domstolens (Store Afdeling) dom af 26. februar 2019 i de forenede sager C115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 (sidstnævnte er sagen Alfa Laval Aalborg A/S mod Skatteministeriet) besvarede Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, som Østre Landsret og Vestre Landsret ved kendelser af 19. februar 2016 og 24. maj 2016 havde stillet i de fire sager. Af dommen fremgår bl.a.:

” Om det første spørgsmål, litra a)-c), det andet spørgsmål, litra a) og b), og det tredje spørgsmål i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16

83 For det første ønsker de forelæggende retter med det første spørgsmål, litra a)-c), i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 oplyst, hvilken fortolkning der skal anlægges af begrebet »retmæssig ejer« som omhandlet i artikel 1, stk. 1 og 4, i direktiv 2003/49. For det andet ønsker de forelæggende retter med det andet spørgsmål, litra a) og b), og det tredje spørgsmål i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 nærmere bestemt oplyst, om den bekæmpelse af svig eller misbrug, der er tilladt i medfør af artikel 5 i direktiv 2003/49, forudsætter, at der findes en national eller overenskomstmæssig anti-misbrugsbestemmelse som omhandlet i nævnte artikels stk. 1. De forelæggende retter ønsker navnlig oplyst, om en national eller overenskomstmæssig bestemmelse, der indeholder begrebet »retmæssig ejer«, kan anses for at udgøre et retsgrundlag, der gør det muligt at bekæmpe svig eller retsmisbrug.

Begrebet »retmæssig ejer«

84 Det bemærkes indledningsvis, at begrebet den »retmæssige ejer af [...] renter«, der er indeholdt i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, ikke kan henvise til nationalretlige begreber af forskellig rækkevidde.

85 Det er i denne henseende blevet fastslået, at det fremgår af anden til fjerde betragtning til direktiv 2003/49, at direktivet har til formål at afskaffe dobbeltbeskatning vedrørende renter og royalties, der betales mellem

associerede selskaber i forskellige medlemsstater, og at sikre, at disse beta-linger beskattes én gang i en medlemsstat, idet den mest hensigtsmæssige måde at sikre, at nationale og tværnationale transaktioner behandles skat-temæssigt ens, er at ophæve beskatningen af renter og royalties i den medlemsstat, hvor de opstår (dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 24).

86 Anvendelsesområdet for direktiv 2003/49 omfatter, således som det er afgrænset i direktivets artikel 1, stk. 1, derfor skattefritagelse af betalinger af renter eller royalties, som er opstået i kildestaten, forudsat at den retmæssige ejer deraf er et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat (dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 25).

87 Domstolen har i øvrigt fremhævet, at eftersom dette direktivs artikel 2, litra a), definerer renter som »indkomst af gældsfordringer af enhver art«, er det alene den retmæssige ejer, som kan modtage renter, der udgør indkomst af sådanne gældsfordringer (jf. i denne retning dom af 21.7.2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, præmis 27).

88 Begrebet »retmæssig ejer« som omhandlet i dette direktiv skal derfor fortolkes således, at det betegner en enhed, som reelt modtager de renter, som betales til den. Direktivets artikel 1, stk. 4, bestyrker denne henvisning til den økonomiske realitet, idet det heri præciseres, at et selskab i en medlemsstat kun anses for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.

89 Hvor visse sprogversioner af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, såsom den bulgarske, den franske, den lettiske og den rumænske, anvender udtrykket »modtager« [o.a.: svarende til på fransk »bénéficiaire«], anvender de øvrige sprogversioner, således som det fremgår af nærværende doms præmis 10, udtryk såsom »den faktiske modtager« [o.a.: svarende til på fransk »bénéficiaire effectif«] (den spanske, den tjekkiske, den estiske, den engelske, den italienske, den litauiske, den maltesiske, den portugisiske og den finske sprogversion), »den retmæssige ejer«/»den, som har brugsretten« [o.a.: svarende til på fransk »propriétaire«/»celui qui a le droit d'utiliser«] (den tyske, den danske, den græske, den kroatisk, den ungarske, den polske, den slovakiske, den slovenske og den svenske sprogversion), eller »den, som i sidste ende har retten« [o.a.: svarende til på fransk »celui qui a droit en dernier lieu«] (den nederlandske sprogver-

sion). Anvendelsen af disse forskellige udtryk vidner om, at udtrykket »modtageren« ikke tager sigte på en modtager, der identificeres formelt, men derimod på den enhed, som økonomisk set modtager de oppebårne renter og derfor har mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf. I overensstemmelse med det i nærværende doms præmis 86 nævnte kan alene en enhed med hjemsted i EU udgøre den retmæssige ejer af renter, som kan være omfattet af den fritagelse, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49.

90 Som det fremgår af forslaget til Rådets direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede virksomheder i forskellige medlemsstater, der blev forelagt den 6. marts 1998 (KOM(1998) 67 endelig), og som ligger til grund for direktiv 2003/49, lader direktivet sig desuden inspirere af artikel 11 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst af 1996 og forfølger det samme formål som denne, nemlig at undgå international dobbeltbeskatning. Begrebet »retmæssig ejer«, som er indeholdt i bilaterale overenskomster, der er baseret på den-ne modelbeskatningsoverenskomst, samt de efterfølgende ændringer af nævnte modeloverenskomst og kommentarerne hertil, er derfor relevante for fortolkningen af nævnte direktiv.

91 Sagsøgerne i hovedsagerne har gjort gældende, at en fortolkning af begrebet den »retmæssige ejer af [...] renter eller royalties« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49 i lyset af OECD's modelbeskatningsoverenskomst og de dertil hørende kommentarer ikke kan tillades, idet en sådan fortolkning ville være uden demokratisk legitimitet. Dette argument kan imidlertid ikke tiltrædes, idet en sådan fortolkning, selv hvis den er inspireret af OECD's tekster, sker på grundlag af direktivet – således som det fremgår af nærværende doms præmis 85-90 – der såvel i sig selv som i sin lovgivningsmæssige tilblivelseshistorie afspejler EU's demokratiske proces.

92 Det fremgår således af OECD's modelbeskatningsoverenskomst og de dertil hørende kommentarer, således som disse er gengivet i nærværende doms præmis 4-6, at begrebet »retmæssig ejer« hverken omfatter gennemstrømningsselskaber eller er anvendt i en snæver teknisk forstand, men er anvendt med henblik på at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteundgåelse og skatteunddragelse.

93 De bilaterale overenskomster, som medlemsstaterne indbyrdes har indgået med hinanden på grundlag af OECD's modelbeskatningsoverenskomst, såsom dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem de nordiske lande, vidner også om denne udvikling. Det må således fastslås, at disse

overenskomster, der er gengivet i nærværende doms præmis 16-18, alle indeholder udtrykket »retmæssig ejer« som omhandlet i nævnte modeloverenskomst.

94 Det skal endvidere præciseres, at den blotte omstændighed, at det selskab, som modtager renter i en medlemsstat, ikke er renternes »retmæssige ejer«, ikke nødvendigvis betyder, at den i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49 fastsatte fritagelse ikke finder anvendelse. Det er således tænkeligt, at sådanne renter i henhold hertil er fritaget i kildestaten, såfremt det selskab, som modtager renterne, overfører beløbet til en retmæssig ejer, der er hjemmehørende i EU og derudover opfylder samtlige de betingelser, der i direktiv 2003/49 er fastsat for at kunne være omfattet af en sådan fritagelse.

Spørgsmålet om, hvorvidt det er nødvendigt, at der findes en specifik national eller overenskomstmæssig bestemmelse, som gennemfører artikel 5 i direktiv 2003/49

95 De forelæggende retter ønsker oplyst, om en medlemsstat for at bekæmpe retsmisbrug inden for rammerne af anvendelsen af direktiv 2003/49 skal have vedtaget en specifik national bestemmelse til gennemførelse af direktivet, eller om medlemsstaten kan henvise til nationale eller overenskomstmæssige anti-misbrugsprincipper eller -bestemmelser.

96 I denne henseende følger det af fast retspraksis, at der findes et almindeligt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug (dom af 9.3.1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis, af 21.2.2006, Halifax m.fl., C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 68, af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 35, af 22.11.2017, Cussens m.fl., C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 27, og af 11.7.2018, Kommissionen mod Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, præmis 99).

97 Det påhviler borgerne at overholde dette almindelige retsprincip. Anvendelsen af EU-retten kan således ikke udvides til at dække handlinger, der gennemføres med det formål ved svig eller misbrug at drage nytte af de fordele, der er hjemlet i EU-retten (jf. i denne retning dom af 5.7.2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 38, af 22.11.2017, Cussens m.fl., C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 27, og af 11.7.2018, Kommissionen mod Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, præmis 99).

98 Det følger således af dette princip, at en medlemsstat skal nægte at indrømme fordelene i EU-retlige bestemmelser, såfremt disse ikke er ble-vet påberåbt med henblik på at gennemføre målene med disse bestemmel-ser, men med henblik på at drage nytte af en EU-retlig fordel, selv om be-tingelserne for indrømmelse af denne fordel alene er opfyldt formelt.

99 Dette er f.eks. tilfældet, såfremt gennemførelsen af toldformaliteter ikke har fundet sted som led i en almindelig handel, men er rent formel og alene har haft til formål retsstridigt at profitere af monetære udligningsbe-løb (jf. i denne retning dom af 27.10.1981, Schumacher m.fl., 250/80, EU:C:1981:246, præmis 16, og af 3.3.1993, General Milk Products, C-8/92, EU:C:1993:82, præmis 21) eller eksportrestitutioner (jf. i denne retning dom af 14.12.2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 59).

100 Princippet om forbud mod retsmisbrug finder desuden anvendelse på så vidt forskellige områder som de frie varebevægelser (dom af 10.1.1985, Association des Centres distributeurs Leclerc og Thouars Distri-bution, 229/83, EU:C:1985:1, præmis 27), den frie udveksling af tjenestey-delser (dom af 3.2.1993, Veronica Omroep Organisatie, C-148/91, EU:C:1993:45, præmis 13), offentlige tjenesteydelseskontrakter (dom af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 62), etableringsfriheden (dom af 9.3.1999, Cen-tros, C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 24), selskabsretten (dom af 23.3.2000, Diamantis, C-373/97, EU:C:2000:150, præmis 33), social sikring (dom af 2.5.1996, Paletta, C-206/94, EU:C:1996:182, præmis 24, af 6.2.2018, Altun m.fl., C-359/16, EU:C:2018:63, præmis 48, og af 11.7.2018, Kommis-sionen mod Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, præmis 99), transport (dom af 6.4.2006, Agip Petroli, C456/04, EU:C:2006:241, præmis 19-25), socialpo-litikken (dom af 28.7.2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, præmis 37-41), restriktive foranstaltninger (dom af 21.12.2011, Afrasiabi m.fl., C-72/11, EU:C:2011:874, præmis 62) og merværdiafgift (moms) (dom af 21.2.2006, Halifax m.fl., C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 74).

101 Hvad angår sidstnævnte område har Domstolen gentagne gange udtalt, at selv om bekæmpelse af svig, afgiftsunddragelse og muligt mis-brug er et formål, som anerkendes og støttes i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lov-givning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensar-tet beregningsgrundlag (EFT 1977, L 145, s. 1), udgør princippet om for-bud mod misbrug et generelt EU-retligt princip, som finder anvendelse uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt de rettigheder og fordele, der er blevet misbrugt, har hjemmel i traktaterne, i en forordning eller i et direk-

tiv (jf. i denne retning dom af 22.11.2017, Cussens m.fl., C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 30 og 31).

102 Det følger heraf, at det generelle princip om forbud mod misbrug skal gøres gældende over for en person, såfremt denne påberåber sig visse EU-retlige regler, som fastsætter en fordel, på en måde, der ikke er i overensstemmelse med de mål, som disse regler har. Domstolen har således udtalt, at dette princip kan gøres gældende over for en afgiftspligtig person for navnlig at nægte vedkommende retten til momsfratagelse, også selv om der ikke findes bestemmelser i national ret, som foreskriver en sådan nægtelse (jf. i denne retning dom af 18.12.2014, Schoenimport »Ital-modà« Mariano Previti m.fl., C-131/13, C-163/13 og C-164/13, EU:C:2014:2455, præmis 62, og af 22.11.2017, Cussens m.fl., C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 33).

103 I hovedsagerne er de regler, som ifølge SKAT er blevet misbrugt, bestemmelserne i direktiv 2003/49, der er blevet vedtaget med henblik på at fremme et indre marked, der har karakter af et hjemmemarked, og som i kildestaten fastsætter en skattefratagelse for renter, der betales til et associeret selskab med hjemsted i en anden medlemsstat. Som det fremgår af det direktivforslag, der er nævnt i nærværende doms præmis 90, er visse definitioner i dette direktiv inspireret af definitionerne i artikel 11 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst af 1996.

104 Selv om artikel 5, stk. 1, i direktiv 2003/49 bestemmer, at direktivet ikke udelukker anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug, kan denne bestemmelse ikke fortolkes således, at den udelukker anvendelsen af det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug, som er omtalt i nærværende doms præmis 96-98. De transaktioner, som af SKAT hævdes at være udtryk for misbrug, er nemlig omfattet af EU-rettens anvendelses-område (jf. i denne retning dom af 22.12.2010, Weald Leasing, C-103/09, EU:C:2010:804, præmis 42) og kan vise sig at være uforenelige med det formål, som dette direktiv forfølger.

105 Selv om artikel 5, stk. 2, i direktiv 2003/49 bestemmer, at medlemsstaterne kan tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug, kan heller ikke denne bestemmelse fortolkes således, at den udelukker anvendelsen af det EU-retlige princip om forbud mod misbrug, for så vidt som anvendelsen af nævnte princip ikke er underlagt et krav om gennemførelse, som det er tilfældet for dette direktivs bestemmelser (jf. i

denne retning dom af 22.11.2017, Cussens m.fl., C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 28 og 31).

106 Som det er anført i nærværende doms præmis 85, fremgår det af anden til fjerde betragtning til direktiv 2003/49, at direktivet har til formål at afskaffe dobbeltbeskatning vedrørende renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, samt mellem sådanne selskabers faste driftssteder, dels med henblik på at undgå tyn-gende administrative formaliteter og likviditetsproblemer for selskaberne, dels for at sikre, at nationale og tværnationale transaktioner behandles skattemæssigt ens.

107 Såfremt det imidlertid var tilladt at skabe finansielle konstruktioner alene med det formål at kunne drage nytte af de skattefordele, der følger af anvendelsen af direktiv 2003/49, ville dette ikke være i overensstemmel-se med sådanne formål, men ville derimod være til skade for såvel den økonomiske samhörighed som det indre markeds funktion, idet det ville fordreje konkurrencevilkårene. Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 63 i forslaget til afgørelse i sag C-115/16, gør det samme sig gældende, selv hvis de omhandlede transaktioner ikke udelukkende for-følger et sådant formål, idet Domstolen har fastslået, at princippet om for-bud mod misbrug finder anvendelse på skatteområdet, når opnåelse af en skattefordel er hovedformålet med den omhandlede transaktion (jf. i den-ne retning dom af 21.2.2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, præmis 45, og af 22.11.2017, Cussens m.fl., C-251/16, EU:C:2017:881, præmis 53).

108 Den ret, som skattepligtige personer har til at drage fordel af den indbyrdes skattekonkurrence medlemsstaterne imellem på grund af den manglende harmonisering af indkomstskatterne, er i øvrigt ikke til hinder for anvendelsen af det generelle princip om forbud mod misbrug. I denne henseende bemærkes, at direktiv 2003/49 har til formål at foretage en harmonisering på området for direkte skatter med henblik på at gøre det muligt for de erhvervsdrivende at drage fordel af det indre marked ved at ophæve dobbeltbeskatning, og at sjette betragtning til direktivet nærmere bestemt præciserer, at medlemsstaterne ikke må afskæres fra at træffe pas-sende foranstaltninger til bekæmpelse af svig og misbrug.

109 Selv om den omstændighed, at den skattepligtige person søger den skatteordning, der er den mest fordelagtige for personen, ganske vist ikke i sig selv kan danne grundlag for en generel formodning for svig eller misbrug (jf. i denne retning dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 50, af 29.11.2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 84, og af

24.11.2016, SECIL, C464/14, EU:C:2016:896, præmis 60), forholder det sig ikke desto mindre således, at en sådan skattepligtig person ikke kan in-drømmes en ret eller en fordel, der følger af EU-retten, såfremt den om-handlede transaktion økonomisk set er et rent kunstigt arrangement, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning (jf. i denne retning dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 51, af 7.11.2013, K, C-322/11, EU:C:2013:716, præmis 61, og af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 61-63).

110 Det følger af disse forhold, at det påhviler de nationale myndigheder og domstole at nægte at indrømme de fordele, der er fastsat i direktiv 2003/49, såfremt påberåbelsen heraf sker for at muliggøre svig eller mis-brug.

111 I forhold til det generelle EU-retlige princip om forbud mod mis-brug og nødvendigheden af at overholde dette princip inden for rammer-ne af gennemførelsen af EU-retten er det uden betydning for de nationale myndigheders forpligtelse til at nægte at indrømme de i direktiv 2003/49 fastsatte rettigheder, der påberåbes for at muliggøre svig eller misbrug, at der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige anti-misbrugsbestemmelser.

112 Sagsøgerne i hovedsagerne har påberåbt sig dom af 5. juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), som vedrørte indrømmelsen af en skattefritagelse fastsat i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombyt-ning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (EFT 1990, L 225, s. 1), med henblik på at gøre gældende, at det følger af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2003/49, at den omhandlede medlemsstat kun kan nægte at indrømme de fordele, som er fastsat i dette direktiv, såfremt den nationale lovgivning indeholder et særskilt og specifikt retsgrundlag i denne hense-ende.

113 Denne argumentation kan imidlertid ikke tiltrædes.

114 Domstolen bemærkede ganske vist i præmis 42 i dom af 5. juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), at retssikkerhedsprincippet er til hinder for, at direktiver i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, og at de derfor ikke som sådan kan påberåbes af medlemsstaten over for borgerne.

115 Domstolen bemærkede endvidere, at en sådan konstatering ikke berører forpligtelsen for alle myndigheder i en medlemsstat til ved anven-

delsen af national ret i videst muligt omfang at fortolke denne i lyset af direktivers ordlyd og formål for at fremkalde det med direktiverne tilsigtede resultat, idet disse myndigheder således har mulighed for at gøre en overensstemmende fortolkning af national ret gældende over for borgerne (jf. i denne retning dom af 5.7.2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

116 Det var på grundlag af disse betragtninger, at Domstolen opfordrede den forelæggende ret til at undersøge, om der i dansk ret fandtes en almindelig bestemmelse eller grundsætning, hvorefter der gjaldt et forbud mod retsmisbrug, eller andre bestemmelser om skattesvig eller skatteunddragelse, som kunne fortolkes i overensstemmelse med den bestemmelse i direktiv 90/434, hvorefter en medlemsstat i det væsentlige kan nægte at indrømme den fradragsret, der er fastsat i dette direktiv, såfremt der er tale om en transaktion, der som sit væsentligste formål har en sådan svig eller unddragelse, og dernæst i givet fald at undersøge, om betingelserne for at anvende disse nationale bestemmelser var opfyldt i hovedsagen (jf. i denne retning dom af 5.7.2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 46 og 47).

117 Selv hvis det i hovedsagerne skulle vise sig, at national ret ikke indeholder regler, der kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 2003/49, kan det – uanset hvad Domstolen udtalte i dom af 5. juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408) – imidlertid ikke heraf udledes, at de nationale myndigheder og domstole er forhindret i at nægte at indrømme den fordel, der følger af den ret til fritagelse, der er fastsat i dette direktivs artikel 1, stk. 1, i tilfælde af svig eller retsmisbrug (jf. analogt dom af 18.12.2014, Schoenimport »Italmoda« Mariano Previti m.fl., C-131/13, C-163/13 og C-164/13, EU:C:2014:2455, præmis 54).

118 En nægtelse, der under sådanne omstændigheder gøres gældende over for en skattepligtig person, kan ikke henføres til den situation, som er omhandlet i nærværende doms præmis 114, idet en sådan nægtelse stemmer overens med det generelle EU-retlige princip om, at ingen kan gøre EU-retten gældende med henblik på at muliggøre svig eller misbrug (jf. analogt dom af 18.12.2014, Schoenimport »Italmoda« Mariano Previti m.fl., C-131/13, C-163/13 og C-164/13, EU:C:2014:2455, præmis 55 og 56 og den deri nævnte retspraksis).

119 For så vidt som forhold, der har karakter af svig eller misbrug, ikke kan danne grundlag for en ret i henhold til Unionens retsorden, således som det er anført i nærværende doms præmis 96, indebærer nægtelsen af en fordel i henhold til et direktiv ikke, at den berørte borger pålægges en

forpligtelse i medfør af dette direktiv, men er blot en konsekvens af konstateringen af, at de objektive betingelser for opnåelsen af den tilstræbte fordel, som er fastsat i det nævnte direktiv for så vidt angår denne ret, alene er opfyldt formelt (jf. analogt dom af 18.12.2014, Schoenimport »Ital-modà« Mariano Previti m.fl., C-131/13, C-163/13 og C-164/13, EU:C:2014:2455, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

120 Under sådanne omstændigheder skal medlemsstaterne derfor nægte at indrømme den fordel, der i det foreliggende tilfælde følger af direktiv 2003/49, i overensstemmelse med det generelle princip om forbud mod misbrug, hvorefter EU-retten ikke kan dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner (jf. i denne retning dom af 11.7.2018, Kommissionen mod Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, præmis 99).

121 Henset til konstateringen i nærværende doms præmis 111 er det ufornødent at besvare de forelæggende retters tredje spørgsmål, der nærmere bestemt vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som henviser til begrebet »retmæssig ejer«, kan udgøre et retsgrundlag til bekæmpelse af svig og misbrug inden for rammerne af direktiv 2003/49.

122 Henset til samtlige disse forhold skal det første spørgsmål, litra a)-c), og det andet spørgsmål, litra a) og b), i sag C-115/16, sag C-118/16, sag C-119/16 og sag C-299/16 besvares som følger:

- Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, sammenholdt med dette direktivs artikel 1, stk. 4, skal fortolkes således, at den fritagelse for enhver form for skat af rentebetalinger, der er fastsat heri, alene er forbeholdt sådanne renters retmæssige ejere, dvs. de enheder, som økonomisk set reelt modtager disse renter, og som derfor råder over beføjelsen til frit at fastlægge anvendelsen heraf.
- Det generelle EU-retlige princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skal fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole i tilfælde af svig eller misbrug skal nægte en skattepligtig person indrømmelsen af den fritagelse for enhver form for skat af rentebetalinger, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse.

Om det første spørgsmål, litra d)-f), i sag C-115/16, sag C-118/16 og sag C-119/16, det første spørgsmål, litra d) og e), i sag C-299/16, det fjerde

spørgsmål i sag C-115/16 og sag C-118/16, det femte spørgsmål i sag C-115/16, det sjette spørgsmål i sag C-118/16 og det fjerde spørgsmål i sag C-119/16 og sag C-299/16

123 Med det første spørgsmål, litra d)-f), i sag C-115/16, sag C-118/16 og sag C-119/16, det første spørgsmål, litra d) og e), i sag C-299/16 samt det fjerde spørgsmål i sag C-115/16 og sag C-118/16 ønsker de forelæggende retter nærmere bestemt oplyst, hvilke elementer der udgør retsmisbrug, og på hvilken måde det kan påvises, at disse elementer foreligger. De ønsker i denne sammenhæng navnlig oplyst, om der kan foreligge retsmisbrug, såfremt den retmæssige ejer af renter, der overføres af gennemstrømmingsselskaber, i sidste ende er et selskab med hjemsted i en tredje-stat, med hvilken den pågældende medlemsstat har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Med det femte spørgsmål i sag C-115/16, det syt-te spørgsmål i sag C-118/16 og det fjerde spørgsmål i sag C-119/16 og sag C-299/16 ønsker de forelæggende retter nærmere bestemt oplyst, om en medlemsstat, der nægter at anerkende et selskab i en anden medlemsstat som retmæssig ejer af renter, er forpligtet til at fastlægge, hvilket selskab medlemsstaten i givet fald anser for den retmæssige ejer.

Spørgsmålet om, hvilke elementer der udgør retsmisbrug, og de dertil hørende beviser

124 Som det fremgår af Domstolens praksis, kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug, dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel (dom af 14.12.2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 52 og 53, og af 12.3.2014, O. og B., C-456/12, EU:C:2014:135, præmis 58).

125 Det er således undersøgelsen af disse sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel (jf. i denne retning dom af 20.6.2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, præmis 47-49, af 13.3.2014, SICES m.fl., C-155/13, EU:C:2014:145, præmis 33, og af 14.4.2016, Cervati og Malvi, C-131/14, EU:C:2016:255, præmis 47).

126 Det tilkommer ikke Domstolen at vurdere de faktiske omstændigheder i hovedsagerne. Domstolen kan i en præjudiciel forelæggelsessag imidlertid i givet fald give de nationale domstole nærmere oplysninger med henblik på at vejlede dem ved bedømmelsen af de konkrete sager, som de skal pådømme. Selv om der i hovedsagerne foreligger en række holdepunkter, på baggrund af hvilke det ville kunne konkluderes, at der foreligger retsmisbrug, påhviler det ikke desto mindre de forelæggende retter at efterprøve, om disse holdepunkter er objektive og samstemmende, og om sagsøgerne i hovedsagerne har haft mulighed for føre modbevis.

127 En koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse, kan anses for et kunstigt arrangement. Dette er navnlig tilfældet, når betalingen af renteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en gennemstrømningsenhed mellem det selskab, som overfører renterne, og det selskab, som er renternes retmæssige ejer.

128 Det udgør således et holdepunkt for at antage, at der foreligger et arrangement, som har til formål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, at disse renter i deres helhed eller stort set i deres helhed ganske kort tid efter modtagelsen heraf viderefremmes af det selskab, som har modtaget dem, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktiv 2003/49, enten fordi disse enheder ikke er hjemmehørende i en medlemsstat, fordi de ikke er stiftet under en af de former, som er omfattet af bilaget til nævnte direktiv, fordi de ikke er omfattet af en af de skatter, der er opregnet i nævnte direktivs artikel 3, litra a), nr. iii), uden at være omfattet af en fritagelse, eller fordi de ikke har karakter af associeret selskab som omhandlet i samme direktivs artikel 3, litra b).

129 Enheder, hvis skattemæssige hjemsted er beliggende uden for EU, såsom de selskaber, der er omhandlet i sag C-119/16 og sag C-299/16, eller de kapitalfonde, der er omhandlet i sag C-115/16 og sag C-299/16, opfylder således ikke betingelserne for anvendelse af direktiv 2003/49. Såfremt renterne i disse sager var blevet betalt direkte af det danske selskab, der skyldte dem, til de modtagende enheder, som ifølge Skatteministeriet var renternes retmæssige ejere, ville Kongeriget Danmark have kunnet opkræve kildeskat.

130 Den kunstige karakter af et arrangement kan ligeledes underbygges ved, at den pågældende koncern er tilrettelagt således, at det selskab, der modtager de renter, der betales af debitorselskabet, selv skal betale disse renter til et tredje selskab, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af direktiv 2003/49, hvilket medfører, at dette selskab alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, når det opererer som gennemstrømningsselskab for at muliggøre pengestrømmen fra debitorselskabet til den enhed, som er de overførte beløbs retmæssige ejer.

131 Den omstændighed, at et selskab opererer som gennemstrømningsselskab, kan godtgøres, såfremt selskabets eneste aktivitet er at modtage renterne og videreoverføre dem til den retmæssige ejer eller til øvrige gennemstrømningsselskaber. Den manglende faktiske økonomiske aktivitet skal i denne henseende i lyset af de særlige kendetegn ved den pågældende økonomiske aktivitet udledes af en undersøgelse af samtlige relevante elementer vedrørende bl.a. driften af selskabet, dets regnskab, strukturen af selskabets omkostninger og de reelt afholdte udgifter, det personale, som selskabet beskæftiger, og de lokaler og udstyr, som det råder over.

132 Det kan endvidere udgøre et holdepunkt for, at der foreligger et kunstigt arrangement, at der findes forskellige kontrakter mellem de selskaber, der er involveret i de omhandlede finansielle transaktioner, som giver anledning til pengestrømme inden for koncernen, der – således som det er anført i artikel 4 i direktiv 2003/49 – kan have til formål, at der fra et modtagende erhvervsdrivende selskab overføres udbytte til aktionærenheder med henblik på at undgå at betale skat eller at nedsætte skattebyrden mest muligt. Derudover kan der findes holdepunkter for, at der foreligger et sådant arrangement, i fremgangsmåden for transaktionernes finansiering, i vurderingen af de mellemliggende selskabers egenkapital og i gennemstrømningsselskabernes manglende beføjelser til at råde økonomisk over de modtagne renter. I denne henseende er det ikke alene en kontraktuel eller juridisk forpligtelse for det selskab, der modtager renterne, til at videreformidle dem til tredjemand, der kan udgøre et sådant holdepunkt, men ligeledes den omstændighed, at dette selskab, uden at være bundet af en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse, »substantielt« – som anført af den forelæggende ret i sag C-115/16, sag C-118/16 og sag C-119/16 – ikke har rettighederne til at bruge og nyde disse midler.

133 Sådanne holdepunkter kan i øvrigt bestyrkes i tilfælde af sammenfald eller tidsmæssig nærhed mellem på den ene side ikrafttrædelsen af ny vigtig skattelovgivning, såsom den i hovedsagerne omhandlede danske lovgivning, som visse koncerner forsøger at omgå, og på den anden side

iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncern.

134 De forelæggende retter ønsker ligeledes nærmere bestemt oplyst, om der kan foreligge retsmisbrug, såfremt den retmæssige ejer af renter, der overføres af gennemstrømningsselskaber, i sidste ende er et selskab med hjemsted i en tredjestat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der ikke ville være blevet indeholdt kildeskat af renterne, såfremt de var blevet betalt direkte til det selskab, der er hjemmehørende i denne tredjestat.

135 I denne henseende er det ved undersøgelsen af koncernstrukturen uden betydning, at visse af de retmæssige ejere af de renter, som er blevet overført af gennemstrømningsselskaber, har deres skattemæssige hjemsted i en tredjestat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det skal således fastslås, at den omstændighed, at der findes en sådan overenskomst, ikke i sig selv kan udelukke, at der foreligger retsmisbrug. En overenskomst af denne art kan dermed ikke rejse tvivl om, at der foreligger et retsmisbrug, hvis dette er behørigt godtgjort på grundlag af samtlige de faktiske omstændigheder, som bevidner, at de erhvervsdrivende har udført rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse for enhver form for skat, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49.

136 Det skal hertil tilføjes, at mens en beskatning skal svare til en økonomisk realitet, kan den omstændighed, at der findes en dobbeltbeskatningsoverenskomst, ikke som sådan godtgøre realiteten af en betaling, der er foretaget til modtagere, som er hjemmehørende i den tredjestat, med hvilken denne overenskomst er indgået. Såfremt debitorselskabet for renterne ønsker at drage fordel af en sådan overenskomst, er det muligt for selskabet at betale disse renter direkte til de enheder, som har deres skattemæssige hjemsted i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

137 Når dette er sagt, kan det heller ikke udelukkes, såfremt der foreligger en situation, hvor renterne ville have været fritaget, hvis de var blevet overført direkte til det selskab, som har sit hjemsted i en tredjestat, at målet med koncernstrukturen ikke er udtryk for retsmisbrug. I et sådant tilfælde kan koncernens valg af en sådan struktur i stedet for direkte betaling af renterne til nævnte selskab ikke anfægtes.

138 Såfremt den retmæssige ejer af en rentebetaling har sit skattemæssige hjemsted i en tredjestat, er nægtelsen af den fritagelse, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, i øvrigt på ingen måde underlagt en konstatering af, at der foreligger svig eller retsmisbrug. Som det i det væsentlige er anført i nærværende doms præmis 86, har denne bestemmelse udelukkende til formål at skattefritage betalinger af renter, som er opstået i kildestaten, såfremt renternes retmæssige ejer er et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat

139 Henset til samtlige disse elementer skal det første spørgsmål, litra d)-f), i sag C-115/16, sag C-118/16 og sag C-119/16, det første spørgsmål, litra d) og e), i sag C-299/16 og det fjerde spørgsmål i sag C-115/16 og sag C-118/16 besvares med, at det med henblik på at bevise, at der foreligger retsmisbrug, kræves dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. Den omstændighed, at en række holdepunkter foreligger, kan godtgøre, at der foreligger retsmisbrug, forudsat at disse holdepunkter er objektive og samstemmende. Sådanne holdepunkter kan bl.a. være, at der findes gennemstrømningsselskaber, som ikke har nogen økonomisk begrundelse, og den rent formelle karakter af en koncerns struktur, af den finansielle konstruktion og af lån. Den omstændighed, at den medlemsstat, hvorfra renterne hidrører, har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den tredjestat, hvor det selskab, som er renternes retmæssige ejer, er hjemmehørende, er uden betydning for en eventuel konstatering af, at der foreligger retsmisbrug.

Bevisbyrden for, at der foreligger retsmisbrug

140 Som det fremgår af artikel 1, stk. 11 og 12, samt af artikel 1, stk. 13, litra b), i direktiv 2003/49, bemærkes, at kildestaten kan pålægge et selskab, som har modtaget renter, at godtgøre, at selskabet er renternes retmæssige ejer i den forstand, hvori dette begreb er blevet præciseret i nærværende doms præmis 122, første led.

141 Domstolen har i øvrigt mere generelt udtalt, at der intet er til hinder for, at de berørte skattemyndigheder afkræver den skattepligtige de beviser, som de finder nødvendige for at foretage en konkret ansættelse af de pågældende skatter og afgifter, og i givet fald afslår en anmodet fritagelse, hvis sådanne beviser ikke fremlægges (jf. i denne retning dom af

28.2.2013, Petersen og Petersen, C-544/11, EU:C:2013:124, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

142 Såfremt en skattemyndighed i kildestaten har til hensigt at nægte et selskab, som har betalt renter til et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, den fritagelse, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, med den begrundelse, at der foreligger retsmisbrug, tilkommer det deri-mod denne myndighed at godtgøre, at de elementer, som udgør et sådant misbrug, foreligger ved at tage hensyn til samtlige relevante forhold, bl.a. den omstændighed, at det selskab, til hvilket renterne er blevet betalt, ikke er renternes retmæssige ejer.

143 I denne henseende tilkommer det ikke en sådan myndighed at fastlægge disse renters retmæssige ejer, men at godtgøre, at den hævdede retmæssige ejer blot er et gennemstrømningsselskab, hvorigennem et retsmisbrug har fundet sted. Det kan nemlig vise sig umuligt at foretage en sådan fastlæggelse, navnlig eftersom de potentielle retmæssige ejere er ukendte. De nationale skattemyndigheder har ikke nødvendigvis de fornødne oplysninger med henblik på at kunne fastlægge disse retmæssige ejere, henset til kompleksiteten af visse finansielle konstruktioner og muligheden for, at de mellemliggende selskaber, der er involveret i konstruktionen, er hjemmehørende uden for EU. Det kan således ikke kræves, at disse myndigheder fremlægger beviser, som det vil være umuligt for dem at føre.

144 Selv hvis de potentielle retmæssige ejere er kendte, er det desuden ikke nødvendigvis fastlagt, hvilke af disse der er eller vil blive de reelle retmæssige ejere. Såfremt et selskab, der modtager renter, har et moderselskab, som også selv har et moderselskab, vil det således med al sandsynlighed være umuligt for skattemyndighederne og domstolene i kildestaten at fastlægge, hvilket af disse to moderselskaber der er eller vil blive renternes retmæssige ejer. Der vil derudover kunne blive truffet beslutning om anvendelsen af disse renter efter skattemyndighedernes konstateringer vedrørende gennemstrømningsselskabet.

145 Det femte spørgsmål i sag C-115/16, det sjette spørgsmål i sag C-118/16 og det fjerde spørgsmål i sag C-119/16 og sag C-299/16 skal følgelig besvares med, at en national myndighed med henblik på at nægte at anerkende et selskab som retmæssig ejer af renter eller med henblik på at fastslå, at der foreligger retsmisbrug, ikke er forpligtet til at fastlægge, hvilken enhed eller hvilke enheder myndigheden anser for disse renters retmæssige ejer.”

Retsgrundlaget

Selskabsskatteloven

Lovbekendtgørelse nr. 1125 af 21. november 2005 af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber mv. (Selskabsskatteloven)

Lovbekendtgørelsens § 2, stk. 1, litra d, var affattet således:

” § 2. Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger m.v. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de

...

d) oppebærer renter fra kilder her i landet vedrørende gæld, som et selskab eller en forening m.v. omfattet af § 1 eller litra a har til udenlandske juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B (kontrolleret gæld). Dette gælder dog ikke for renter af fordringer, som er knyttet til et fast driftssted omfattet af litra a.

Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende. Dette gælder dog kun, hvis det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i dette direktiv i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge. ... ”

Ved lov nr. 308 af 19. april 2006 udgik ordet ”udenlandske” af § 2, stk. 1, litra d, 1. pkt., der herefter omfattede både danske og udenlandske modtagere.

Bestemmelsen, som affattet i lovbekendtgørelse nr. 1125 af 21. november 2005 blev indsat i selskabsskatteloven ved lov nr. 221 af 31. marts 2004. Af forarbejderne, lovforslag nr. L 119 af 17. december 2003, fremgår bl.a.:

”ALMINDELIGE BEMÆRKNINGER

1. Lovforslagets formål

Formålet med lovforslaget er

...

at gennemføre bestemmelserne i EU's rente-/royaltydirektiv,

...

at begrænse mulighederne for skatteplanlægning ved fradrag for koncerninterne renter, når det modtagende koncernselskab betaler ingen eller meget lidt i skat af de renter, der er fratrukket ved opgørelsen af dansk skattepligtig indkomst,

...

Lovforslagets indhold

...

4.3.3. Begrænset skattepligt af visse koncerninterne lån

Det foreslås, at fradragsretten for udgifter afholdt af et dansk selskab m.v. eller et fast driftssted i Danmark bortfalder, såfremt betalingen vedr. udgifterne efter udenlandske regler betragtes som koncerninterne skattefrie betalinger. Herud-

over foreslås det, at rentebetalinger vedr. koncerninterne lån til selskaber i lande, som Danmark ikke har dobbeltbeskatningsaftaler med, beskattes gennem indeholdelse af en skat på 30 pct. Provenumæssigt har disse regler karakter af værns-regler, som vil forhindre en utilsigtet udhuling af grundlaget for selskabsskat og kulbrinteskate i Danmark.

...

Bemærkninger til de enkelte bestemmelser

...

Til § 10

Til nr. 1

Forslaget vedrører ændringer vedr. koncerninterne lån og forslaget om gennemførelse af rente-/royaltydirektivet i dansk skattelovgivning.

Det *foreslås* at indsætte en ny bestemmelse som litra d i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, om begrænset skattepligt af koncerninterne renter. Formålet med bestemmelsen er at imødegå, at et dansk selskab m.v. nedsætter den danske beskatning ved at reducere den skattepligtige indkomst gennem rentebetalinger til visse finansielle selskaber i lavskatte-lande, hvis det udenlandske selskab m.v. kontrollerer det danske selskab m.v.

...

Udgangspunktet i den foreslåede § 2, stk. 1, litra d, 1. pkt. er, at den begrænsede skattepligt af renter alene skal omfatte renter af kontrolleret gæld, dvs. hvor det betalende og det modtagende selskab m.v. er koncernforbundet, som defineret i skattekontrollovens § 3 B.

Det foreslås dog i 2.-6. pkt., at den begrænsede skattepligt af renter ikke skal omfatte en række tilfælde, hvor det udenlandske selskab, der modtager renterne,

...

b. er omfattet af EU's rente-/royaltydirektiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den virkning, at beskatningen skal frafalde eller nedsættes, eller

...

b. Den begrænsede skattepligt skal ikke omfatte renter, som er omfattet af rente-/royaltydirektivet eller af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og Færøerne, Grønland eller det land, hvor det modtagende selskab er hjemmehørende, med den virkning, at beskatningen af renterne skal frafalde eller nedsættes, jf. 3. pkt.

For det første betyder det, at den begrænsede skattepligt ikke omfatter et selskab, der er hjemmehørende i et andet EU-land, hvis rente-/royaltydirektivets betingelser er opfyldt.

...

For det andet betyder det, at den begrænsede skattepligt ikke skal omfatte rentebetalinger til et udenlandsk selskab, der er hjemmehørende i Færøerne, Grønland eller et andet land, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvis overenskomsten medfører, at Danmark skal frafalde eller nedsætte beskatningen af renterne.

Det er dansk politik ikke at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med skattejurisdiktioner eller andre lavskatte-lande. Formålet med dobbeltbeskat-

ningsoverenskomster er især at undgå international dobbeltbeskatning, så der er ikke noget særligt behov for at indgå overenskomster med sådanne lande.”

Den 17. februar 2004 besvarede skatteministeren en henvendelse fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer til Folketingets Skatteudvalg vedrørende oven-nævnte lovforslag således (L119 – bilag 16):

”1. Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d

FSR kritiserer den foreslåede kildeskat på rentebetalinger til visse udenlandske finansielle selskaber.

...

FSR henviser til, at flere af de lande, Danmark normalt sammenligner sig med, ikke har kildeskat på renter. Det gælder f.eks. for Sverige.

FSR er tvivlende overfor, om renteskatten får den ønskede virkning, når ikke alle EU-lande har en tilsvarende lovgivning.

Kommentar:

...

Der er ingen grund til at undlade at beskatte koncerninterne rentebetalinger her fra landet til rene skattely-selskaber, hvis formål er skattefri opsamling af renter, som andre koncernselskaber har fået fradrag for.

Det er rigtigt, at nogle EU-lande ikke har kildeskat på rentebetalinger til uden-landske modtagere.

Det er heller ikke dansk skattepolitik at beskatte renter, som betales her fra landet til udenlandske rentemodtagere. Det ville blot fordyre dansk erhvervslivs låne-optagelse af forretningsmæssigt begrundet gæld.

Imidlertid er det nødvendigt at begrænse mulighederne for skatteplanlægning ved, at dansk beskatning nedsættes ved koncerninterne rentebetalinger til et udenlandsk koncernselskab, som betaler ingen eller meget lav skat af de mod-tagne renter.

Den foreslåede kildeskat på renter er derfor målrettet, så den ikke omfatter alle rentebetalinger til udlandet. Kildeskatten gælder kun for rentebetalinger til visse finansielle selskaber i lande, som ikke er omfattet af EU's rente-/royaltydirektiv eller ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der pålægger Danmark at nedsætte dansk skat af rentebetalinger til det pågældende land.

...

Det åbner ganske vist risiko for, at f.eks. et dansk selskab kan søge at omgå kilde-skatten på rentebetalinger til et finansielt selskab i et lavskatte-land ved at betale renterne til et selskab i et andet land, som er omfattet af EU's rente-/royaltydirektiv eller en dansk dobbeltbeskatningsoverenskomst, og som ikke har kildeskat på rentebetalinger til udenlandske rentemodtagere, hvorefter dette sel-skab 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 rentebetalingen 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 dobbeltbeskatningsoverenskomster giver også en stat mulighed for at undlade at anvende en overenskomst i særlige tilfælde, jf. afsnittet om misbrug af overenskomsten i bemærkningerne til model-lens artikel 1.

...

Hvis f.eks. et dansk selskab betaler renter til et finansielt selskab i et lavskatte-land via et selskab i et andet land, som er omfattet af EU's rente-/royaltydirektiv eller en dansk dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil skattemyndighederne efter en konkret realitetsbedømmelse kunne lægge til grund, at renterne ikke er omfattet af direktivet eller overenskomsten."

Den 22. marts 2004 besvarede skatteministeren en række spørgsmål til Folke-tingets Skatteudvalg vedrørende ovennævnte lovforslag således (L119 – bilag 71):

”...

Spørgsmål 54. Kan ministeren bekræfte, at også efter de seneste ændringer i reglerne for holdingselskaber, og efter vedtagelsen af nærværende lovforslag, vil det være sådan, at udlodninger og rentebetalinger til holdingselskaber på Cypern vil være skattefri (det vil sige uden dansk udbytte skat), selv om der ikke på Cypern vil ske beskatning af renter og udbytte?

Svar: For så vidt angår udbytter, medfører selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, at Danmark som hovedregel beskatter et udenlandsk selskab af udbytte fra et dansk selskab med 28 pct. af udbyttets bruttobeløb. Efter samme regel beskatter Danmark dog ikke et udenlandsk moderselskab af udbyttet, hvis beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter EU's moder/datterselskabsdirektiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 10 kan Danmark beskatte udbytte, som et dansk selskab udlodder til et selskab på Cypern. Hvis det cypriotiske selskab ejer mindst 25 pct. af det danske selskab, må den danske skat dog ikke overstige 10 pct. af udbyttets bruttobeløb. I andre tilfælde må skatten ikke overstige 15 pct.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten medfører altså, at Danmark skal nedsætte beskatningen af udbytte fra et dansk selskab til et moderselskab på Cypern. Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, medfører så, at Danmark ikke beskatter udbyttet.

Nærværende lovforslag påvirker ikke selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. For så vidt angår renter, har Danmark hidtil ikke haft regler om beskatning af renter, som et udenlandsk selskab modtager fra en person eller et selskab her i landet.

Efter nærværende lovforslag indsættes der en ny regel i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, hvorefter Danmark i fremtiden beskatter et udenlandsk selskab af renter, som det modtager fra et dansk selskab, med 30 pct. af renternes bruttoløb, hvis visse betingelser i denne regel er opfyldt. Efter den samme regel beskatter Danmark dog ikke et udenlandsk moderselskab af renter, hvis beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter EU's rente-/royaltydirektiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Efter den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11 kan Danmark beskatte renter, som et selskab på Cypern modtager fra kilder her i landet. Den danske skat må dog ikke overstige 10 pct. af rentemes bruttoløb.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten medfører altså, at Danmark skal nedsætte beskatningen af renter, som et selskab på Cypern modtager fra kilder her i landet. Den foreslåede regler i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, medfører så, at Danmark ikke beskatter renterne.

Cypern bliver i den nærmeste fremtid medlem af EU. Dette vil medføre, at Danmark vil skulle frafalde beskatningen af udbytter og renter efter dels moder-/datterselskabsdirektivet og dels rente-/royaltydirektivet, herefter vil Danmark ikke opkræve kildeskat, selvom Danmark måtte ønske at gøre dette. Endelig skal det bemærkes, at den danske statskasse så vidt jeg kan se ikke lider noget prove-nutab ved, at der er placeret gennemstrømningsselskaber i Danmark.”

Skattekontrolloven § 3 B

Bestemmelsen var i lovbekendtgørelse nr. 1126 af 24. november 2005 affattet således:

”§ 3 B. Skattepligtige,

- 1) hvorover fysiske eller juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse, 2) der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer, 3) der er koncernforbundet med en juridisk person,
- 4) der har et fast driftssted beliggende i udlandet, eller
- 5) der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark, skal i selvangivelsen afgive oplysninger om art og omfang af handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med ovennævnte fysiske og juridiske perso-

ner og faste driftssteder (kontrollerede transaktioner). § 1, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 2 Ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne. Ved bedømmelsen af, om den skattepligtige anses for at have bestemmende indflydelse på en juridisk person, eller om der udøves en bestemmende indflydelse over den skattepligtige af en juridisk eller fysisk person, medregnes aktier og stemmerettigheder, som indehaves af koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 2, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truste stiftet af disse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af en person omfattet af kildeskattelovens § 1 eller et dødsbo omfattet af dødsboskatte-lovens § 1, stk. 2, i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller truste stiftet af disse. Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med oprindeligt slægtskabsforhold.

Stk.3. Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af aktionærer har bestemmende indflydelse.
...

Ved lov nr. 308 af 19. april 2006, der trådte i kraft den 1. maj 2006, blev der efter i § 3 B, stk. 1, efter 1. pkt. indsat følgende:

”Med juridiske personer i nr. 1 sidestilles selskaber og foreninger m.v., der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt.”

Ved samme lov blev § 3 B, stk. 3, affattet således:

”Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller hvor der er fælles ledelse.”

Af lovforslag nr. 116 af 14. december 2005, der lå til grund for lov nr. 308 af 19. april 2006, fremgår bl.a.:

”A. Justering af koncerndefinitionen i diverse værnsregler

1. Baggrund for forslaget

I de senere år har flere danske og udenlandske kapitalfonde opkøbt danske koncerner. Opkøbet foretages gennem et til lejligheden oprettet dansk holdingselskab - eventuelt med en høj grad af lånefinansiering og dermed betydelige renteudgifter i det danske holdingselskab/targetselskab. Herved nedbringes umiddelbart den skattepligtige indkomst i Danmark i den pågældende koncern.

Kapitalfondene (private equity fondene) er typisk organiseret som kommandit-selskaber. Ifølge dansk skatteret betragtes kommanditselskaber ikke som selvstændige skattesubjekter, men som skattemæssigt transparente enheder. Det er dermed de enkelte deltagere, der er skattepligtige. Det indebærer, at de danske værneregler vedrørende tynd kapitalisering, armslængdeprincippet og kildeskat på renter til skattelylande, der har til formål at begrænse skatteplanlægning vedrørende gæld til koncernforbundne selskaber (kontrolleret gæld), ikke kan anvendes.

Årsagen er, at kapitalfonden ikke er et selvstændigt skattesubjekt og at ingen af investorerne ejer mere end 50 pct. af kapitalen/stemmerne i holdingselskabet. De gældende værneregler forudsætter nemlig, at én skattepligtig (eller tilsvarende udenlandsk enhed) ejer mere end 50 pct. af kapitalen/stemmerne (direkte eller indirekte).

De gældende regler for kontrolleret gæld, hvis formål er at begrænse mulighederne for skatteminimering i internationale koncerner, er derfor ikke anvendelige på kapitalfonde.

Det foreslås, at de skattetransparente enheder i forhold til værnereglerne om transfer pricing og tynd kapitalisering m.fl. sidestilles med selvstændige skattesubjekter. Dette medfører, at transaktioner mellem en kapitalfond og dets datterselskab er omfattet af transfer pricing reglerne, samt at gæld fra kapitalfonden anses for at være koncernintern gæld i reglerne om tynd kapitalisering og kildeskat på renter, selvom kapitalfonden ikke er et selvstændigt skattesubjekt. Kapitalfondene sidestilles dermed med blandt andre aktieselskaber.

Konsekvensen af, at kapitalfondene i de nuværende regler ikke er omfattet af værnereglerne, er bl.a., at der ikke sker indeholdelse af kildeskat på renter og kursgevinster, der udbetales til kapitalfonden. Rentebetalingen anses nemlig for at være udbetalt direkte til investorerne. Disse er hver for sig ikke omfattet af værnereglen, idet de ejer mindre end 50 pct. af kapitalen/stemmerne i det rentebetalende selskab.

Dette betyder, at følgende scenario er muligt:

- Der oprettes et holdingselskab i Danmark. Holdingselskabet, som lånefinansieres af kapitalfonden, står for købet af aktierne i det danske selskab (target-selskabet).
- Holdingselskabet og det danske targetselskab sambeskattes, hvorved holdingselskabets renteudgifter modregnes i targetselskabets skattepligtige indkomst.

- Kapitalfonden er beliggende i et skattelyland, som Danmark ikke har og heller ikke kan forventes at få en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Kapitalfonden beskattes ikke eller beskattes meget lempeligt i skattelyet. Endvidere udveksler dette skattelyland ikke oplysninger om, hvem investorerne i kapitalfonden er, til de lande, hvor investorerne er hjemmehørende.

Hvis kapitalfonden i stedet havde været et selvstændigt skattesubjekt, ville der skulle indeholdes kildeskat på alle rentebetalinger til kapitalfonde beliggende i lande, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Denne kildeskat skal forhindre, at det rentemodtagende udenlandske selskab slipper for beskatning eller beskattes meget lempeligt, samtidigt med at Danmark giver det rentebetalende selskab fradrag for renteudgifterne.

Med den foreslåede ændring sikres det, at der indeholdes kildeskat af rentebetalingerne til kapitalfonden, i det omfang investorerne er selskaber mv. og er hjemmehørende i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

...

Der foreslås en ændring af koncerndefinitionen i værnreglerne om transfer pricing, tynd kapitalisering, kildeskat på koncerninterne renter og kildeskat på koncerninterne kursgevinster, således at gæld til transparente enheder, som f.eks. kommanditselskaber, anses for kontrolleret gæld på samme måde, som hvis den udenlandske långiver var et selskab. Konkret indføres et kriterium, hvorefter selskaber og foreninger, der ikke anses for at være selvstændige skattesubjekter, omfattes af værnbestemmelserne, når de udøver bestemmende indflydelse over en skattepligtig og når deres forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt.

...

Økonomiske konsekvenser for det offentlige

1. Justering af koncerndefinition i diverse værnregler.

De foreslåede ændringer i koncerndefinitionen, således at transparente selskaber med fælles ledelse bliver anset som koncernforbundne, begrænser mulighederne for at omgå en række værnregler i skattelovgivningen. Forslaget vil derfor forhindre et utilsigtet provenutab.

...

Det foreslås endvidere, at såfremt de transparente selskaber har fælles ledelse, så skal de transparente selskaber anses for koncernforbundne. Dette skal sikre, at den foreslåede bestemmelse også finder anvendelse i de tilfælde, hvor et opkøb af et dansk selskab foretages af flere kapitalfonde, som har fælles ledelse. Forslaget skal ses i sammenhæng med, at komplementaren (eller et af denne indsat management-selskab) har ledelses- og beslutningsretten i kommanditselskabet, således at kun meget væsentlige og indgribende beslutninger kræver godkendelse fra kommanditisterne.

...

Bestemmelsen om fælles ledelse vil eksempelvis finde anvendelse, når administratoren (eksempelvis komplementaren i et kommanditselskab eller et management-selskab) er den samme i flere kapitalfonde eller når der er tale om forskellige administratorer, men disse administratorer er koncernforbundne/nærtstående.

...

Med ændringen af koncerndefinitionen i skattekontrollovens § 3 B indføres der som udgangspunkt kildebeskatning af renter og kursgevinster, når kreditor er et kommanditselskab mv. og kommanditisterne er hjemmehørende i udlandet.

Ændringen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, medfører, at der er kildeskat på rentebetalingerne, uanset om kommanditselskabet mv. er dansk eller udenlandsk.

...

Den begrænsede skattepligt omfatter imidlertid alene selskaber og foreninger mv. som nævnt i selskabsskattelovens § 1, der har hjemsted i udlandet, jf. således indledningen i selskabsskattelovens § 2. Den begrænsede skattepligt omfatter således ikke kommanditister, der er fysiske personer. Den omfatter heller ikke fysiske og juridiske personer, der er hjemmehørende i Danmark.

...

Rentebetaleren skal således indeholde kildeskat af renter betalt til et kommanditselskab, når der i ejerkredsen findes begrænsede skattepligtige, dvs. selskaber og foreninger mv. hjemmehørende i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Der skal kun indeholdes kildeskat af den del af rentebetalingen, der svarer til de begrænsede skattepligtiges ejerandel.”

Af skatteministerens besvarelse af 3. marts 2006 til Folketingets Skatteudvalg vedrørende ovennævnte lovforslag nr. 116 af 14. december 2005 fremgår bl.a. (L116 – bilag 7):

”**FSR:** FSR [Foreningen af Statsautoriserede Revisorer] er bekendt med, at nogle få andre lande har kildeskat på renter. I disse tilfælde foretages kapitalfondenes aktie- og låneinvesteringer via holdingselskaber i andre EU-lande, f.eks. Luxembourg.

Dette vil antageligt også blive situationen, hvis Danmark indfører kildeskat på renter. Konsekvensen vil herefter være, at rentebetalingen vil være omfattet af tynd kapitalisering. Yderligere vil konsekvensen være, at der løbende kan udloddes udbytter, hvilket i dag netop ikke sker, fordi Danmark har kuponskat på udbytter.

Kommentar: Den begrænsede skattepligt for renter efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, omfatter udenlandske selskaber, der oppebærer koncerninterne renter fra Danmark. Denne begrænsede skattepligt bortfalder, hvis beskatningen af renterne skal frafalde eller nedsættes efter rente-/royalty direktivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

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

Kildebeskatningen af renterne skal nemlig kun frafalder 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 forde-le kan endvidere nægtes anvendt i tilfælde af transaktioner, der har skatteund-dragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde.

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

Af betænkning afgivet af Folketingets Skatteudvalg den 22. marts 2006 efter 1. behandlingen af ovennævnte lovforslag fremgår bl.a.:

”§ 3 B, stk. 3, affattes således:

»Stk. 3. Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller hvor der er fælles ledelse.««

[Udvidelse af definitionen på bestemmende indflydelse i transfer pricing-reglerne m.m., således at den omfatter aftaler om fælles bestemmende indflydel-se og udvidelse af definitionen på koncernforbundne juridiske personer i transfer pricing-reglerne m.m., således at den tillige omfatter juridiske personer med fæl-les ledelse.]

...

Bemærkninger

...

Til nr. 6.

...

Hvis flere opkøbende kapitalfonde i detaljeret grad aftaler, hvordan det opkøbte selskab i fremtiden skal ledes, agerer de som en samlet enhed. Der ses ikke at væ-re forskel på denne situation og den situation, hvor de opkøbende kapitalfonde opretter et fælles interessentselskab med henblik på opkøbet. Sidstnævnte situa-tion er omfattet af forslaget, førstnævnte situation bør derfor også omfattes af forslaget.

Det foreslås derfor, at når det skal bedømmes, om en kapitalfond har bestem-mende indflydelse i et selskab, medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem kapitalfonden har en aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse. Samtidig foreslås det, at bestemmelsen li-geledes skal gælde for selvstændige selskabsskattesubjekter så som aktieselska-

ber. Transfer pricing-reglerne m.fl. vil dermed få virkning, hvis to selskaber har aftalt fælles bestemmende indflydelse i et selskab, som de ejer (50/50).

Bestemmelsen vil alene finde anvendelse, når der foreligger en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Bestemmelsen medfører ikke, at selskabsdeltagerne indbyrdes er koncernforbundne. Bestemmelsen medfører alene, at selskabsdeltagerne anses for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab. Såvel direkte som indirekte selskabsdeltagere vil blive anset for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab. Det er således ikke muligt at undgå at blive omfattet af bestemmelsen ved at indskyde et mellemliggende holdingselskab.

Bestemmelsen vil således finde anvendelse på så vel kapitalfondene som mellemholdingselskaber, når to kapitalfonde med hvert sit mellemholdingselskab har aftalt udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Dette vil gælde, uanset om aftalen er indgået mellem kapitalfondene eller mellem mellemholdingselskaberne.

Det vil bero på en konkret vurdering af den foreliggende aftale, om der foreligger en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. I denne vurdering kan indgå, om aftalen medfører

- fælles råden over flertallet af stemmerettigheder,
- fælles udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets øverste ledelsesorgan eller
- fælles bestemmende indflydelse overs selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse.

Kapitalfonde, der foretager en fælles investering, vil ofte aftale fælles bestemmende indflydelse. De deltagende kapitalfonde vil således i forbindelse med den fælles investering typisk aftale fælles retningslinjer på en række områder, f.eks. i form af en aktionæroverenskomst. Disse kan eksempelvis være følgende:

- Krav til minimumsinvestering/ejerandel og eventuelt om deltagelse i fremtidige kapitalforhøjelser for at finansiere yderligere opkøb.
- Ret til at kunne kræve at sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær og pligt til at skulle sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (så-kaldt tag along & drag along).
- Enighed om den fælles strategi med investeringen (investeringshorisont, eventuel foretrukken exitmåde).
- Aftale om fælles udpegning af bestyrelsesmedlemmer og bestyrelsens virke (bestemmelser, som typisk forekommer i bestyrelsens forretningsorden om møder, quorum, flertalsregler, krav til kvalificerede flertal i visse beslutninger m.v.).
- Retningslinjer for strategien for den købte virksomhed.

En aktionæroverenskomst er ikke i sig selv tilstrækkelig til at fastslå, at der er indgået en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Visse aktionæroverenskomster indeholder eksempelvis bestemmelser om forkøbsret ved salg og bestemmelser om begrænsninger i pantsætningsadgangen. Sådanne bestemmelser medfører ikke i sig selv, at der udøves fælles bestemmende indflydelse.

Der vil i situationerne med fælles bestemmende indflydelse være tale om, at selskaberne eller kapitalfondene er uafhængige på en lang række punkter. De vil

have forskellige investorkredse, ledelser, investeringsprofiler, forretningsstrategier og skattemæssige positioner, ligesom de meget vel hver for sig kan have investeringer i konkurrerende virksomheder. Før en konkret investering foretages, vil der ofte ikke være kontraktlige forpligtelser selskaberne og fondene imellem.

...

Til nr. 12

Der kan henvises til de tilsvarende ændringsforslag vedrørende ligningslovens § 2 (ændringsforslag nr. 6).”

Rente-/royaltydirektivet

Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (rente-/royaltydirektivet)

Direktivet bestemmer:

”Artikel 1

Anvendelsesområde og procedure

1. Betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er et selskab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat.

...

4. Et selskab i en medlemsstat anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person.

...

7. Denne artikel finder kun anvendelse, hvis det selskab, der er betaleren, eller det selskab, hvis faste driftssted anses for at være betaleren af renter eller royalties, er et selskab, som er associeret med det selskab, der er den retmæssige ejer, eller hvis faste driftssted anses for at være den retmæssige ejer af disse renter eller royalties.

...

Artikel 5

Svig og misbrug

1. Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.

2. Medlemsstaterne kan tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde.”

Dobbelbeskatningsoverenskomster

Wienerkonventionen

Danmark har ratificeret Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten. Traktaten indeholder i artikel 31 følgende almindelig regel om fortolkning:

”1. En traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål.

2. Med henblik på fortolkningen af en traktat indgår sammenhængen foruden selve teksten inklusive præambelen og bilag:

- (a) enhver aftale vedrørende traktaten, som er indgået mellem samtlige deltagere i forbindelse med traktatens indgåelse;
- (b) ethvert dokument, som er udarbejdet af en eller flere deltagere i forbindelse med traktatens indgåelse og godkendt af de øvrige deltagere som et dokument i tilknytning til traktaten.

3. Jævnside med sammenhængen skal der tages hensyn til:

- (a) en eventuel efterfølgende aftale mellem deltagerne vedrørende traktatens fortolkning eller anvendelse af dens bestemmelser;
- (b) enhver efterfølgende praksis vedrørende traktatens anvendelse, som fastslår en enighed mellem deltagerne vedrørende dens fortolkning;
- (c) enhver relevant folkeretlig retsregel, som finder anvendelse i forholdet mellem deltagerne.

4. Der skal tillægges et udtryk en særlig betydning, hvis det er godtgjort, at dette var deltagernes hensigt.”

Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Overenskomst af 23. september 1996 mellem de nordiske lande til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter bestemmer bl.a.:

”Artikel 3
Almindelige definitioner

...

2. Ved en kontraherende stats anvendelse af overenskomsten skal til enhver tid ethvert udtryk, som ikke er defineret deri, medmindre andet følger af sammenhængen, tillægges den betydning, som det har på dette tidspunkt i henhold til denne stats lovgivning om de skatter, på hvilke overenskomsten finder anvendelse, og den betydning som udtrykket har i skattelovgivningen i denne stat skal

gå forud for den betydning udtrykket måtte være tillagt i denne stats anden lov-givning.

...

Artikel 11

Renter

1. Renter, der hidrører fra en kontraherende stat, og som betales til en i en anden kontraherende stat hjemmehørende person, kan kun beskattes i denne anden stat, hvis denne person er den retmæssige ejer af renterne.”

Overenskomst med Luxembourg

Overenskomst af 17. november 1980 med Luxembourg til undgåelse af dobbeltbeskatning og til fastsættelse af bestemmelser om gensidig administrativ bi-stand for så vidt angår indkomst- og formueskatter bestemmer bl.a.:

”Artikel 3

Almindelige definitioner

...

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

...

Artikel 11

Renter

1. Renter, der hidrører fra en kontraherende stat og betales til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan, hvis denne person er renternes retmæssige ejer, kun beskattes i denne anden stat.

...

SLUTPROTOKOL

Ved underskrivelsen af overenskomsten mellem Kongeriget Danmark og Storhertugdømmet Luxembourg til undgåelse af dobbeltbeskatning og til fastsættelse af bestemmelser om gensidig administrativ bistand for så vidt angår indkomst- og formueskatter er undertegnede befuldmægtigede blevet enige om følgende bestemmelser, som skal udgøre en integrerende del af overenskomsten:

§ 1. Holdingselskaber

Ad artikel 1, 3 og 4:

Denne overenskomst finder ikke anvendelse på holdingselskaber som omfattet af den særlige luxembourgske lovgivning, for tiden loven af 31. juli 1929 og storhertugens forordning af 17. december 1938 (sat i kraft ved § 1, 7o, stykke 1 og 2, i loven af 27. december 1937). Overenskomsten finder heller ikke anvendelse på indkomst, som en person, der er hjemmehørende i Danmark, oppebærer fra så-danne selskaber, og heller ikke på aktier eller andre kapitalbeviser i selskaber af denne art, som en sådan person er ejer af.”

Af OECD's model for dobbeltbeskatningsoverenskomst vedrørende indkomst og formue (1977) fremgår bl.a.:

”Artikel 1

De af overenskomsten omfattede personer

Denne overenskomst skal finde anvendelse på personer, der hjemmehørende i en af eller begge de kontraherende stater.

...

Artikel 3

Almindelige definitioner

...

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

...

Artikel 10

Udbytte

1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraheren-de 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 lov-givningen i denne stat, men den skat der pålignes må, såfremt modtageren er udbyttets retmæssige ejer, ikke overstige:

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

...

Artikel 11

Renter

1. Renter, der hidrører fra en kontraherende stat og betales til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, kan beskattes i denne anden stat.

2. Sådant rente kan imidlertid også beskattes i den kontraherende stat, hvorfra den hidrører, og i overensstemmelse med lovgivningen i denne stat, men den skat der pålignes må, såfremt modtageren er rentebeløbets retmæssige ejer, ikke overstige 10 pct. af bruttobeløbet af renten. De kontraherende staters kompetente myndigheder skal ved gensidig aftale fastsætte de nærmere regler for gennemfø-relsen af denne begrænsning.

...”

Af OECD's kommentarer hertil fremgår bl.a.:

”MISBRUG AF OVERENSKOMSTEN

7. Formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster er, ved fjernelse af international dobbeltbeskatning, at fremme udvekslingen af varer og tjenesteydelser og kapitalens og fysiske og juridiske personers bevægelighed. De bør imidlertid ikke hjælpe til skatteunddragelse eller skatteflugt. Det er vel rigtigt, at skatteydere, bortset fra dobbeltbeskatningsoverenskomster, har den mulighed at udnytte forskelle i skatteniveauer mellem staterne og de skattefordele, der følger af forskellige landes skattelove, men det tilkommer de berørte stater at vedtage bestemmelser i deres nationale lovgivning for at modvirke mulige kunstgreb. Sådanne stater vil følgelig i deres tosidede dobbeltbeskatningsoverenskomster ønske at bevare anvendelsen af sådanne bestemmelser i deres nationale love.

8. Derudover forstærker udvidelsen af netværket af dobbeltbeskatningsoverenskomster sådanne kunstgrebs virkning ved gennem dannelsen af sædvanligvis kunstfærdige juridiske konstruktioner at gøre det muligt at drage fordel både af de fordele, der følger af visse nationale love, og af de skattelempelser, der følger af dobbeltbeskatningsoverenskomster.

9. Dette ville f.eks. være tilfældet, hvis en person (uanset om denne er hjemmehørende i en kontraherende stat eller ej) disponerede via en juridisk sammenslutning, der er dannet i en stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til overenskomsten, som ikke ville kunne opnås af personen direkte. Et andet tilfælde ville være, hvor en fysisk person i en kontraherende stat har såvel fast bolig som alle sine økonomiske interesser, herunder væsentlig andel i et selskab i den anden stat, og som, væsentligst for at sælge andelen og undgå beskatning af kapitalgevinster i denne stat ved salget (som følge af artikel 13, stk. 4), overførte sin faste bolig til den anden kontraherende stat, hvor sådanne gevinster var undergivet lav eller ingen beskatning.

10. Nogle af disse situationer behandles i overenskomsten, f.eks. ved at indføre begrebet "retmæssig ejer" (i artiklerne 10, 11 og 12) og særlige bestemmelser for de såkaldte artistselskaber (artikel 17, stk. 2). Sådanne problemer nævnes også i kommentarerne til artikel 10 (pkt. 17 og 22), artikel 11 (pkt. 12) og artikel 12 (pkt. 7). Det kan være hensigtsmæssigt for kontraherende stater, at de i tosidede forhandlinger opnår enighed om, at skattelempelse ikke finder anvendelse i visse tilfælde, eller at opnå enighed om, at anvendelsen af nationale love mod skatteunddragelse ikke berøres af overenskomsten.

...

KOMMENTAR TIL ARTIKEL 11 OM BESKATNING AF RENTER

...

8. Efter stk. 2 finder begrænsningen af beskatning 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 klare, kan frit gøre det under bilaterale forhandlinger.

...

10. Stykket bestemmer ikke, om lempelsen i kildestaten skal være afhængig af, om renterne beskattes i bopælsstaten. Dette spørgsmål kan afgøres ved bilaterale forhandlinger.”

OECD's modeloverenskomst af 2003 artikel 10 og 11 indeholdt stort set enslydende bestemmelser. Af kommentarerne hertil fremgår bl.a.:

”Misbrug af overenskomsten

...

9.6 Muligheden for at anvende generelle antimisbrugsbestemmelser betyder ikke, at der ikke i skatteaftaler er behov for indsættelsen af specifikke bestemmelser, der har til formål at hindre særlige former for skatteundgåelse. Når særlige teknikker for skatteundgåelse er identificeret eller hvor anvendelsen af sådanne teknikker er særlig problemfyldt, vil det ofte være nyttigt i overenskomsten at indsætte bestemmelser, der fokuserer direkte på den relevante undgåelsesstrategi. Dette vil også være nødvendigt i tilfælde, hvor en stat, der går ind for det synspunkt, der er beskrevet i pkt. 9.2 ovenfor, er af den opfattelse, at dens nationale lovgivning mangler de anti-misbrugsregler eller principper, der er nødvendige for på rette måde at imødegå en sådan strategi.

10. Nogle former for skatteundgåelse er f.eks. allerede udtrykkeligt behandlet i overenskomsten, f.eks. ved indførelsen af begrebet “retmæssig ejer” (i art. 10, 11 og 12) og i særlige bestemmelser såsom art. 17, stk. 2, der omhandler de såkaldte artistselskaber. Sådanne problemer nævnes også i kommentarerne til art. 10 (pkt. 17 og 22), art. 11 (pkt. 12) og art. 12 (pkt. 7).

...

OECD's kommentar til artikel 3 om almindelige definitioner

...

12. Stk. 2 angiver imidlertid nærmere, at det kun finder anvendelse, hvis en anden fortolkning ikke følger af sammenhængen. Sammenhængen udgøres især af de kontraherende staters intentioner ved undertegnelsen af overenskomsten såvel som af den betydning, som det pågældende udtryk tillægges i den anden kontraherende stats lovgivning (en underforstået hensyntagen til det gensidighedsprincip, som overenskomsten baserer sig på). Artiklens ordlyd giver således de kompetente myndigheder et vist spillerum.

13. Formuleringen af stk. 2 giver følgelig en tilfredsstillende balance mellem på den ene side, nødvendigheden af at sikre, at de forpligtelser, som en stat har påtaget sig ved underskriften af overenskomsten, står ved magt (idet en stat ikke skal være berettiget til at udhule en overenskomst indholdsmæssigt ved efterfølgende i sin interne lovgivning at ændre rækkevidden af udtryk, der ikke er defineret i overenskomsten) og, på den anden side, nødvendigheden af at kunne anvende overenskomsten på en håndterlig og praktisk måde gennem tiden (nødvendigheden af at henvise til forældede begreber bør undgås).

...

OECD's kommentar til artikel 11 om beskatning af renter

...

8. Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i art. 11, 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 renteindkomst, 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.

8.1 Lempelse af eller fritagelse for beskatning af en indkomst indrømmes af kildestaten til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, for helt eller delvist at undgå den dobbeltbeskatning, der ellers ville følge af hjemmehørendestatens samtidige beskatning af indkomsten. 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.

8.2 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 udbetaleren, men 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.

...

10. Artiklen bestemmer ikke, om lempelsen i kildestaten skal være afhængig af, om renterne beskattes i bopælsstaten. Dette spørgsmål kan afgøres ved bilaterale forhandlinger."

OECD's modeloverenskomst af 2005 artikel 1 indeholdt stort set enslydende bestemmelser. Af kommentarerne til artikel 1 fremgår bl.a.:

”Overenskomstens anvendelse på interessentskaber

2. De forskellige OECD-medlemsstaters nationale lovgivning behandler interessentskaber på forskellig måde. Disse forskelle giver anledning til forskellige vanskeligheder, når overenskomsten skal anvendes på interessentskaber. Disse vanskeligheder er blevet analyseret i Committee of Fiscal Affairs' rapport “Anvendelsen af OECD modeloverenskomsten på interessentskaber”. Konklusionen i rapporten er blevet indarbejdet i det følgende og i kommentarerne til forskellige andre bestemmelser i modeloverenskomsten.

3. Som det er beskrevet i rapporten, skyldes vanskelighederne primært det forhold, at nogle stater behandler interessentskaber som skattepligtige enheder (undertiden endda som selskaber), medens andre stater anser interessentskaber som skattemæssigt transparente med den følge, at der bortses fra interessentskabet i skattemæssig henseende, og at de enkelte interessenter beskattes af deres andel i interessentskabets indtægt.

...

6. Forholdet mellem interessentskabets og deltagernes ret til overenskomstfordele rejser andre spørgsmål.

...

6.3 ... Denne konklusion er baseret på det princip, at kildestaten, som en del af den faktiske kontekst i hvilken overenskomsten skal anvendes, bør tage den måde i betragtning, hvorpå en indkomstart, der hidrører fra dens territorium, behandles i den stat, hvor den person, der påberåber sig aftalefordele, er hjemmehørende.

...

6.5 Interessentskabstilfælde, der involverer tre stater, giver anledning til vanskelige problemer med hensyn til afgørelsen om berettigelse til overenskomstfordele. Mange problemer kan imidlertid løses ved at anvende de principper, der er beskrevet i punkterne 6.2-6.4. I tilfælde, hvor en deltager er hjemmehørende i en stat, interessentskabet er etableret i en anden stat, og deltagerens andel i interessentskabsindkomsten hidrører fra en tredjestat, kan deltageren påberåbe sig fordele i henhold til overenskomsten mellem sin hjemmehørende stat og kildestaten med hensyn til indkomsten i det omfang, interessentskabsindkomsten allokeres til ham med henblik på beskatning i hans hjemmehørende stat.”

OECD's modeloverenskomst af 2014 artikel 10 og 11 indeholdt stort set enslydende bestemmelser. Af kommentarerne artikel 11 fremgår bl.a.:

”9. Kravet om retmæssig ejer blev indsat i art. 11, stk.2, for at tydeliggøre betydningen af ordene “betalt til en person, der er hjemmehørende”, således som de er benyttet i stk. 1 i denne artikel. Det fremgår tydeligt heraf, at kildestaten ikke er forpligtet til at opgive sine beskatningsrettigheder over renteindtægter blot fordi

renterne blev betalt direkte til en person, der er hjemmehørende i en stat, som kildestaten har indgået en overenskomst med.

9.1 Da udtrykket "retmæssig ejer" blev tilføjet for at adressere de potentielle vanskeligheder ved anvendelsen af ordene "betalt til ... en hjemmehørende" i stk. 1, var det hensigten, at det skulle fortolkes i denne sammenhæng, men ikke referere til nogen teknisk mening, som det ville kunne have efter den nationale lovgivning i en given stat (faktisk var det således, at da udtrykket blev tilføjet stykket, havde det i mange stater ikke en præcis lovgivningsmæssig betydning). Udtrykket "retmæssig ejer" er derfor ikke anvendt i en snæver, teknisk forstand (således som den betydning det har i trustlovgivningen i mange common law stater), men det skal derimod forstås i sin kontekst, i særdeleshed i relation til ordene "betalt ... til en hjemmehørende", og i lyset af hensigten og formålet med overenskomsten, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og omgåelse.

10. Lempelse af eller fritagelse for beskatning af en indkomstart indrømmes af kildestaten til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, for helt eller delvist at undgå den dobbeltbeskatning, der ellers ville følge af hjemmehørende statens samtidige beskatning af indkomsten. Når en indkomst betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat og 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 direkte indkomstmodtagers status som en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat.

Den direkte 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.

10.1 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.

10.2 I disse forskellige eksempler (agent, mellemmand, conduit selskab i dets egenskab af bemyndiget eller administrator), er den direkte modtager af renter ikke "den retmæssige ejer", fordi modtagerens ret til at bruge og nyde renterne er begrænset af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person. En sådan forpligtelse vil sædvanligvis

fremgå af relevante, juridiske dokumenter, men kan eventuelt også være til stede allerede i kraft af de faktiske omstændigheder, som ganske klart viser, at modtageren substantielt ikke har rettighederne til at bruge og nyde de renter, dog uden at være bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person. Denne type af forpligtelse omfatter ikke kontraktuelle eller juridiske forpligtelser, som ikke er betingede af viderebetalingen fra den direkte modtager, såsom en forpligtelse, der ikke er afhængig af modtagelsen af en sådan betaling, og som den direkte modtager har som debitor eller som part i finansielle transaktioner eller sædvanlige fordelingsforpligtelser i henhold til en pensionsaftale eller til kollektive investeringsenheder, som vil være berettigede til overenskomstfordele efter principperne angivet i pkt. 6.8 til 6.34 i kommentaren til art. 1. Hvor modtageren af en rente har retten til at bruge og nyde udbyttet, uden at være bundet af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de betalinger, som han har modtaget, til en anden person, er modtageren "den retmæssige ejer" af disse renter. Det bør også bemærkes, at art. 11 henviser til den retmæssige ejer af renterne i modsætning til ejeren af de forskrivninger, hvorfra renterne kommer, og de kan være forskellige i visse situationer.

10.3 Det faktum, at en modtager af renteindtægter anses for at være den retmæssige ejer af disse renter, betyder imidlertid ikke, at den nedsættelse af skatten, der fremgår af stk. 2, automatisk skal indrømmes. Denne nedsættelse af skatten skal ikke indrømmes i tilfælde af misbrug af bestemmelsen (se også pkt. 8 ovenfor). Således som det forklares i afsnittet "Misbrug af overenskomsten" i kommentaren til art. 1, er der mange måder at behandle et conduit selskab på, og på et mere generelt plan, treaty shopping situationer. Disse omfatter specifikke anti-misbrugsbestemmelser i overenskomster, generelle anti-misbrugs bestemmelser og indhold-overform eller økonomisk-substans anskuelser. Mens "retmæssig ejer" konceptet omfatter nogle former for skatteunddragelse (dvs. den type, der involverer indsættelse af en modtager, som er forpligtet til at videreformidle royaltyerne til en anden person), er der andre typer, som det ikke omfatter, det omfatter således ikke andre former for treaty shopping, og det må derfor ikke blive betragtet som et koncept, der på nogen måde begrænser anvendelsen af andre principper vedrørende sådanne forhold.

10.4 De ovenfor angivne forklaringer på begrebet "retmæssig ejer" gør det klart, at meningen med dette udtryk, som det fremgår af artiklens kontekst, må holdes adskilt fra andre fortolkninger af det samme begreb, men i andre sammenhænge, som vedrører identifikationen af den person (typisk en fysisk person), der har den ultimative kontrol over enhederne eller aktiverne. En sådan anden forståelse af begrebet "retsmæssig ejer" kan ikke anvendes ved fortolkningen af overenskomsten. Rent faktisk er det imidlertid således, at den forståelse af bestemmelsen, som henviser til en fysisk person, ikke kan forenes med den eksplisitte ordlyd af art. 10, stk. 2, litra a), som henviser til tilfælde, hvor et selskab er den retmæssige ejer af et udbytte. Begrebet "retmæssig ejer", således som det anvendes i art. 10 og 11, har til formål at løse de problemer, der opstår ved anvendelsen af ordene "betalt til" i relation til udbytter og renter, fremfor de vanske-

ligheder, der relaterer sig til ejerskabet af aktier eller forskrivninger, hvorfra der kommer udbytter og renter. Af den årsag vil det ikke være hensigtsmæssigt, ved anvendelsen af disse artikler, at overveje anvendelsen af en fortolkning, der er blevet udviklet med henblik på at henvise til fysiske personer, der udøver: ”ulti-mativ, effektiv kontrol over juridiske personer eller arrangementer” .

11. Det følger af de bestemmelser, som artiklen indeholder, at begrænsningen i kildestatens beskatningsret også finder anvendelse, når en mellemmand, således som en agent eller en repræsentant, der har hjemme i den kontraherende stat eller i en tredjestat, er indskudt mellem modtageren og betaleren, men den ret-mæssige ejer er hjemmehørende i den anden kontraherende stat (teksten blev ændret i 1995 og i 2014 for at tydeliggøre dette, hvilket er i overensstemmelse med holdningen hos alle medlemsstater).”

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c

Ved lov nr. 282 af 25. april 2001 om ændring af selskabsskatteloven blev § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt. ændret, således at der blev genindført udbyttebeskatning vedrørende bl.a. udlodning af udbytte fra danske datterselskaber til moderselskaber i ikke-EU-lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Bestemmelsen om beskatning af renter i § 2, stk. 1, litra d, svarer således til bestemmelsen om udbyttebeskatning i § 2, stk. 1, litra c.

Moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) blev implementeret i dansk ret ved lov nr. 219 af 3. april 1992, således at der i selskabsskattelovens § 2 efter stk. 4, blev indsat:

”Stk. 5. Skattepligten i medfør af stk. 1, litra c, omfatter ikke udbytte, som et selskab, der er hjemmehørende i en stat, der er medlem af De Europæiske Fællesskaber, modtager i udbytte fra et selskab, der er hjemmehørende her i landet. Det er en betingelse, at det udbyttedragende selskab -moderselskabet -har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab -datterselskabet - enten i hele det indkomstår, hvori udbyttet er modtaget, eller i en sammenhængende periode på mindst to år frem til det tidspunkt, hvor udbyttet modtages. Det er endvidere en betingelse, at såvel moderselskabet som datterselskabet er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 2 i direktiv 90/435/EØF.”

I det oprindeligt fremsatte lovforslag nr. L 99 af 10. november 2000, havde § 2, stk. 1, litra c, 3. pkt., følgende ordlyd:

”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.” .

Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget fremgår bl.a.:

”Lov nr. 1026 af 23. december 1998 ophævede derfor beskatningen af udbytte, som et udenlandsk moderselskab modtog fra dets danske datterselskab, uanset hvor moderselskabet er hjemmehørende. ...

Erfaringen har imidlertid vist, at de ny regler åbnede op for etablering af danske holdingselskaber, som alene har til formål at omgå andre landes beskatning, og at denne mulighed er blevet markedsført af danske skatterådgivere i udlandet. I tilfælde, hvor et datterselskab i f.eks. et EU-land er ejet af et moderselskab i et skattely uden dobbeltbeskatningsoverenskomster, kan koncernen ofte undgå den beskatning, som det førstnævnte land ville gennemføre ved direkte udlodning af udbytter fra datterselskabet i dette land til dets udenlandske moderselskab ved at indskyde et dansk holdingselskab. Lovforslaget om at genindføre udbytteskatten for moderselskaber i ikke-EU-lande uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark er også et bidrag til de internationale bestræbelser på at modvirke skadelig skattekonkurrence el-ler skadelig skattepraksis, som foregår både i EU-regi og i OECD-regi.

...

De danske holdingregler adskiller sig fra andre landes tilsvarende regler derved, at de danske regler medfører skattefritagelse både for udbyttebetalinger fra et udenlandsk datterselskab og for udbyttebetalinger til et udenlandsk moderselskab. Det medfører som nævnt, at de danske regler kan anvendes til at udhule andre landes beskatning.

Andre lande, som beskatter udbytter fra selskaber i disse lande til moderselskaber i skattely-lande, er derfor utilfreds med, at deres beskatning kan omgås ved hjælp af de danske holdingregler.

Det foreslås derfor som et bidrag fra dansk side til at modvirke brugen af skattely og for at imødekomme udenlandsk kritik at genindføre skatten på 25 pct. af udbyttebetalinger fra et dansk datterselskab til dets udenlandsk moderselskab, men kun i tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i et land uden for EU eller i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.”

Den 24. november 2000 besvarede skatteministeren en henvendelse fra Ernst & Young til Folketingets Skatteudvalg således:

” **Spørgsmål 1:** Det ønskes bekræftet, at et selskab eller en anden juridisk person anses at være hjemmehørende i et EU- eller DBO-land, jf. den foreslåede bestemmelse i SEL § 2, stk. 1, litra c, såfremt det er hjemmehørende i et EU- eller DBO-land enten efter skattelovgivningen eller efter selskabs-/fondslovgivningen i det pågældende land.

Spørgsmål 2: Det ønskes bekræftet, at det i relation til den foreslåede bestemmelse i SEL § 2, stk. 1, litra c, er uden betydning for, om et selskab, der er hjemmehørende i et EU-land, jf. svaret på spørgsmål 1, er omfattet af begrebet et selskab i EU's moder/datterselskabsdirektivs artikel 2.

Svar:

...

Afskaffelsen af udbyttekildeskatten fra et dansk datterselskab til et udenlandsk moderselskab blev imidlertid misbrugt ved etablering af danske holdingselskaber, som alene havde til formål at omgå andre landes beskatning.

Formålet med lovforslag L 99 er således at forhindre dette misbrug samtidig med, at lovbestemmelsen tager højde for de undtagelser til hovedreglen om 25 pct. kildeskat, som Danmark er forpligtet til at have efter moder/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

I relation til SEL § 2, stk. 1, litra c, kan et udenlandsk moderselskab således kun undgå den almindelige kildeskat på 25 pct., hvis det er omfattet af begrebet "et selskab i en medlemsstat" i moder/datterselskabsdirektivets artikel 2, eller i henhold til en dansk dobbeltbeskatningsoverenskomst er hjemmehørende i udlandet, for så vidt udbyttet er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Det selskabsretlige hjemsted er ikke afgørende for definitionen af hjemsteds begrebet i SEL § 2, stk. 1, litra c.

Det er selvfølgelig stadig et krav for at undgå den almindelige udbyttekildeskat, at de andre betingelser i SEL § 2, stk. 1, litra c, også er opfyldt. Det vil sige, at moderselskabet ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet i en sammenhængende periode på mindst 12 fortløbende måneder, og at datterselskabet er omfattet af moder/datterselskabsdirektivets artikel 2."

Den 28. november 2000 besvarede skatteministeren en henvendelse fra Person 30 til Folketingets Skatteudvalg således:

"Person 30 har i en henvendelse af 21. november 2000 rettet henvendelse til Skatteudvalget for at fremsætte nogle synspunkter vedr. lovforslagets betingelse om, at moderselskabet er hjemmehørende i en stat, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

...

Som oplyst i mine bemærkninger til en henvendelse fra Ernst & Young til lovforslaget er det afgørende, om udbyttet fra det danske datterselskab er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor det udenlandske moderselskab er hjemmehørende."

Den 10. januar 2001 besvarede skatteministeren en henvendelse fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer til Folketingets Skatteudvalg således:

"Foreningen af Statsautoriserede Revisorer har i en skrivelse af 28. november 2000 påny rettet henvendelse til skatteudvalget for at kommentere svaret på nogle spørgsmål i Ernst & Young's henvendelse.

Efter det pågældende svar (L 99 - bilag 5) kan et udenlandsk moderselskab kun undgå dansk beskatning af udbytte fra et datterselskab her i landet, hvis moderselskabet er omfattet af begrebet "et selskab i en medlemsstat" i moder/datterselskabsdirektivets artikel 2, eller i henhold til en dansk dobbeltbeskatnings-

overenskomst er hjemmehørende i udlandet, for så vidt udbyttet er omfattet af overenskomsten.

Efter foreningens opfattelse er der ikke støtte for denne fortolkning hverken i den foreslåede bestemmelses ordlyd eller i bemærkningerne hertil. Men foreningen er enig i, at afgrænsningen i svaret ligger i forlængelse af lovforslaget.

Jeg skal hertil bemærke, at besvarelser til skatteudvalget om en foreslået bestemmelse er bidrag til fortolkning af bestemmelsen på samme måde som bemærkningerne til bestemmelsen.

Den foreslåede bestemmelse skal derfor fortolkes i overensstemmelse med det nævnte svar.

For at gøre dette helt klart vil jeg fremsætte et ændringsforslag, som tydeliggør den foreslåede bestemmelse.”

Den 10. januar 2001 sendte Skatteministeren til Folketingets Skatteudvalg følgende ændringsforslag til lovforslaget:

”(Tydeliggørelse af betingelser for skattefrihed af udbytter - udsættelse af ikrafttrædelsen)

Til § 1

1. Nr. 1 affattes således:

”I § 2, stk. 1, litra c, affattes 3. pkt. således:

”Det er en betingelse, at beskatningen 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,”

...

Til 1)

Ændringsforslaget går ud på at tydeliggøre den foreslåede bestemmelse.

Den foreslåede bestemmelse går ud på, at der kun gælder skattefrihed for udbytter, som et dansk datterselskab udlodder til dets udenlandske moderselskab, der er hjemmehørende på Færøerne, i Grønland, i en anden EU-stat eller i en stat, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Når danske datterselskaber udlodder udbytte til andre udenlandske moderselskaber, skal udbyttet derimod beskattes med 28 pct.

Det foreslås at præcisere, at det er en betingelse for den foreslåede skattefrihed, at Danmark skal frafalde beskatningen af det pågældende udbytte efter bestemmel-

serne i moder/datterselskabsdirektivet, eller at Danmark skal frafalde eller ned-sætte beskatningen af det pågældende udbytte efter bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Færøerne, Grønland eller den pågældende anden stat.”

Ligeledes den 10. januar 2001 sendte skatteministeren til Folketingets Skatte-udvalg følgende kommentarer til et ”newsletter” : ”Cyprus IBCs [International Business Companies] gain importance as a result of developments in Denmark” :

”...

Lovforslagets formål er at imødegå omgåelse af andre landes beskatning, f.eks. for et moderselskab på De Britiske Jomfruøer, som har et datterselskab i Irland.

Hvis det irske datterselskab er ejet direkte af moderselskabet på Jomfruøerne, vil Irland beskatte udbyttebetaling fra datterselskab til moderselskab.

Den irske beskatning kan i dag omgås ved at indskyde et dansk holdingselskab, så det irske datterselskab udlodder udbytte til det danske holdingselskab, der videreudlodder udbyttet til moderselskabet på Jomfruøerne. Efter EU’s moder/datterselskabsdirektiv må Irland ikke beskatte udbytte, og efter de nuværende danske regler beskatter Danmark heller ikke.

Lovforslaget imødegår denne konstruktion, idet Danmark i fremtiden vil beskatte udbytte, som et dansk selskab udlodder til et moderselskab på Jomfruøerne.

Det er korrekt, at moderselskabet på Jomfruøerne fortsat kan undgå den danske beskatning af udbytte fra det irske selskab ved at overdrage aktierne i det danske selskab til et mellemholdingselskab på Cypern. I så fald vil Danmark ikke beskatte udbyttet, da moderselskabet på Cypern er omfattet af den dansk-cypriotiske dobbeltbeskatning[s]overenskomst.

Men som nævnt i artiklen kan moderselskabet på Jomfruøerne også undgå udbyttebeskatningen ved at erstatte det danske holdingselskab med et holdingselskab på Cypern, så det irske datterselskab udlodder udbyttet til selskabet på Cypern.

Eksemplet viser altså, at det ikke længere er de danske regler, men derimod Cyperns gunstige regler, der er forudsætningen for, at moderselskabet på Jomfruøerne kan omgå den irske beskatning af udbyttet.”

Den 11. januar 2001 sendte skatteministeren til Folketingets Skatteudvalg følgende svar:

”Spørgsmål 3:

Kan udtrykket i bemærkningerne "På denne baggrund skønnes merprovenuet ved forslaget at være begrænset" udbydes? Hvad skønnes der at blive tale om?

Svar:

I lovforslaget er det antaget, at udenlandske moderselskaber, som er hjemmehørende i lande uden for EU uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, vil opgive de danske datterselskaber, der alene er etableret som led i en international skattekonstruktion. I disse situationer vil den foreslåede udbytte skat ikke indbringe noget provenu.

Er der derimod tale om, at moderselskaber i disse lande udenfor EU uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark har danske datterselskaber med en egentlig erhvervsaktivitet, vil disse selskaber umiddelbart kunne blive berørt af forslaget.

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 videreudlodes til det egentlige moderselskab med en beskatning, som er lavere end den danske, eventuelt helt uden beskatning.

Derfor skønnes provenuet fra sådanne selskaber at blive begrænset. Der er ikke holdepunkter for et talmæssigt skøn herover."

Ligeledes den 11. januar 2001 sendte skatteministeren til Folketingets Skatteudvalg følgende svar:

"Person 33 [formanden for Ligningsrådet og professor i skatteret ved Syddansk Universitet] ... Desuden mener han, at lovforslagets regler ikke er særligt effektive, idet den foreslåede beskatning kan undgås ved at indskyde et mellemholdingselskab.

Kommentar:

...

Det anføres, at de foreslåede regler ikke er særligt effektive, idet de kan undgås ved et mellemholdingselskab i et andet land, som er med i EU eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, og som har gunstige skatteregler.

Jeg vil hertil bemærke, at der i så fald er tale om, at moderselskabet i skattelandet omgår beskatningen ved hjælp af de gunstige regler i det andet land."

Den 26. februar 2001 sendte skatteministeren til Folketingets Skatteudvalg følgende svar:

"**Henvendelsen:** Det er Foreningen af Statsautoriserede Revisorers opfattelse, at det er uhensigtsmæssigt, at de interne danske udbyttebeskatningsregler for

udenlandske selskaber på den i ændringsforslaget beskrevne måde knyttes til DBO'en, herunder hvorvidt det pågældende selskab i hjemlandet er skattemæs-sigt transparent. Skatteministeren opfordres derfor til at overveje, om lovforsla-gets sigte kan opnås, uden at de interne danske regler beror på, hvorvidt DBO'en finder anvendelse.

Kommentar: Jeg mener ikke, at lovforslagets sigte kan opnås, uden at de interne danske regler beror på, om udbyttet frafaldes eller nedsættes efter bestemmelser-ne i moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det er centralt, at den danske kildeskat på udbytter kun frafaldes, når udbyttet oppebæres af et selskab, der beskattes efter de almindelige regler for selskaber i det pågældende land.”

Den 26. marts 2001 sendte skatteministeren til Folketingets Skatteudvalg føl-gende svar:

”**Spørgsmål 23:** Ministeren bedes kommentere vedlagte artikel af 23. marts 2001 fra Børsen: “Skattefrihed for udbytte udhules” .

Svar: Børsens artikel den 23. marts 2001 kritiserer mit ændringsforslag til lovfor-slaget om holdingselskaber, idet forslaget udhuler skattefriheden for udbytter. Lovforslaget begrænser den nuværende regel, hvorefter Danmark ikke beskatter udbytter, som et dansk datterselskab betaler til dets udenlandske moderselskab. Efter det fremsatte lovforslag skal reglen i fremtiden alene gælde, hvis modersel-skabet er hjemmehørende i et EU-land eller et land, som har en dobbeltbeskat-ningsoverenskomst med Danmark. I andre tilfælde skal Danmark efter forslaget opkræve en skat på 28 pct. af udbyttet.

...

Under behandlingen af lovforslaget rettede Ernst & Young henvendelse (L 99 -bilag 2) til skatteudvalget og spurgte om forslagets virkning for de selskaber, som nok er hjemmehørende i et andet EU-land eller i et andet land, der har en dob-beltbeskatningsoverenskomst med Danmark, men som alligevel ikke er beskyttet af direktivet eller overenskomsten. I et svar til skatteudvalget (L 99 - bi lag 5) op-lyste jeg, at disse selskaber ikke kan modtage udbytter fra et dansk datterselskab uden den foreslåede beskatning.

Foreningen af Statsautoriserede Revisorer udtalte i en henvendelse til skatteud-valget (L 99 - bilag 10), at denne afgrænsning efter foreningens opfattelse ligger i forlængelse af lovforslaget, men savner fornøden støtte i den foreslåede bestem-melses ordlyd.

På den baggrund fremsatte jeg et ændringsforslag, som præciserer, at den af gø-rende betingelse for skattefrihed for udbytte er, at Danmark skal frafalde el ler nedsætte beskatningen af udbyttet efter moder/datterselskabsdirektivet eller en dansk dobbeltbeskatningsoverenskomst.

...”

Det fremgår af betænkning over forslaget til lov om ændring af selskabsskat-tiloven (Skatteudvalget L99 bilag 43), at skatteministeren under udvalgets behandling fremsatte følgen de ændringsforslag:

”I § 2, stk. 1, litra c, affattes 3. pkt. således:

”Det er en betingelse, at beskatningen af udbyttet skal frafalde eller nedsættes bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor selskabet er hjemmehørende” .

[Tydeliggørelse af betingelser for skattefrihed af udbytter]

...

Bemærkninger

...

Ændringsforslaget går ud på at tydeliggøre den foreslåede bestemmelse.

Den foreslåede bestemmelse går ud på, at der kun gælder skattefrihed for udbytter, som et dansk datterselskab udlodder til dets udenlandske moderselskab, der er hjemmehørende på Færøerne, i Grønland, i en anden EU-stat eller i en stat, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Når danske datterselskaber udlodder udbytte til andre udenlandske moderselskaber, skal udbyttet derimod beskattes med 28 pct.

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.”

Belysning af administrativ praksis

Af skatteministerens svar af 6. november 2006 på spørgsmål S 474 til Folketingets Lovsekretariat fremgår bl.a.:

” **Spørgsmål:** Kan ministeren bekræfte, at udbytte fra danske selskaber, såfremt ejerandelen overstiger 20 pct., kan udbetales skattefrit til et moderselskab i f.eks. Luxembourg og herfra overføres videre til et egentligt skattelyland?

Svar:

...

Den begrænsede skattepligt - og fravigelsen - gælder for det selskab, der reelt *oppebærer* udbyttet. Den begrænsede skattepligt fraviges derfor kun, hvis det udenlandske selskab, der reelt *oppebærer* udbyttet, er omfattet af direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. *Oppebæres* udbyttet derimod reelt af et selskab i et skattelyland, er udbyttebetalingen ikke undtaget fra kildebeskatningen.

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 dobbeltbeskatningsoverenskomsten. I dobbeltbeskatningsoverenskomsten skal kildebeskatningen kun frafaldes eller nedsættes, hvis udbyttens retmæssige ejer (beneficial owner) er hjemmehørende i den anden stat.

Bestemmelsen er et værn mod, at et almindeligt beskattet selskab indskydes som "conduit" selskab mellem det udbyttebetalende danske selskab og det endeligt modtagende udenlandske skattelyselskab. Bestemmelsen finder anvendelse, selvom der indskydes flere mellemliggende almindeligt beskattede selskaber. Det afgørende er, hvem der er den rette indkomstmodtager/retmæssige ejer.

"Conduit" selskaber omfatter bl.a. selskaber, der, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst. Selskabet er i relation til udbyttet en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter, jf. kommentarerne til artikel 10 i OECDs modeloverenskomsten (pkt. 12.1).

Et rent gennemstrømningsholdingselskab i eksempelvis Luxembourg vil ikke være rette indkomstmodtager /beneficial owner af udbyttet, jf. således kommentarerne til artikel 10 i OECDs modeloverenskomsten (pkt. 12.2). Det kan bemærkes, at den schweiziske højesteret er kommet frem til, at et rent gennemstrømningsholdingselskab i Danmark ikke var retmæssig ejer til udbyttebetalinger efter den dansk-schweiziske overenskomst.

Det skal nævnes, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke indebærer, at udbyttebetalinger til gennemstrømnings selskaber skal anerkendes.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at der ikke sker udbyttebeskatning, når udbytte udbetales til f.eks. et moderselskab omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, hvis dette selskab er den reelle modtager af udbyttet, selvom moderselskabet er ejet af et selskab hjemmehørende i et skattely. Hvem der er udbyttets reelle modtager, afgøres ud fra en konkret vurdering."

I forlængelse heraf afgav skatteministeren den 27. november 2006 til Folketingets Skatteudvalg bl.a. følgende svar:

"Spørgsmål 5: ...

Svar: ...

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 OECDs modeloverenskomsten (afsnit 12.1).

Den begrænsede skattepligt bortfalder dog alligevel, hvis den retmæssige ejer bag ved gennemstrømningsselskabet er hjemmehørende i et andet land, og Danmark efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med dette land skal nedsætte eller undlade beskatning af udbyttet.

Spørgsmål 6: ...

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

...

Spørgsmål 10: I hvilket omfang og hvorledes kontrollerer SKAT, når der udledes udbytte til gennemstrømningsselskaber, hvor der ikke er indeholdt udbytteskat på grund af dobbeltbeskatningsoverenskomster eller EU's moder-/datterselskabsdirektiv, om det pågældende gennemstrømningsselskab skal godkendes som rette indkomstmottager af udbyttet, eller om udbyttemottager er aktionæren i gennemstrømningsselskabet, og - hvis denne aktionær er hjemmehørende i et skattelyland - om det danske datterselskab skal indeholde udbytteskat i udbytteudlodningen?

Svar: ...

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.

Af notat af 20. marts 2007 til Folketingets Skatteudvalg om status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner fremgår bl.a.:

”Kapitalfondes overtagelse af danske virksomheder har gennem de senere år udgjort en større og større andel af de samlede virksomhedsoverdragelser. SKAT har indhentet informationer om, at mere end 80 danske virksomheder gennem de senere år er blevet overtaget af danske eller udenlandske kapitalfonde.

En kapitalfond er normalt et kommanditselskab, hvor en række investorer har stillet kapital til rådighed. Med investorernes egenkapital som basis, lånes der betydelige summer i banker og andre finansielle enheder til købet af danske virksomheder.

En typisk model vil være at investorerne opretter et dansk holdingselskab, som står for opkøbet af den danske virksomhed. Holdingselskabet, som opkøber det danske selskab af den hidtidige aktionærkreds, før pengene til opkøbet via lån fra banker og investorerne i kapitalfonden.

Helt generelt har SKAT fokus på virksomhedshandler, idet erfaringen viser, at der ofte er risiko for fejl ved opgørelse af den skattepligtige indkomst på dette

område. Da kapitalfondenes andel af det danske marked for virksomhedshandler har været stigende, og specielt i 2005 har vist sig at udgøre et betydeligt antal med en stor volumen, har SKAT rettet fokus på denne type overtagelser.

På basis af SKATs informationer om kapitalfondes overtagelse af danske virksomheder er der udvalgt 7 opkøb af danske virksomheder til nærmere kontrol. Ved udvælgelsen lagde man vægt på, at få repræsenteret forskellige kapitalfonde, forskellige virksomhedstyper og forskel i volumen. Formålet var bl.a. efterfølgende at vurdere, om den skattemæssige behandling af opkøbet hos det enkelte selskab, var afhængig af hvilken kapitalfond der havde købt virksomheden.

I SKAT blev der indledningsvis nedsat en arbejdsgruppe, hvis formål var at skabe overblik over det teoretiske grundlag for en skattemæssig vurdering af kapitalfondenes overtagelser med henblik på den efterfølgende konkrete kontrol af de 7 opkøb.

...

På grundlag heraf undersøges det hvem, der er den endelige modtager - 'rette indkomst modtager' - af renter og udbytter. Formålet er at fastslå, om denne modtager er skattepligtig til Danmark (begrænset skattepligtig), således at der kan tilbageholdes kildeskat i udbetalingerne. Dette kan normalt kun ske, hvis modtageren er hjemmehørende i et land hvormed Danmark ikke har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Imidlertid forlader pengestrømmen oftest Danmark netop til modtagere i lande, hvormed Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst - DBO-lande. Det betyder, at der ikke er begrænset skattepligt til Danmark, og at der ikke skal indeholdes kildeskat. Hvis den første modtager af betalingerne imidlertid ikke er den endelige modtager - 'rette indkomstmodtager' - af betalingerne, men derimod kun et gennemstrømningsselskab, kan der alligevel være tale om begrænset skattepligt for den endelige ('rette') modtager.

Derfor leder SKAT efter oplysninger, som kan dokumentere, hvem der er det sidste og endelige led i kæden, og om dette led ligger i et ikke-DBO-land. Med sidstnævnte lande uden overenskomst har Danmark typisk ikke aftaler om bistand eller udveksling af oplysning.

Nok så vigtigt er det, at SKAT også skal søge dokumentation for, at de modtagere, der ligger mellem Danmark og den endelige modtager af udbytter eller renter/kursgevinster, kan betragtes som gennemstrømningsselskaber, således at den endelige ('rette') modtager i ikke-DBO-landet som nævnt kan pålægges begrænset skattepligt til Danmark."

Af skatteministerens svar af 15. maj 2007 (spørgsmål 75-77) til Folketingets Skat-

teudvalg vedrørende lovforslag nr. L 213 om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre skattelove (CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde m.v.) fremgår bl.a.:

”Spørgsmål 75:

Har SKAT fortsat ikke gennemført udbyttebeskatning af såkaldte gennemstrømningselskaber?”

Svar:

Ved en særlige kontrolindsat har SKAT sat fokus på kapitalfondes overtagelse af danske koncerner. I den forbindelse arbejder SKAT med at fremskaffe oplysninger om modtagere af de pengestrømme, der forlader Danmark i form af udbytter og renter, idet SKAT vil have dokumentation for, at det er den "endelige modtager", der også er rette indkomstmodtager til udbytterne og renteindtægterne.

Først når dette er afklaret, kan det vurderes om Danmark har krav på kildeskat af de udbetalte beløb.

Denne undersøgelse har endnu ikke ført til udbyttebeskatning af udlodninger til gennemstrømningselskaber.”

Af skatteministerens svar af 22. maj 2007 til Folketingets Skatteudvalg vedrørende lovforslag nr. L 213 om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre skattelove (CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde m.v.) fremgår bl.a.:

”Lovforslagets enkelte elementer

...

§ 1, nr. 1 – Kildeskat på renter

Det foreslås, at bestemmelsen om kildeskat på renter i SEL § stk. 1, litra d, justeres under hensyn til ændringen af CFC-reglerne.

...

Skatteministerens kommentar:

...

Det skal bemærkes, at hvis den umiddelbare modtager af rentebetalingerne viderebetaler beløbet via en udlodning, tilbagebetaling af lån eller lignende skal det vurderes, om den umiddelbare modtager er den rette indkomstmodtager (beneficial owner). Hvis den endelige beløbsmodtager må anses for at være beneficial owner, finder betingelserne i § 2, stk. 1, litra d, umiddelbar anvendelse på den endelige beløbsmodtager.

...

§ 1, nr. 6 – Indgående renter fra datterselskaber

Det fremgår af bemærkningerne, at indgående udbytter ikke vil være skattefrie, selvom udbytterne udloddes af et selskab inden for EU/EØS eller et land, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvis dette selskab er et "gennemstrømningselskab" mellem det danske moderselskab og datterselskabet der er hjemmehørende uden for EU/EØS eller i et land, som ikke har dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Ministeriet bedes uddybe, hvad der er afgørende for, at et selskab anses for et "gennemstrømningselskab". FSR er uforstående overfor tankegangen om, at et udbytte ved at "gennemstrømme" en koncern kan omkvalificeres, når der ikke er tvivl om, at udbyttet har passeret de enkelte selskaber, hvilket er utvivlsomt, når udbyttet deklarerer.

...

Skatteministerens kommentar:

Princippet om beneficial owner (retmæssig ejer) er et værn mod, at et almindeligt beskattet selskab indskydes som "conduit" selskab mellem det udbyttebetalende selskab og det endeligt modtagende udenlandske skattelyselskab. Værnet finder anvendelse, selvom der indskydes flere mellemliggende almindeligt beskattede selskaber.

Det afgørende er, hvem der er den retsmæssige ejer af udbyttet. "Conduit" selskaber omfatter bl.a. selskaber, der, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst. Selskabet er i relation til udbyttet en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter, jf. kommentarerne til artikel 10 i OECDs modeloverenskomsten (pkt. 12.1).

Et rent gennemstrømningsholdingselskab i f.eks. et EU-land vil derfor ikke være beneficial owner af udbyttet. Det skal i den forbindelse nævnes, at moder-/datterselskabsdirektivet ikke indebærer, at udbyttebetalinger gennem gennemstrømningselskaber skal anerkendes."

Af skatteministerens svar af 22. maj 2007 til Folketingets Skatteudvalg vedrørende samme lovforslag fremgår bl.a.:

” **Spørgsmål 86:**

"Skal besvarelsen af spørgsmål 75 forstås således, at SKAT ikke tidligere har undersøgt grundlaget for skattefrihed for udbytte overført til såkaldte gennemstrømningselskaber, på trods af at skatteministeren flere gange tidligere - f.eks. under behandlingen af lovforslag L 30 fra indeværende samling - har henvist til, at der vil ske beskatning i sådanne tilfælde?"

Svar:

...

Jeg har flere gange tidligere overfor skatteudvalget redegjort for SKATs indsatsstrategi og kan oplyse, at det af indsatsplanen 2007 fremgår, at et særligt indsatspunkt er selskaber, der enten ikke betaler skat eller kun betaler meget lidt skat. De særlige TP-ligningscentre, som blev etableret i 2005 – og de enheder, der kontrollerer de største selskaber i Danmark – er således forpligtet til at prioritere netop dette område.

...

SKAT har iøvrigt oplyst følgende om den rent "skattetekniske" baggrund for udbyttebeskatningen:

I henhold til de dobbeltbeskatningsaftaler, som Danmark har indgået med andre lande, skal den danske skat på udbytter, der betales til en person, bosiddende i

det andet land, nedsættes eller bortfalde såfremt udbyttmodtageren er *den retmæssige ejer* af udbyttet.

Udbyttmodtageren er den retmæssige ejer af udbyttet såfremt han er hjemme-hørende i, og skattepligtig af udbyttet, i det andet land.

For at sikre at udbyttmodtageren er hjemmehørende i (og dermed fuldt skattepligtig) i det andet land indeholdes som hovedregel udbytteskatt med den fulde sats, 28 pct. og kun hvis udbyttmodtageren dokumenterer at være hjemmehørende i (og dermed fuldt skattepligtig) i det andet land vil han modtage differencen mellem 28 pct. og den sats, der er fastsat i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Denne procedure sikrer, at en agent eller en mellemmand (f.eks. en bank) for en person i et tredjeland ikke vil være berettiget til nedsættelse af udbytteskatten selvom agenten eller mellemmanden er hjemmehørende i et aftaleland. Dette følger af, at agenten eller mellemmanden ikke anses for ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvori han er hjemmehørende.

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.

Ved opdateringen af OECD-modellen i 2005 blev der i et nyt punkt 12.1 i kommentaren til artikel 10 (udbytter) omtalt en OECD-rapport, ifølge hvilken et holdingselskab under ganske særlige omstændigheder ikke bør anses for at være den retmæssige ejer af udbyttet. Der skal være tale om, at holdingselskabet reelt har meget snævre beføjelser, som i relation til den pågældende indkomst gør det til en "nullitet" eller en administrator, der handler på vegne af andre parter.

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."

Skatteministeren præciserede ovenstående svar ved et revideret svar til Folketingets Skatteudvalg den 29. maj 2007 bl.a. således:

" Et holdingselskab kan 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, at et holdingselskab har krav på aftalebeskyttelse.

Det følger imidlertid af punkt 12.1 i kommentaren til OECD modellens artikel 10 (udbytter), at rene gennemstrømningselskab ikke bør anses for at være den ret-

mæssige ejer af udbyttet. Gennemstrømningsselskaber har reelt meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst, hvilket gør det til en ”nullitet” eller en administrator, der handler på vegne af andre parter.

Det beror på en konkret vurdering, om et holdingselskab er et gennemstrømningsselskab.”

Relevant lovgivning gennemført efter SKATs afgørelser

Ligningslovens § 3

Ved lov nr. 540 af 29. april 2015 blev der i ligningsloven indsat følgende bestemmelse:

”§ 3. Skattepligtige har ikke de fordele, der følger af direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater og direktiv 2009/133/EF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE’s eller SCE’s vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater som implementeret i dansk lovgivning, til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

Stk. 2. Ved anvendelsen af stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Stk. 3. Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

Stk. 4. Uanset stk. 3 skal stk. 1 og 2 anvendes ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU, hvis den skattepligtige alternativt kunne påberåbe sig en fordel i et af direktiverne om direkte beskatning.”

Ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 blev ligningslovens § 3 affattet således:

”§ 3

Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er

tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

Stk. 2. Ved anvendelsen af stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke-reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Stk. 3. Indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal foretages på baggrund af det reelle arrangement eller serie af arrangementer, hvis der ses bort fra arrangementer eller serier af arrangementer efter stk. 1.

Stk. 4. Stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serierne af arrangementer, når deltagerne er skattepligtige omfattet af kildeskattelovens §§ 1 eller 2 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2.

Stk. 5. Skattepligtige har ikke fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det er rimeligt at fastslå under hensyn til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, at opnåelsen af fordelene er et af de væsentligste formål i ethvert arrangement eller enhver transaktion, som direkte eller indirekte medfører fordelene, medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af fordelene under disse omstændigheder vil være i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i overenskomsten.

Stk. 6. Stk. 1-4 har forrang i forhold til stk. 5 ved vurderingen af, om en skattepligtig er udelukket fra fordelene i en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land, der er medlem af EU.

...

Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion

Af direktivet fremgår bl.a.:

”Artikel 1

Anvendelsesområde

Dette direktiv finder anvendelse på alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater, herunder faste driftssteder i en eller flere medlemsstater for enheder, der er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland.

...

Artikel 3

Minimumsniveau af beskyttelse

Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af nationale eller aftalebaserede bestemmelser, der har til formål at sikre et højere beskyttelsesniveau for nationale selskabsskattegrundlag.

...

Artikel 6

Generel regel om bekæmpelse af misbrug

1. Ved beregning af selskabsskattetilsvaret ser en medlemsstat bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

2. Med hensyn til stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

3. Hvis der ses bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, jf. stk. 1, beregnes skattetilsvaret i overensstemmelse med national ret.”

Lov nr. 327 af 30. marts 2019 om anvendelse af multilateral konvention til gennemførelse af tiltag i dobbeltbeskatningsoverenskomster til forhindring af skatteudhuling og overskudsflytning

Ved denne lov blev bestemmelserne i multilateral konvention af 24. november 2016 til gennemførelse af tiltag i dobbeltbeskatningsoverenskomster til forhindring af skatteudhuling og overskudsflytning, jf. lovens bilag 1, med virkning fra 1. juli 2019 gjort anvendelig på bl.a. de dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er nævnt i lovens bilag 3, herunder overenskomst af 17. november 1980 mellem Danmark og Luxembourg til undgåelse af dobbeltbeskatning og til fastsættelse af bestemmelser om gensidig administrativ bistand for så vidt angår indkomst- og formueskatter. Konventionen er tiltrådt og finder anvendelse for Luxembourg.

Af konventionens artikel 7 fremgår:

”Forhindring af misbrug af aftaler

1. Uanset de øvrige bestemmelser i en omfattet skatteaftale gives der ikke fordele efter den omfattede skatteaftale med hensyn til indkomst eller formue, hvis det i betragtning af alle relevante fakta og omstændigheder er rimeligt at antage, at opnåelse af denne fordel var et af hovedformålene med noget arrangement eller nogen transaktion, som direkte eller indirekte medførte denne fordel, medmindre det godtgøres, at opnåelse af denne fordel under disse omstændigheder ville være i overensstemmelse med genstanden for og formålet med de relevante bestemmelser i den omfattede skatteaftale.”

Anbringender

BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS)

HHU ApS har henholdt sig til det sammenfattende processkrift af 3. januar 2022, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

”2. SAGENS TEMA

2.1 Sagens primære problemstilling

Sagen vedrører spørgsmålet om dansk begrænset skattepligt (kildeskat) af renter på lån ydet af selskabet SNAH AB (Sverige) til HHU ApS i indkomstårene 2004-2007 og spørgsmålet, om HHU ApS hæfter for kildeskatten på renterne.

Det er Skattestyrelsens (daværende SKAT) og Skatteministeriets opfattelse, at SNAH AB var dansk begrænset skattepligtig af renterne, idet selskabet ikke var retmæssig ejer ("beneficial owner") af renterne, jf. selskabs-skatteloven § 2, stk. 1, litra d), jf. artikel 11 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Det er yderligere skattemyndighedernes opfattelse, at HHU ApS hæfter for den kildeskat, som ifølge Skattestyrelsen burde være indeholdt af renterne.

Det er sagsøgers opfattelse, at SNAH AB ikke var skattepligtig som anført, og at der ikke er noget grundlag for HHU ApS' hæftelse for skattekravet.

Det bemærkes, at HHU ApS blev erklæret konkurs den 17. februar 2011. Moderselskabet BEI ApS valgte herefter at videreføre retssagerne.

2.2 EU-Domstolens afgørelser C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16

Det fremgår af retsbogen af 11. oktober 2019, at Vestre Landsret tilbagekaldte forelæggelseskendelsen i nærværende sager (herefter "HHU-sagerne") med henvisning til EU-Domstolens afgørelse af 26. februar 2019 i C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 ("EU-Dommen"). Ifølge landsretten var der ikke grund til at antage, at EU-Domstolen ville besvare spørgsmålene i HHU-sagerne anderledes end spørgsmålene i de fire ovennævnte EU-sager. Landsretten anførte også, at EU-Domstolen – til trods for variationer i sagerne – i overvejende grad har undladt at henvise til sagernes faktiske omstændigheder og dermed er kommet med mere generelle besvarelser.

Besvarelsen af den tilbagekaldte forelæggelse havde selvsagt haft afgørende betydning for HHU-sagerne. På den baggrund er det også nødvendigt at inddrage EU-Dommen i HHU-sagerne, idet EU-domstolens besvarelser nu også anses for besvarelse af de i HHU-sagerne forelagte spørgsmål.

2.3 Sagsøgers hovedanbringender

Sagsøger gør til støtte for sine påstande væsentligst gældende, at SNAH AB er berettiget til de fordele, der følger af direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater ("rente-/royaltydirektivet") (afsnit 5.1.1).

Sagsøger gør tillige gældende, at SNAH AB er retmæssig ejer af godskrevne og modtagne renter fra HHU ApS, jf. hertil den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsten (afsnit 5.1.2).

I forlængelse heraf gør sagsøger gældende, at hverken selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra d eller artikel 11 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst udgør interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug som anført i rente-/royalty-direktivets artikel 5. Skatteministeriet kan dermed heller ikke nægte adgang til fordelene efter direktivet eller påberåbe sig det EU-retlige misbrugsprincip (afsnit 0).

Det er sagsøgers opfattelse, at EU-Dommen er udtryk for en praksisændring på netop dette punkt, og at denne nye praksis dermed ikke kan finde anvendelse (afsnit 5.1.5). Endvidere gøres det gældende, at Skattestyrelsens afgørelse om kildeskat på renterne er en skærpelse med tilbagevirkende kraft af en årelang, fast administrativ praksis. En sådan skærpelse kan, hvis den overhovedet har hjemmel, alene have fremadrettet effekt og skal varsles (afsnit 5.1.4).

Sagsøger gør derudover og helt afgørende gældende, at der konkret slet ikke er tale om et retsmisbrug (afsnit 5.1.6).

Det gøres tillige gældende, at HHU ApS ikke hæfter for en eventuel rentekildeskat, idet selskabet under alle omstændigheder ikke har handlet forsømmeligt, jf. kildeskattelovens § 69 (afsnit 5.2).

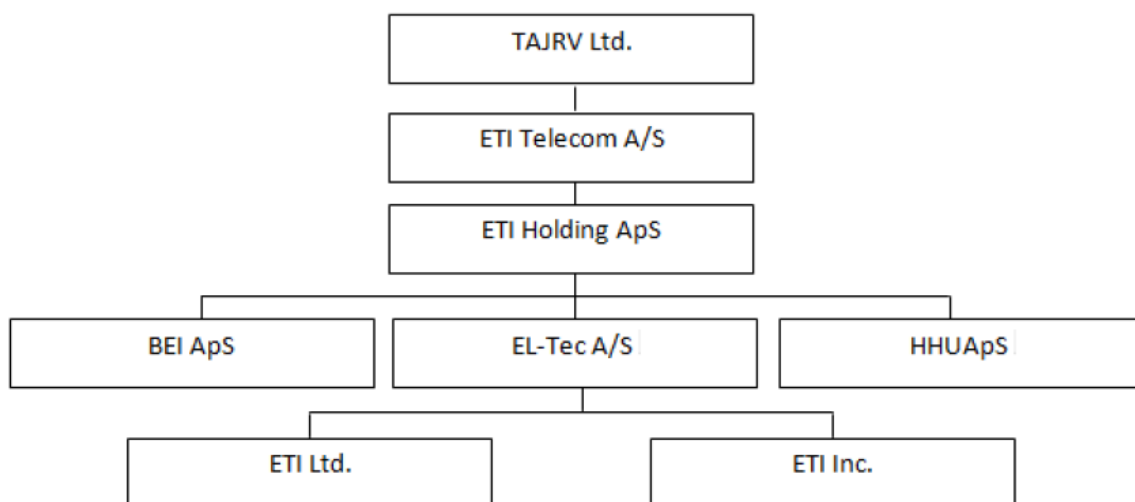
Herudover tiltræder og påberåber sagsøger sig argumentationen gjort gældende af Alfa Laval Aalborg Holding A/S i sagen BS-30/2012-VLR.

3. SAGENS FAKTUM

Nedenfor er fremhævet dele af sagens faktiske omstændigheder, der er yderligere beskrevet i Landskatterettens afgørelse, samt forelæggelses-kendelsen af 21. december 2016 i HHU-sagerne.

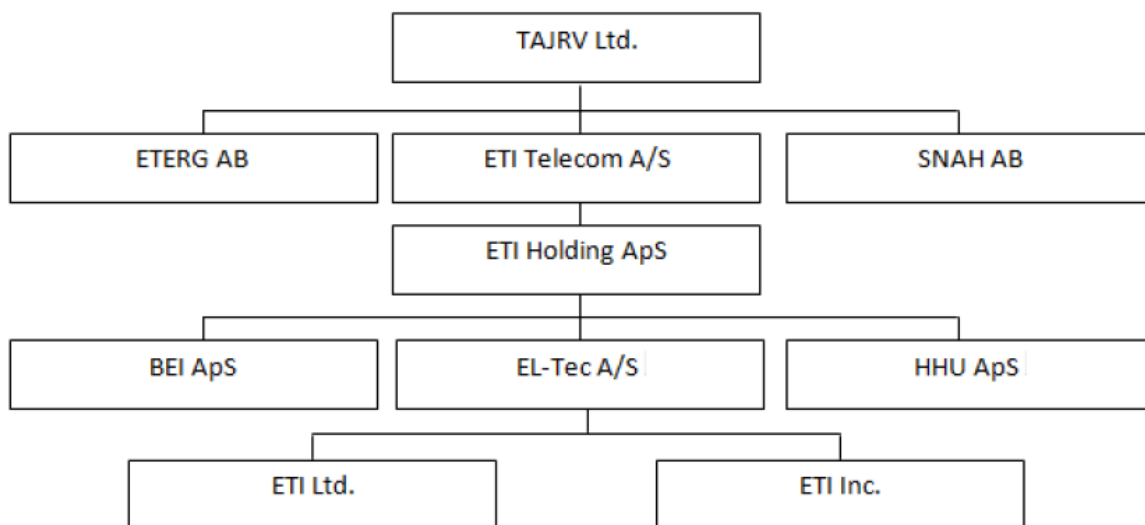
TAJRV Ltd., Jersey, erhvervede den 1. juli 2002 det danske selskab ETI Telecom A/S, som var moderselskab i en koncern, der drev virksomhed med bl.a. salg af produkter i forbindelse med sikkerhed, overvågning mv.

Koncernen havde efter erhvervelsen pr. 1. juli 2002 følgende struktur:



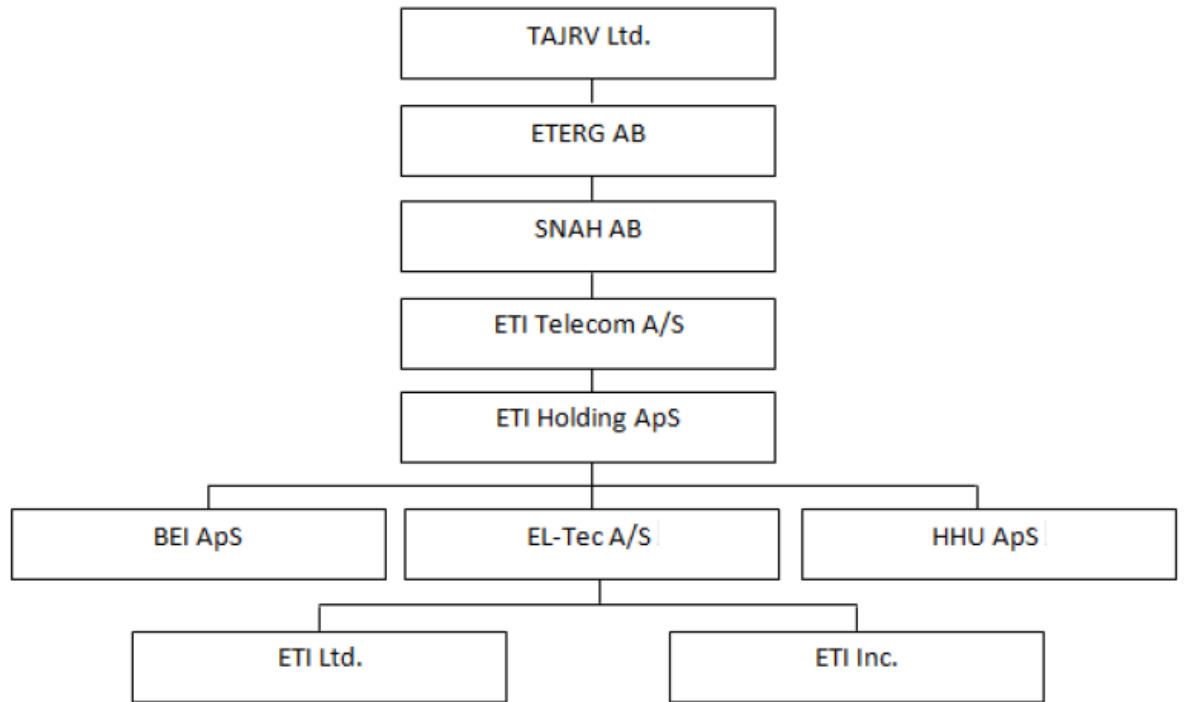
Den 25. juni 2003 erhvervede TAJRV Ltd. to svenske selskaber for SEK 200.000 og ændrede deres navne til ETERG AB og SNAH AB.

Koncernen havde herefter pr. 25. juni 2003 følgende struktur:



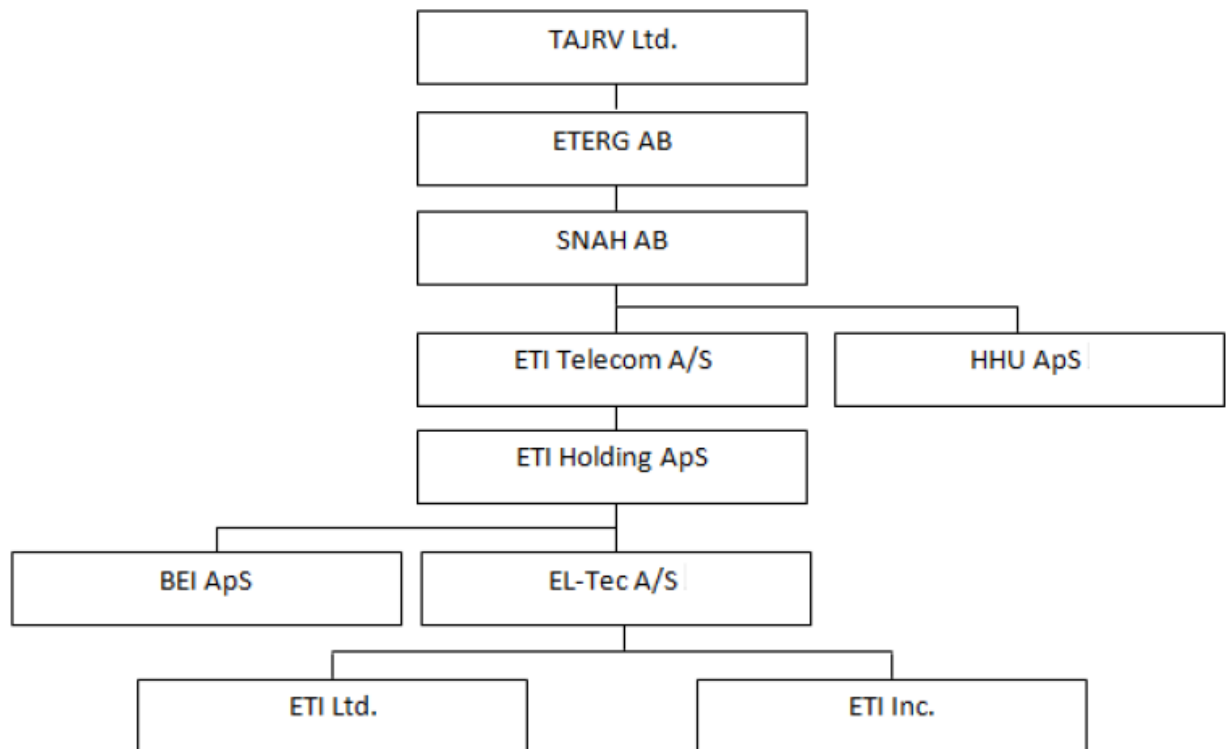
Samme dag – den 26. juni 2003 – blev aktierne i SNAH AB overdraget til ETERG AB for EUR 225 mio. Som vederlag herfor oprettedes et gælds-brev med ETERG AB som debitor og TAJRV Ltd. som kreditor.

Koncernen havde herefter pr. 26. juni 2003 følgende struktur:



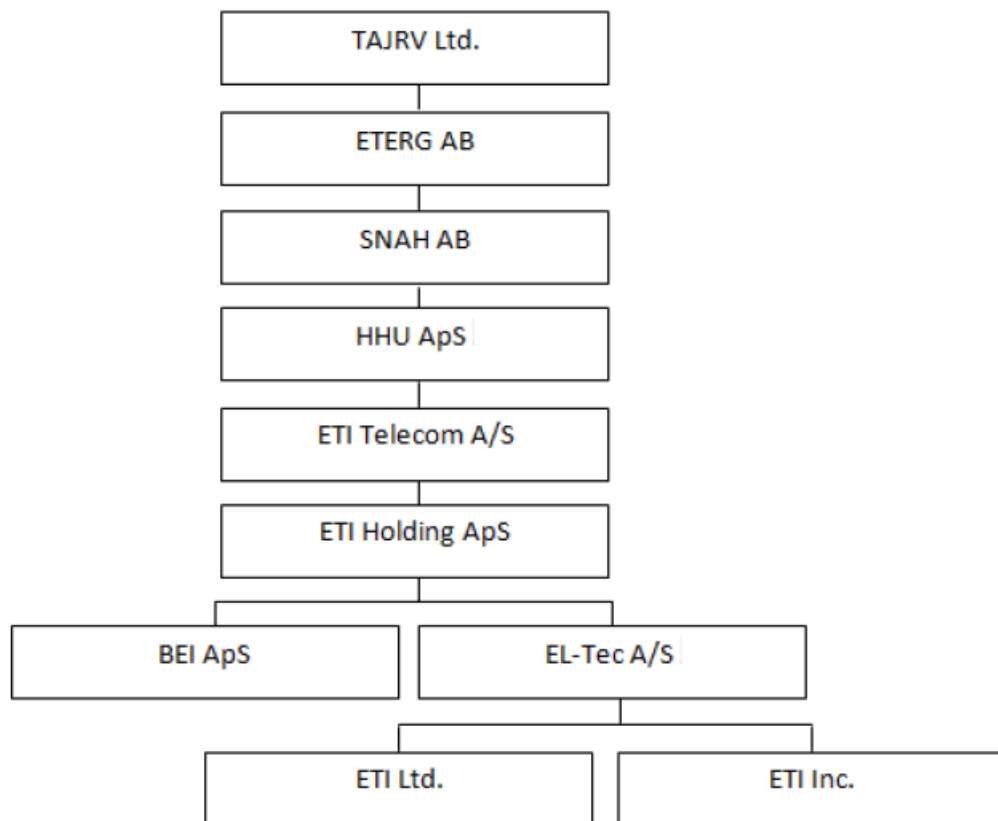
Dagen efter – den 27. juni 2003 – overdrog ETI Holding ApS datterselskabet HHU ApS til datterselskabet i den svenske koncern, SNAH AB, for DKK 1,7 mio., der blev finansieret ved et lån fra ETI Holding ApS til SNAH AB.

Koncernen havde herefter pr. 27. juni 2003 følgende struktur:



Den 1. juli 2003 erhvervede HHU ApS aktierne i ETI Telecom A/S fra SNAH AB for EUR 225 mio. Som vederlag herfor oprettedes et gældsbrief med HHU ApS som debitor og SNAH AB som kreditor. HHU ApS blev på den måde det øverst placerede selskab i den danske del af koncernen.

Koncernen havde herefter pr. 1. juli 2003 følgende struktur:

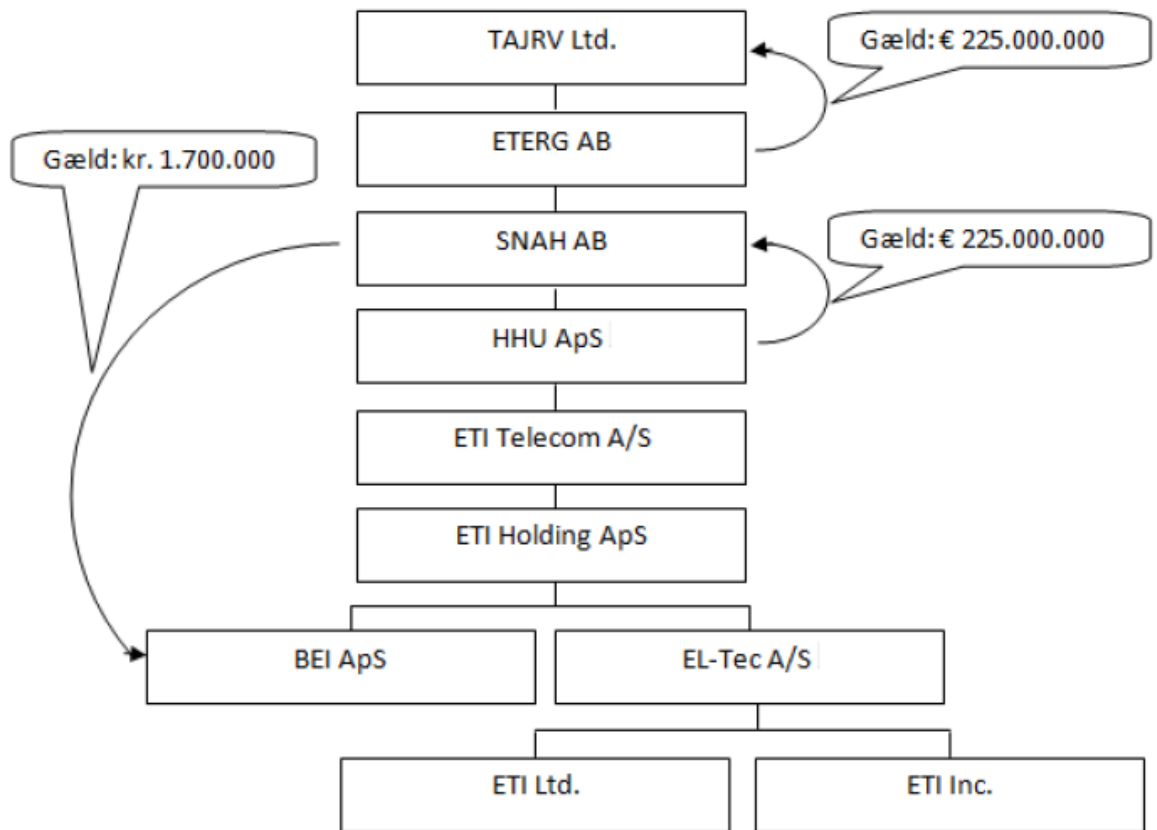


Ved de nævnte transaktioner var der oprettet et gælds-brev mellem det øverste danske selskab i koncernen, HHU ApS, og dets svenske moderselskab SNAH AB samt et gælds-brev mellem SNAH AB's moderselskab, ETERG AB, og dets moderselskab TAJRV Ltd. Begge låneforhold var usikrede.

De to gælds-breve mellem henholdsvis HHU ApS og SNAH AB og ETERG AB og TAJRV Ltd. var – bortset fra kreditor og debitor – enslydende. For begge gælds-breve gjaldt, at hovedstolen var på EUR 225 mio., at lånet for-rentedes fra den 1. juli 2003, at renten svarede til Euribor 6 mdr. plus 5 %, og at rentetilskrivningen skete pr. 30. juni og 31. december, første gang den 31. december 2003.

Der blev ikke aftalt faste afdrag. Debitor havde mulighed for at indfri gælden til enhver tid, og kreditor kunne til enhver tid forlange lånet ind-friet med et varsel på 6 måneder.

Koncernstrukturen, herunder de interne gældsforhold, kan illustreres som følger:



En del af renterne fra HHU ApS til SNAH AB blev betalt effektivt, mens en del ikke blev betalt effektivt, idet de i stedet indgik i gældskonverteringer m.v., jf. nedenfor.

SNAH AB var skattepligtig af sine renteindtægter fra HHU ApS, selvom disse og medtog dem ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst til Sverige.

Der var ikke etableret lån mellem SNAH AB og ETERG AB.

SNAH AB ydede en række såkaldte koncernbidrag til ETERG AB. Efter svenske regler er sådanne koncernbidrag fradragsberettigede for yderen og skattepligtige for modtageren. På indtægtssiden havde SNAH AB dermed renterne fra HHU ApS, der blev udlignet af fradraget for det ydede koncernbidrag, mens der i ETERG AB på indtægtssiden var det modtagne koncernbidrag, der blev udlignet af renteudgifterne til TAJRV Ltd.

HHU ApS foretog i juni 2004 og december 2006 kapitalforhøjelser ved gældskonvertering. SNAH AB tegnede kapitalforhøjelsen ved delvis gældskonvertering af SNAH AB's fordringer på HHU ApS.

Ved gældskonverteringen i juni 2004 blev gælden nedsat med EUR 58.000.000, og i december 2006 blev den nedsat med SEK 122.000.000 (ca. EUR 13.494.232, omregnet til kurs 904,09). Forskellen i valuta skyldes, at gældsforholdet i mellemtiden var konverteret fra et lån i euro til et lån i svenske kroner.

Den 28. juni 2004 blev der, ligeledes ved gældskonvertering, foretaget et aktieejertilskud fra TAJRV Ltd. til ETERG AB på EUR 58.000.000. Som vil-kår for tegningen blev påløbne, ubetalte renter anset for betalt, og det yderligere tegnede beløb blev anset for et afdrag på hovedstolen. Den 29. december 2006 foretog TAJRV Ltd. tillige et aktieejertilskud i ETERG AB på SEK 123.000.000 (ca. EUR 13.604.840, omregnet til kurs 904,09), hvori der blev modregnet tilskrevne renter.

I låneforholdet mellem HHU ApS og SNAH AB blev der i perioden indtil indførelsen af reglerne om rentekildeskat tilskrevet renter på i alt EUR 12.139.403. Heraf blev EUR 7.977.375 effektivt betalt. I perioden fra den 2. april 2004 til den 30. juni 2006 blev tilskrevet renter på i alt EUR 29.525.550. Heraf blev EUR 25.584.028 effektivt betalt af HHU ApS til SNAH AB, og EUR 3.941.522 blev gældskonverteret uden pengestrøm. I perioden fra den 1. juli 2006 til den 30. juni 2007 blev der tilskrevet renter på i alt SEK 128.164.844. Heraf blev SEK 0 effektivt betalt. SEK 122.000.000 blev gældskonverteret uden pengestrøm, og SEK 6.164.844 blev modregnet ved tilbagesalg af aktierne i ETI Telecom A/S.

SNAH AB var skattepligtig af sine renteindtægter fra HHU ApS, selvangav disse og medtog dem ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst til Sverige.

I perioden fra den 2. februar 2004 til den 30. juni 2006 har SNAH AB ved koncernbidrag overført i alt EUR 20.877.253 og SEK 77.021.200 til ETERG AB. SNAH AB kunne fratække disse koncernbidrag ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst. ETERG AB var skattepligtig af koncernbidragene fra SNAH AB, selvangav disse og medtog dem ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst til Sverige.

I låneforholdet mellem ETERG AB og TAJRV Ltd. blev der i perioden fra den 31. december 2003 til den 30. juni 2006 tilskrevet renter på i alt EUR 28.822.416 og SEK 129.378.533. Heraf blev EUR 20.879.916 effektivt betalt af ETERG AB. Resten, dvs. EUR 7.942.500 og SEK 129.378.533, blev gældskonverteret og modregnet i tilskud fra TAJRV Ltd til ETERG AB.

De to svenske selskaber, SNAH AB og ETERG AB, havde ingen ansatte, men havde en registreret direktion.

De to svenske selskaber blev administreret af AmiCorp Sweden AB, og ansatte i AmiCorp udgjorde direktion og bestyrelse i de to selskaber, som også havde samme adresse og postadresse som AmiCorp.

Det er omtvistet, hvorvidt de svenske selskaber rådede over kontorfaciliteter. Det er sagsøgers opfattelse, at de svenske selskaber rådede over kontorfaciliteter via administrationsselskabet AmiCorp. Det er Skatteministeriets opfattelse, at de svenske selskaber havde hyret administrationsselskabet og derfor ikke havde egne lokaler eller i øvrigt rådede over sådanne.

De to svenske selskaber var begge holdingselskaber, hvis formål hver især var at eje deres respektive datterselskaber. Udover holdingaktiviteten i de to svenske selskaber erhvervede SNAH AB den 10. januar 2006 en udlejningsejendom i Sverige for SEK 5,4 mio. (ca. EUR 577.324, omregnet til kurs 935,35).

Erhvervelsen af udlejningsejendommen skete i investeringsøjemed og var led i en investeringsstrategi vedrørende hovedsageligt teknologiselskaber og ejdomsinvesteringer i Sverige, der skulle give muligheder for at flytte visse udviklingsaktiviteter. Strategien blev senere forladt som følge af, at Skattestyrelsen rejste sag mod koncernen, og SNAH AB's generelle kommercielle udfordringer.

Skatteministeriet bestrider ovenstående oplysninger som udokumenterede.

Af de to svenske selskabers bogføring fremgår, at TAJRV Ltd. betalte de svenske selskabers udgifter til revisor samt til administrationsselskabet AmiCorp.

TAJRV Ltd.'s adresse er c/o Udenlandsk virksomhed Adresse 2, Jersey.

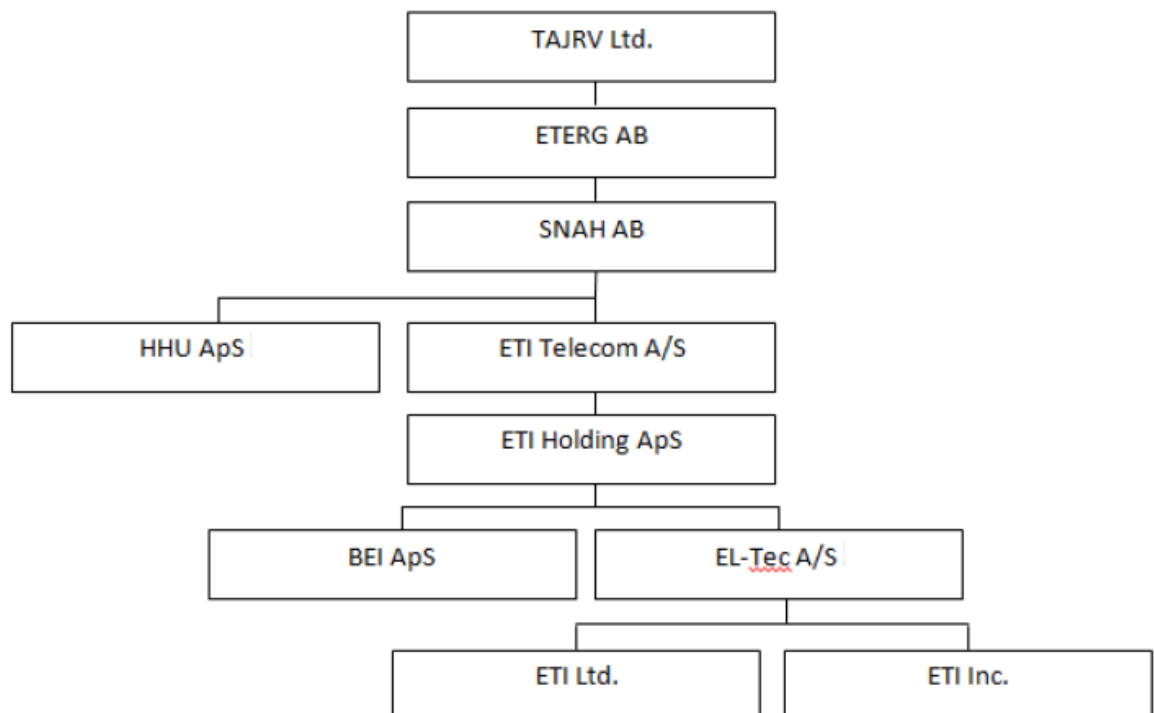
Den 3. juli 2007 købte SNAH AB ETI Telecom A/S tilbage fra HHU ApS ved modregning i SNAH AB's tilgodehavende hos HHU ApS på nominelt SEK 1.623.858.985 (ca. EUR 175.793.683, omregnet til kurs 923,73).

Det er sagsøgers opfattelse, at værdien af ETI Telecom A/S var væsentligt mindre end SEK 1.623.858.985 (ca. EUR 175.793.683, omregnet til kurs

923,73). Værdien af SNAH AB' fordring på HHU ApS svarede logisk til værdien af ETI Telecom A/S, idet HHU ApS' eneste aktiv var aktierne i ETI Telecom A/S. Derved kunne betalingen gennemføres ved modregning, hvilket skete.

Strukturændringen skete som følge af svigtende økonomiske resultater fra den danske ETI-koncern forårsaget af, at omsætningen i Saudi Arabien mere eller mindre bortfaldt som følge af krisen omkring Muhammed-tegningerne.

Koncernen havde pr. 3. juli 2007 følgende struktur:



4. SAGENS JURIDISKE RAMME

4.1 Skattepligten omfatter ikke renter til selskaber i EU/DBO-lande

I henhold til § 2 stk. 1, litra d, 3. pkt. i den daværende selskabsskattelev er udenlandske selskaber og foreninger mv. skattepligtige af renter oppebåret fra gæld fra et dansk selskab, som det danske selskab har til udenlandske juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B. Skattepligten omfatter dog ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter:

- a) Bestemmelserne i direktiv 2003/49/EF (rente-/royaltydirektivet) eller
- b) en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor det modtagene selskab er hjemmehørende.

Ad a) - bestemmelserne i direktiv 2003/49/EF (rente-/royaltydirektivet)

Formålet med direktiv 2003/49/EF er sikre, at renter og royalties beskattes én gang i en medlemsstat, jf. betragtning nr. 3 i direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003.

Det angives derfor i artikel 1, stk. 1 i direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, at betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, forudsat at den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er et selskab i en anden medlemsstat.

Et selskab i en medlemsstat anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget sig-natar for en anden person, jf. artikel 1, stk. 4.

Det er dog yderligere et krav, at det selskab, der er betaleren af renter eller royalties, er et selskab, som er associeret med det selskab, der er den retmæssige ejer af disse renter eller royalties, jf. artikel 1, stk. 7.

Et "associeret selskab" er jf. artikel 3 b), et selskab, der er associeret med et andet selskab, som minimum ved at:

- i. det direkte besidder en andel på mindst 25 % af det andet selskabs kapital, eller
- ii. det andet selskab direkte besidder en andel på mindst 25 % af dets kapital, eller
- iii. et tredje selskab direkte besidder en andel på mindst 25 % af både dets kapital og af det andet selskabs kapital.

Direktivet udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomst-mæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug, jf. artikel 5, stk. 1.

Ad b) en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor det modtagene selskab er hjemmehørende.

Det modtagne selskab – SNAH AB – er i denne sag hjemmehørende i Sverige.

Beskatningsretten til renter, der fra kilder i Danmark oppebæres af selskaber, der er hjemmehørende i Sverige, er reguleret i dobbeltbeskatnings-overenskomstens artikel 11, stk. 1.

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"1. Renter, der hidrører fra en kontraherende stat, og som betales til en i en anden kontraherende stat hjemmehørende person, kan kun beskattes i denne anden stat, hvis denne person er den retmæssige ejer af renterne. "

Det følger heraf, at kildestaten, her Danmark, ikke kan beskatte renter, der betales til en person, der er hjemmehørende i Sverige, såfremt vedkommende er den "retmæssige ejer" af renterne.

4.2 Indeholdelse og hæftelse for kildeskat

Et selskab skal ved enhver udbetaling eller godskrivning af renter til et selskab, der er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d indeholde kildeskat af rentebeløbet (renteskat), jf. KSL § 65 D, stk. 1.

Indeholder et selskab ikke renteskat, er selskabet over for det offentlige umiddelbart ansvarlig for betaling af det manglende beløb, medmindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed ved iagttagelse af bestemmelserne i kildeskatteloven, jf. KSL § 69, stk. 1.

4.3 Anti-misbrugsregler

Der fandtes i 2004-2007 ingen generel lovbestemt dansk regel om bekæmpelse af misbrug i skatteretten. En sådan værnsregel blev implementeret i dansk ret ved lov nr. 540 af 29. april 2015.

I 2004-2007 var der 2 domstolsskabte principper, der principielt kunne have fundet anvendelse.

Den såkaldte realitetsgrundsætning, hvorefter beskatning skal ske på grundlag af en konkret bedømmelse af, hvad der faktisk er sket. Det betyder bl.a., at tomme og kunstige, skattebetingede dispositioner efter omstændighederne kan tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i forhold til den modstående realitet.

Herudover princippet om "rette indkomstmodtager". Princippet om "rette indkomstmodtager" bygger på den grundlæggende bestemmelse om beskatning af indkomst i statsskattelovens § 4 og indebærer, at skattemyndighederne ikke er forpligtet til at acceptere en kunstig adskillelse mellem den indkomstskabende virksomhed/aktivitet og placeringen af den deraf flydende indkomst. Princippet går således ud på at fastslå, hvem der – uanset den formelle fremtrædelsesform – er den reelle modtager af en given indkomst og derfor skattepligtig af denne. Det er altså spørgsmålet om, til hvem indkomsten skal allokere i skattemæssig henseende. Den "rette indkomstmodtager" er altså den person, der er skattepligtig af den pågældende indkomst.

5. ANBRINGENDER

5.1 Sagsøgers principale påstand - ingen begrænset skattepligt på renter

5.1.1 Rente-royaldirektivet

Det gøres overordnet gældende, at SNAH AB er den retmæssige ejer af renterne i medfør af rente-/royaltydirektivet, samt at beskatningen af renterne dermed skal frafalde, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Skatteministeriets anbringender om, at SNAH AB er "rette indkomstmodtager" og dermed begrænset skattepligtig efter dansk ret, men samtidig nægtes rettighederne efter rente-/royaltydirektivet, er i strid med direktivets ordlyd og de formål, der forfølges med direktivet.

Det fremgår af en ordlydsfortolkning, at et selskab i en medlemsstat anses for at være den retmæssige ejer af renter, når det modtager renter til eget brug, medmindre det modtager sådanne rentebetalinger som formidler, herunder som agent mv., jf. rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, jf. stk. 4.

Ifølge grundlæggende selskabsretlige regler er et datterselskab et selv-stændigt retssubjekt, der selv kan indgå bindende aftaler. Der kræves derfor særskilte aftaler, hvis et datterselskab kun skal anses for at agere som formidler.

En modtager, der som SNAH AB handler på egne vegne og for egen regning og risiko, kan ikke sammenlignes med en formidler og skal anerkendes som retmæssig ejer af betalingerne.

Af disse grunde følger det isoleret og samlet set allerede af ordlyden af rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, jf. stk. 4, at SNAH AB er den retmæssige ejer i direktivets forstand.

Hertil kommer, (i) at SNAH AB havde civilt ejerskab af gælden og de der-til hørende renter, (ii) at SNAH AB havde reel råden over renterne, samt (iii) at SNAH AB havde den reelle nytte og risiko, og dermed også anses som den retmæssige ejer, som den enhed, som økonomisk set modtog de oppebårne renter og derfor havde mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf, jf. EU-Dommens pr. 89 (yderligere afsnit 5.1.6 nedenfor).

Herudover er der ikke i medfør af artikel 5 i rente-/royaltydirektivet grundlag for at nægte SNAH AB de fordele, der følger af direktivet, da dette kræver intern dansk hjemmel.

Rente-/royaltydirektivet giver i art. 5 mulighed for at indføre nationale og folkeretlige svigs- og misbrugsregler (vores understregning):

"1. Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.

2. Medlemsstaterne kan tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde. "

Der foreligger slet ikke svig eller misbrug i nærværende sag, men under alle omstændigheder fremgår det af rente-/royaltydirektivets art. 5, at det bl.a. er en betingelse, at der skal være hjemmel i intern dansk skatteret til at imødegå det af Skatteministeriet påståede svig eller misbrug.

Der var ingen sådan hjemmel i dansk skatteret, jf. hertil sag C-321/05, Ko-foed ("**Kofoed-dommen** "), se yderligere afsnit 5.1.5.1 nedenfor.

5.1.2 Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Beskatningsretten til renter, der fra kilder i Danmark oppebæres af selskaber, der er hjemmehørende i Sverige, er reguleret i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11, stk. 1.

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"1. Renter, der hidrører fra en kontraherende stat, og som betales til en i en anden kontraherende stat hjemmehørende person, kan kun beskattes i denne anden stat, hvis denne person er den retmæssige ejer af renterne. "

Det følger heraf, at kildestaten, her Danmark, ikke kan beskatte renter, der betales til en person, der er hjemmehørende i Sverige, såfremt vedkommende er den "retmæssige ejer" af renterne.

Det gøres gældende, at Danmark ikke kan beskatte rentebetalinger fra HHU ApS til SNAH AB, da sidstnævnte er retmæssig ejer af rentebetalingerne/tilskrivningerne også i dobbeltbeskatningsoverenskomstens for-stand.

I 2003-kommentarerne til OECD modeloverenskomsten er problematikken omkring retmæssig ejer af renter primært omtalt under punkt 8 til artikel 11. Kommentarerne har følgende ordlyd:

"8. Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i art. 11, 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 renteindkomst, 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.

8.1 Lempelse af eller fritagelse for beskatning af en indkomst indrømmes af kildestaten til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, for helt eller delvist at undgå den dobbeltbeskatning, der ellers ville følge af hjemmehørende statens samtidige beskatning af indkomsten. 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 indkomstmottagers status som en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Den umiddelbare indkomstmottager er i denne situation en person, der er hjemmehørende i den anden stat, men ingen dobbeltbeskatning opstår som følge heraf, da indkomstmottageren 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 "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.

8.2 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 medlem den berettigede og udbetaleren, men den retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Stater, der ønsker at udtrykke dette tydeligere, kan frit gøre det under bilaterale forhandlinger. "

Af kommentarerne til OECDs overenskomst kan det udledes, at agenter og mellemmand samt gennemstrømningsselskaber ikke er retmæssige ejere af renter. For så vidt angår gennemstrømningsselskaber er det dog en betingelse, at selskabet har så snævre beføjelser til at råde over renterne, at det reelt i relation til renten er en nullitet eller administrator.

SNAH AB anerkendes i Sverige som et selvstændigt rets- og skattesubjekt, og SNAH AB er civilretlig ejer af fordringen mod HHU ApS, og havde samtlige ejerbeføjelser, herunder den fulde ret til at sælge eller pantsætte fordringen. SNAH AB havde endvidere den fulde risiko, hvis HHU ApS ikke kunne tilbagebetale hovedstol og renter. SNAH AB er derfor hverken et gennemstrømningsselskab eller en nullitet i forhold til renter modtaget fra HHU ApS, men derimod dets retmæssige ejer.

5.1.3 Ingen national hjemmel til nægtelse af direktivfordele

Det følger direkte af dansk administrativ praksis, samt af Domstolens afgørelse i Kofoed-dommen, at der skal foreligge interne danske regler, såfremt der skal kunne nægtes fritagelse for renteskat efter rente/royaltydirektivet.

Skatteministeriet argumenterer fortsat for, at den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11 og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, udgør sådanne nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug som anført i rente-

/royaltydirektivets artikel 5, således at Danmark ikke er forpligtet til at fra-falde kildeskatten i henhold til rente-/royaltydirektivet.

Dette er fortsat meningsløst.

Sagsøgers holdning strider åbenlyst mod "den gyldne regel", hvorefter dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke selvstændigt kan hjemle beskatning, hvilket er bekræftet af Landsskatteretten i SKM 2010.268LSR (nu SKM2012.121.ØLR).

Den blotte regel om begrænset skattepligt i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d udgør selvsagt heller ikke en sådan intern hjemmel til hindring af svig og misbrug. Som allerede dokumenteret ovenfor er SNAH AB utvivl-somt rette indkomstmodtager af rentebetalingerne fra HHU ApS, hvorfor der heller ikke i direktivets artikel 5 er hjemmel til at nægte selskabet de fordele der følger af rente-/royaltydirektivet.

Som der også blev redegjort for i Østre Landsrets forelæggelseskendelse til Domstolen, pkt. 109-112 [...] fandtes der heller ikke i 2006-2008 en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug. En sådan værnsregel blev først vedtaget ved lov nr. 540 af 29. april 2015. Derudover er der også enighed om, at realitetsgrundsætningen ikke giver grundlag for at tilside-sætte de i denne sag foretagne dispositioner.

Ovenstående spørgsmål skulle have været afklaret ved Domstolens besvarelse af spørgsmål 2.1 og 3 i forelæggelseskendelsen. Domstolen valgte imidlertid at gennemføre en praksisændring (se afsnit 5.1.5 nedenfor), der medførte at Domstolen ikke tog stilling til spørgsmålene.

Både Kommission og generaladvokaten bidrog dog imidlertid med deres fortolkning. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg til Domstolen [...] klart anført, at hverken selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d eller dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11 kan anses som en gennemførelse af bestemmelsen i rente-/royaltydirektivets artikel 5. Ligeledes kom generaladvokaten i pkt. 110 i sit forslag til afgørelse frem til, at:

"110. Af denne grund kan spørgsmål 2.1 og 3 besvares med, at hverken § 2, stk. 2, litra d [sic], i den danske selskabsskattelov eller en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der for så vidt angår beskatningen af renter tager udgangspunkt i den retmæssige ejer, er tilstrækkelige til at kunne betragtes som gennemførelse af artikel 5 i direktiv 2003/49. "

Både Kommissionen og generaladvokaten støttede således sagsøgers anbringender.

Som nævnt gennemførte Domstolen imidlertid ved afgørelsen en praksisændring, hvorefter EU-direktiver "nu" i sig selv kan påberåbes af en medlemsstat over for borgerne uden krav om national gennemførelse af de relevante bestemmelser.

Skatteministeriet har på linje med EU-Dommen fremsat et synspunkt om, at selv hvis der på tidspunktet ikke fandtes nationale eller overenskomst-mæssige regler til bekæmpelse af misbrug, ville det generelle EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug finde anvendelse.

Dette synspunkt har direkte sammenhæng med Domstolens nye praksis og udgør samtidig også endnu et brud på dagældende dansk administrativ praksis. Som nærmere beskrevet i afsnit 5.1.5 lige nedenfor er retssikkerhedsprincippet imidlertid til hinder for at et sådan synspunkt kan tiltrædes.

5.1.4 Ændring af dansk praksis

Ved vurderingen af, om Skatteministeriets argumentation er udtryk for en praksisændring, er det ikke alene relevant at se på skattemyndighedernes praksis, men ligeledes relevant at se nærmere på lovgiver og Skatteministeriets (skiftende) syn på problemstillingen.

Problemstillingen vedrører navnlig ministeriets syn på begreberne rette indkomstmodtager, retmæssig ejer samt anvendelsen af holdingselskaber. Af relevans herfor er derfor også udviklingen i retstilstanden vedrørende skattepligt på udbytter, der ligeledes indeholder mulighed for skattefrihed, hvis beskatningen frafalder eller nedsættes efter et EU-direktiv eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og hvor spørgsmålet om den retmæssige ejer af betalingen er den samme i begge relationer.

I Danmark har udenlandske selskaber været begrænset skattepligtige af udbytter siden 1. januar 1970.

I 1992 blev moder-/datterselskabsdirektivet implementeret i dansk ret, hvorefter udbytte som f.eks. et dansk datterselskab udlodder til sit EU-moderselskab, fritages for kildeskat under visse betingelser, jf. også artikel 5 i moder-/datterselskabsdirektivet.

I 1998 blev også ikke-EU-selskaber omfattet af fritagelsen for udbytteskat. Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at (vores understregning):

"Det foreslås endvidere at afskaffe kildeskatten på udbytter betalt til udenlandske moderselskaber, når det danske datterselskab er omfattet af EU's moder/datterselskabsdirektiv, således at EU-selskaber og ikke-EU-selskaber skattemæssigt behandles ens. Denne kildeskat kan i vidt omfang undgås ved at indskyde holdingselskaber i lande, i forhold til hvilke Danmark helt eller delvist er afskåret fra at indeholde kildeskat. Indkomst i et dansk datterselskab vil efter forslaget således i Danmark alene blive pålagt dansk selskabskat, og det udenlandske moderselskab vil i den henseende skattemæssigt i Danmark blive behandlet på samme måde som et dansk moderselskab.

Af de provenumæssige bemærkninger fremgår det, at (vores understregning):

"M.h.t. skattefritagelsen af udbytter fra danske datterselskaber til udenlandske moderselskaber og udbytter fra udenlandske datterselskaber til danske moderselskaber vil ændringen ikke have betydning for udbytte fra og til et andet EU-land, da disse i forvejen er skattefri, men alene i forhold til lande uden for EU. Der er ikke faste holdepunkter for en bedømmelse af provenuvirkningen. Bl.a. er der ikke oplysninger om udenlandske moderselskabers udbytter fra Danmark eller om danske moderselskabers datterselskabsudbytte fra ikke-EU-lande. På den anden side må det inddrages i vurderingen, at den gældende beskatning kan omgås ved omdirigering af udbytterne til selskaber i 3. lande, således at udbytterne ikke beskattes her i landet.

Bemærkningerne kan kun forstås således, at Skatteministeriet i 1998 mente, at indskydelse af holdingselskaber i andre EU-land var en simpel og lovlig anvendelse af regelsættet, og at man derfor ligeså godt kunne fjerne den administrative byrde ved reglerne.

I 2000 kom Skatteministeriet imidlertid på andre tanker. En særlig adfærdskodeks-gruppe havde i ECOFIN-regi undersøgt 271 skatteordninger i EU-landene og i forlængelse heraf udtrykt kritik af det danske regelsæt.

Den 10. november 2000 blev lovforslag nr. 99 derfor fremsat om genindførelse af udbyttebeskatning for moderselskaber i ikke-EU-lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Af lovforslaget fremgår det, at ændringen skyldes kritik udefra, navnlig idet:

"(...), at de danske regler kan anvendes til at udhule andre landes beskatning. Andre lande, som beskatter udbytter fra selskaber i disse lande til moderselskaber i skattely-lande, er derfor utilfreds med, at deres beskatning kan omgås ved hjælp af de danske holdingregler.

Det foreslås derfor som et bidrag fra dansk side til at modvirke brugen af skattely og for at imødekomme udenlandsk kritik at genindføre skatten på 25 pct. af udbyttebetalinger, fra et dansk datterselskab til dets udenlandsk moderselskab, men kun i tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i et land uden for EU eller i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. "

Ved vedtagelsen af lovforslaget bringes de danske holdingregler således tilbage til situationen i 1998, dvs. en retstilstand, hvor kildeskat kunne undgås ved at indskyde holdingselskaber i lande, i forhold til hvilke Danmark helt eller delvist var afskåret fra at indeholde kildeskat, jf. de ovenfor citerede forarbejder til 1998-ændringen. Af samme årsag forventede lovgiver også, at merprovenuet ved forslaget ville være begrænset.

Netop denne situation affødte en del spørgsmål under lovforslaget behandling.

I sin besvarelse af udvalgsspørgsmål 16 anvendte skatteministeren et eksempel med et moderselskab på De Britiske Jomfruøer, som har et datterselskab i Irland.

Hvis det irske datterselskab er ejet direkte af moderselskabet på Jomfruøerne, vil Irland beskatte udbyttebetaling fra datterselskab til moderselskab. Genindførelsen af udbyttebeskatning ville medføre, at den irske beskatning ikke længere kunne omgås ved at indskyde et dansk holdingselskab, så det irske datterselskab udlodder udbytte til det danske holdingselskab, der videreudlodder udbyttet til moderselskabet på Jomfruøerne.

Det danske holdingselskab vil efter lovforslaget ikke længere kunne udbetale udbytte skattefrit til moderselskabet på Jomfruøerne. Skatteministeriet bekræfter imidlertid også, at (vores understregning):

"Det er korrekt, at moderselskabet på Jomfruøerne fortsat kan undgå den danske beskatning af udbytterne fra det irske selskab ved at overdrage aktierne i det danske selskab til et mellemholdingselskab på Cypern. I så fald vil Danmark ikke beskatte udbyttet, da moderselskabet på Cypern er omfattet af den danskcypriske dobbeltbeskatningsoverenskomst. "

Til besvarelse af udvalgsspørgsmål 3 om merprovenuet, svarede skatteministeren:

"Selskaberne vil imidlertid kunne omstrukturere sig, således at aktierne i det danske datterselskab overdrages til et datterselskab i et land, hvortil udbyt-tebetalinger 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.

Derfor skønnes provenuet fra sådanne selskaber at blive begrænset. "

Til besvarelse af udvalgsspørgsmål 15, hvor der påpeges, at lovforslagets regler ikke er effektive på grund af muligheden for anvendelse af et mellemholdingselskab, svarede skatteministeren:

"Det anføres, at de foreslåede regler ikke er særligt effektive, idet de kan undgås ved et mellemholdingselskab i et andet land, som er med i EU eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, og som har gunstige skatteregler.

Jeg vil hertil bemærke, at der i så fald er tale om, at moderselskabet i skatte-lylandet omgår beskatningen ved hjælp af de gunstige regler i det andet land. "

Samlet set er der altså ingen tvivl om, at Skatteministeriet ved fjernelsen og genindførelsen af udbytteskatten har været fuldt ud opmærksom på muligheden for at anvende mellemholdingselskaber i EU eller DBO-lande og på danske selskabers mulighed for at udbetale skattefrit udbytte til sådanne selskaber.

Der ikke blev fastsat særlige regler for at modvirke dette, og der nævnes ikke på nogen måde, at der i den forbindelse kan være en problemstilling vedrørende den "retmæssige ejer" af udbyttet. Dette til trods for, at Skatteministerens besvarelser helt åbenbart omhandler rene gennemstrømningselskaber.

Denne retstilstand blev igen bekræftet ved svar på spørgsmål 54 fra Skatteministeren i 2004 ved implementeringen af rente-/royaltydirektivet i dansk ret.

I retspraksis lægges der vægt på, om lovgiver har været opmærksom på muligheder for at omgå regelsæt, jf. bl.a. U.2004.174, hvor Højesteret kom

frem til, at der var tale om lovlig udnyttelse af et regelsæt. Endvidere lægges i retspraksis vægt på, om lovgiver har indført nyere lovgivning vedrørende det område, som skatteyderen agerer indenfor, og Højesteret fortolker ikke en bestemmelse udvidende, såfremt lovgiver har været tæt på problemstillingen uden specifikt at reagere, jf. U.2007.736H og U.2004.174H. Som det også er beskrevet af professor Anders Nørgaard Laursen i RR.SM.2020.0006 vil det få afgørende betydning i sådanne situationer, hvis det kan påvises, at lovgiver undlod at reagere på en erkendt omgåelsesmulighed. I et sådan tilfælde må det være udelukket for domstolene at gribe ind og "redde" skattemyndighederne.

Lovgiver har været opmærksom på problemstillingen uden specifikt at ændre loven eller indsætte bestemmelser til at hindre anvendelsen af EU mellemholdingselskaber, ligesom der på intet tidspunkt før sagskomplekset om beneficial ownership har været anvendt et udvidende "retmæssig ejer"-begreb under direktivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Dette understøttes af en udtalelse fra kontorchef Person 31 fra SKAT til Jyllandsposten den 14. september 2009 (vores understregning):

"Selv om pengene ikke er strømmet igennem med det samme i alle sager, så gælder den samme begrundelse, nemlig at et selskab i Luxembourg uden råderet og dispositionsret over midlerne, ikke er de retmæssige ejere. Det er de bagvedliggende ejere, og derfor skal der opkræves kildeskat. Om vi så får medhold, ved vi ikke. Vores synspunkt er ret nyt i skattepraksis, så vi må se hvad Højesteret siger, når den kommer til at tage stilling engang. "

Skatteministeriets (nuværende) synspunkt om anvendelsen af EU mellemholding selskaber udgør dermed også en ændring af dansk praksis.

En sådan praksisændring kan ikke lovligt gennemføres uden forudgående varsel, jf. bl.a. U.1965.399.H og U.1983.8.H, hvilket også er beskrevet i den juridiske vejledning - og kræver naturligvis under alle omstændigheder, at den nye praksis har lov hjemmel.

Dette skal også ses i sammenhæng med, at skattemyndighederne så vidt vides ikke i et eneste tilfælde forud for disse sager har anset et udenlandsk selskab for at være begrænset skattepligtig af udbytter ud fra en betragtning om, at selskabet ikke var den retmæssige ejer af indkomsten, sådan som dette begreb nu fortolkes af Skattestyrelsen. Og slet ikke med henvis-

ning til, at det i den henseende var uden betydning om Danmark havde vedtaget lovbestemmelser med sigte på at hindre svig og misbrug.

I forbindelse med behandlingen af L 30 (2006/2007) blev skatteministeren således spurgt om, i hvilket omfang og hvorledes Skattestyrelsen (SKAT) kontrollerer, om et gennemstrømningselskab skal anerkendes som rette indkomstmodtager (spørgsmål 10 af 21. november 2006). Skatteministeren udtaler, at:

"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. "

Ifølge skatteministeren har der således historisk været fokus på området, idet det indgår som en del af det almindelige ligningsarbejde at påse, at udenlandske selskaber er berettiget til fordele efter dobbeltbeskatnings-overenskomsterne, herunder at selskaberne er retmæssige ejere af udbytte-terne.

Det er i sagens natur ikke muligt at fremvise eksempler på en "negativ afgørelse", hvor skattemyndighederne vælger ikke at gribe ind. I stedet må det lægges til grund, at skatteministeren havde den fornødne indsigt på området til at fremkomme med følgende besvarelse i forbindelse med samme lovbehandling (svar på spørgsmål 6 af 21. november 2006), hvor han:

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

Ovenstående citat skal navnlig ses i sammenhæng med den fokus, der var på gennemstrømningselskaber i forbindelse med lovændringerne i 1998-2001, samt at Skatteministeriet i 2003 specifikt undlod at gennemføre en undersøgelse af gennemstrømningselskaber, idet lovændringen i 2001 i væsentligt omfang havde fjernet udnyttelsesmulighederne, som var blevet kritiseret af EU. Den selvsamme lovændring, hvor Skatteministeren i ud-valgsspørgsmål bekræftede muligheden for at indskyde mellem-holdingselskaber. Ligeledes var det i 2002 Skattestyrelsens opfattelse, at en ligning af gennemstrømningselskaber ikke ville føre til mange korrektio-ner.

Den tidligere praksis hænger antagelig sammen med, at Skatteministeriet oprindeligt betragtede begrebet retmæssig ejer/"beneficial owner" som værende meget lig det danske begreb "rette indkomstmodtager".

Skatteministeren har således i et svar af 6. november 2006 på spørgsmål S 474 udtrykt forholdet mellem retmæssig ejer og rette indkomstmodtager som følger (vores understregning):

"Udgangspunktet er, at udenlandske selskaber, der oppebærer udbytter fra danske selskaber, er begrænset skattepligtige af udbytterne. Skattepligten opfyldes ved indeholdes af 28 pct. udbytte-skat.

Udgangspunktet fraviges, hvis udbytterne oppebæres af et selskab, der ejer mindst 20 pct. af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab. Ejerskabskravet skal være opfyldt i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken periode udbytteudlodningen skal ligge. Det er en betingelse for fravigelsen, at beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor udbyttemodtageren er hjemmehørende.

Den begrænsede skattepligt - og fravigelsen - gælder for det selskab, der reelt oppebærer udbyttet. Den begrænsede skattepligt fraviges derfor kun, hvis det udenlands selskab, der reelt oppebærer udbyttet, er omfattet af direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Oppebæres udbyttet derimod reelt af et selskab i et skattelyland, er udbyttebetalingen ikke undtaget fra kilde-beskatningen.

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 kildebeskatning kun frafalde eller nedsættes, hvis udbytternes retmæssige ejer (beneficial owner) er hjemmehørende i den anden stat.

Bestemmelsen er et værn mod, at et almindeligt beskattet selskab indskydes som "conduit" selskab mellem det udbyttebetalende danske selskab og det endeligt modtagende udenlandske skattelyselskab. Bestemmelsen finder anvendelse, selvom der indskydes flere mellemliggende almindeligt beskattede selskaber. Det afgørende er, hvem der er den rette indkomstmodtager/retmæssig ejer. "

Skatteministeren fremsætter også denne opfattelse i forbindelse med behandlingen af L 116 (lov nr. 308 af 19. april 2006), hvor ministeren som svar på en henvendelse fra FSR udtaler (vores understregning):

"Den begrænsede skattepligt for renter efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, omfatter udenlandske selskaber, der oppebærer koncerninterne renter fra Danmark. Denne begrænsede skattepligt bortfalder, hvis beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter rente-/royaltydirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

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

Kildebeskatning af renterne skal nemlig kun frafalde efter overenskomsterne, hvis renternes retmæssige ejer er hjemmehørende i den anden stat. Tilsvarende gælder i rente-/royaltydirektivet, 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 af 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 gennemstrømningselskab 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 var retmæssig ejer til udbytte-betalinger efter den dansk - schweiziske overenskomst. "

Skatteministeriet gentager endnu engang denne holdning i et notat udsendt den 20. marts 2007 vedrørende "Status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner". I presse-meddelelsen hedder det blandt andet (vores understregning):

"På grundlag heraf undersøges der hvem, der er den endelige mottager - "rette indkomstmottager" - af renter og udbytter. Formålet er at fastslå, om denne mottager er skattepligtig til Danmark (begrænset skattepligtig), således at der kan tilbageholdes kildeskat i udbetalingerne. Dette kan normalt kun ske, hvis mottageren er hjemmehørende i et land hvormed Danmark ik-ke har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Imidlertid forlader pengestrømmen oftest Danmark netop til modtagere i lande, hvormed Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst - DBO-lande. Det betyder, at der ikke er begrænset skattepligt til Danmark, og at der ikke skal indeholdes kildeskat. Hvis den første modtager af betalingerne imidlertid ikke er den endelige modtager - "rette indkomstmotager" - _____ af betalingerne, men derimod kun et gennemstrømningsselskab, kan der alligevel være tale om begrænset skattepligt for den endelige ("rette") modtager. "

I denne sag er der som nævnt enighed om, at SNAH AB anses for den rette indkomstmotager af renterne fra HHU APS.

Derfor, og da en ændring af administrativ praksis ikke kan ske med tilbagevirkende kraft og i øvrigt ikke uden et passende varsel, jf. UfR 1965.399.H og UfR 1983.8.H, var Skattestyrelsen heller ikke berettiget til i 2009-2010 med tilbagevirkende kraft til 2004-2007 at ændre fast praksis for, om udenlandske selskaber er retmæssige ejere af rentebetalinger.

5.1.5 EU-retlige ændringer

Det fremgår af Domstolens faste praksis, at en fortolkning, som Domstolen foretager af en EU-retlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, i nødvendigt omfang belyser og præciserer betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden.

Domstolen betragter i disse tilfælde ikke den nye bedømmelse som en praksisændring, idet fortolkningen principielt altid burde have været forstået og anvendt på denne måde. Denne betragtning ændrer dog ikke på det faktum, at Domstolen rent faktisk gennemfører praksisændringer baseret på udviklingen i både det juridiske og politiske system.

Et eksempel på dette kan ses ved at sammenholde sagerne C-18/11, Philips og C-28/17, NN.

I Philips-sagen, der blev afsagt den 6. september 2012, skulle der bl.a. tages stilling til, om undgåelse af dobbelt fradrag af underskud kvalificeres som et tvingende alment hensyn. Dette blev besvaret benægtende af både generaladvokaten og Domstolen.

6 år senere, den 4. juli 2018, afgjorde Domstolen NN-sagen, hvor det identiske spørgsmål skulle vurderes. Uden at italesætte ændringen kom Dom-

stolen dog frem til et andet resultat [...]. Generaladvokaten kom ligeledes frem til dette andet resultat. I forslaget til afgørelse satte generaladvokaten dog ord på ændringen (vores understregning):

"3. Genstanden for denne præjudicielle forelæggelse er atter modsætningen mellem den danske skattelovgivning og etableringsfriheden. Østre Landsret nærer tvivl med hensyn til fortolkningen af Philips Electronics-dommen (7), hvis faktiske omstændigheder minder så meget om de i hovedsagen forelagte, at nævnte doms løsninger ved første øjekast ville kunne overføres uden vide-re.

(...)

63. Med udgangspunkt i Philips Electronics-dommen forekommer det således vanskeligt, at undgåelse af dobbelt fradrag af underskud kvalificeres som et tvingende alment hensyn. I samme dom blev det afvist, at dette formål kunne kvalificeres således, »selv om det antoges, at en sådan begrundelse kunne påberåbes selvstændigt« (26).

64. Det er måske alligevel på tide at moderere disse bemærkninger i Philips Electronics-dommen, eftersom EU-lovgiver er blevet særligt opmærksom på bekæmpelsen af dobbelt fradrag, efter at nævnte dom blev afsagt.

Generaladvokaten henviste herefter til et EU-direktiv fra 2016 om "hybrid mismatch", og mulighederne for at nægte fradrag efter direktivet i anledning af dobbelt fradrag. I forlængelse heraf anførte han:

"70. Jeg foreslår naturligvis ikke, at der i denne sag anvendes bestemmelser fra et direktiv, hvis gennemførelsesfrist endnu ikke er udløbet (32). Jeg er ikke desto mindre af den opfattelse, at direktiv 2016/1164 afspejler en vidtrækkende bekymring, hvis omfang formentlig ikke var synligt – og naturligvis ikke fremgik udtrykkeligt af lovgivningen – da Philips Electronics-dommen blev afsagt."

Udviklingen i EU-lovgivers syn på og bekæmpelse af skatteundgåelse førte altså nu til en direkte modsat konklusion på det tidligere afgjorte spørgsmål. Det opsigtsvækkende ved Domstolens "nye" praksis på dette område er også beskrevet i den juridiske litteratur.

Det antages også i praksis fra Højesteret og af Skatteministeriet og i øvrigt også i litteraturen om retlig (suverænitetsabsorberende) aktivisme, at Domstolen fra tid til anden opstiller nye skærpede EU-krav, jf. eksempel-vis Højesterets dom gengivet i U.2017.824 H (Ajos). I sådanne tilfælde kan

Domstolens fortolkning med tilbagevirkende kraft ikke accepteres i dansk ret af hensyn til retssikkerheden.

Såfremt EU-Dommen skal læses således, at EU-direktiver eller det EU-retlige misbrugsprincip "nu" i sig selv kan påberåbes af en medlemsstat over for borgerne, er der tale om en ny og skærpet retsstilling, forringende for borgerne, som Domstolen hidtil udtrykkeligt har anset for værende uforeneligt med retssikkerhedsprincippet, jf. Kofoed-dommen.

Skatteministeriet har modsat gjort gældende, at der er ikke tale om, at Domstolen med EU-Dommen har skabt en ny retsstilling, der ikke gjaldt forud for EU-dommen, eller at Domstolen har ændret sin hidtidige praksis, men at Domstolen derimod blot har belyst og præciseret betydningen og rækkevidden af princippet om forbud mod retsmisbrug.

5.1.5.1 Sag C-321/05, Kofoed og frem

I sag C-321/05, Kofoed skulle Domstolen bl.a. tage stilling til, om det almindelige EU-retlige princip om retsmisbrug kunne anvendes direkte over for en skatteyder, hvis det er ikke er gennemført i national (dansk) ret.

Konkret skulle Domstolen tage stilling til en aktieombytning, og om de danske skattemyndigheder kunne reagere på et eventuelt retsmisbrug af reglerne, selv om Danmark ikke havde vedtaget specifikke foranstaltninger til gennemførelse af artikel 11 i direktiv 90/434.

I juli 2007 var svaret fra Domstolen var klart "nej".

Det almindelige EU-retlige princip om retsmisbrug kan ikke anvendes direkte over for en skatteyder, hvis det er ikke er gennemført i national ret. Forslaget til afgørelse i Kofoed-dommen blev udfærdiget af samme generaladvokat som i EU-Dommen, Juliane Kokott, der anførte:

"66. Kun en direkte anvendelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 til skade for Person 34 og Person 35 ville være udelukket for de danske myndigheder. Således kan en medlemsstat ikke over for en borger påberåbe sig en direktivbestemmelse, som den ikke selv har gennemført. Ifølge fast retspraksis kan et direktiv ikke i sig selv skabe forpligtelser for borgerne, og en direktivbestemmelse kan derfor ikke som sådan påberåbes over for borgerne.

67. Lige så lidt kan de kompetente myndigheder i øvrigt over for borgerne direkte påberåbe sig et eventuelt almindeligt fællesskabsretligt princip om, at retsmisbrug er forbudt. For så vidt angår tilfælde, som er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 90/434, har et sådant princip fundet specifikt udtryk og er blevet konkretiseret i direktivets artikel 11, stk. 1, litra a). Hvis man herudover tillod en direkte anvendelse af en almindelig retsgrundsætning, hvis indhold er langt mindre klart og præcist, ville der være fare for, at harmoniseringsformålet med direktiv 90/434 ville blive undermineret, og den med direktivet tilstræbte retssikkerhed i forbindelse med omstrukturering af kapital selskaber ville blive bragt i fare. Desuden ville det tidligere omtalte forbud mod en direkte anvendelse af ikke-gennemførte direktivbestemmelser til skade for borgerne herved også blive undermineret. "

Domstolen afsagde Kofoed-dommen i overensstemmelse med forslaget til afgørelsen, og fastslog dermed, at selvom den omhandlede artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 afspejlede det almindelige fællesskabsretlige princip om forbud mod retsmisbrug, og at der i sagen forelå indicier på et sådant misbrug, kunne de danske skattemyndigheder ikke anvende mis-brugsprincippet uden at bestemmelsen var gennemført i dansk ret eller, at dansk ret indeholdte en grundsætning med et forbud mod retsmisbrug, el-ler andre bestemmelser om skattesvig eller skatteunddragelse, som kunne fortolkes i overensstemmelse med artikel 11, jf. Kofoed-dommens pr. 38 og 40-42.

De danske skattemyndigheder måtte herefter anerkende, at der ikke i dansk ret var hjemmel til at beskatte aktieombytningen.

Kofoed-dommen er udtryk for en fast og langvarig praksis fra Domstolen. Denne praksis er gentagne gange bekræftet i EU-praksis, som Kommissionen også har redegjort for i sit skriftlige indlæg til Domstolen (pkt.41 ff.). Der er heller ikke i den praksis, som nævnes i EU-Dommen, ét eneste eksempel på en EU-dom, der afviger fra Kofoed-dommen i denne henseende.

I pkt. 103 i sit forslag til afgørelse i EU-Dommen har generaladvokat Kokott igen redegjort for gældende praksis, som den har set ud siden for-slag og efterfølgende dom i C-321/05, Kofoed i 2007 (fodnoterne 45, 46 og 47 er alle henvisninger til Kofoed-dommen og forslag til afgørelse i Kofo-ed-dommen):

"103. Kun en direkte anvendelse af artikel 5 i direktiv 2003/49 til skade for sagsøgeren ville - af hensyn til retssikkerheden (45) - være udelukket for de danske myndigheder. Således kan en medlemsstat ikke over for en borger på-

beråbe sig en direktivbestemmelse, som den ikke selv har gennemført (46). Ifølge fast retspraksis kan et direktiv nemlig ikke i sig selv skabe forpligtelser for private og kan derfor ikke som sådant påberåbes over for sådanne (47). Medlemsstaten ville i så fald selv udvise en adfærd, »der er udtryk for mis-brug«. På den ene side ville medlemsstaten (selv om den havde mulighed for det) undlade at gennemføre et direktiv, der henvender sig til denne, og på den anden side påberåbe sig en mulighed for bekæmpelse af misbrug, der er indeholdt i det direktiv, der ikke er blevet gennemført. "

I direkte sammenhæng hermed understreger generaladvokaten i pkt. 104 også, hvorfor samme retspraksis fører til, at princippet om forbud mod retsmisbrug heller ikke kan anvendes i denne sag (fodnoterne 48 og 49 er ligeledes henvisninger til Kofoed-dommen og forslag til afgørelse i Kofoed-dommen):

"104. Lige så lidt kan de kompetente myndigheder i hovedsagen over for borgerne direkte påberåbe sig det almindelige EU-retlige princip om, at retsmisbrug er forbudt. I al fald i de tilfælde, som er omfattet af anvendelses-området for direktiv 2003/49, har et sådant princip fundet specifikt udtryk og er blevet konkretiseret i direktivets artikel 5, stk. 2 (48). Hvis man derud-over tillod en direkte anvendelse af en almindelig retsgrundsætning, hvis indhold er langt mindre klart og præcist, ville der være fare for, at harmoni-seringsformålet med direktiv 2003/49 - og ligeledes alle andre direktiver, der indeholder konkrete bestemmelser om bekæmpelse af misbrug (f.eks. artikel 6 i direktiv 2016/1164) - ville blive undermineret. Desuden ville det tidligere omtalte forbud mod en direkte anvendelse af ikke gennemførte direktivbestemmelser til skade for borgerne herved også blive undermineret (49). "

Generaladvokatens pkt. 103 og 104 er stort set identisk med generaladvokatens pkt. 66 og 67 i forslaget til afgørelse i Kofoed-dommen fremsat 11 år tidligere. Ved sit forslag til afgørelse har generaladvokaten med andre ord fastholdt og bekræftet EU-praksis, som den har været fra Kofoed-dommen i 2007 frem til EU-Dommen i 2019. Det er den samme redegørelse for praksis, som også blev fremført af Kommissionen og som også blev fremført af sagsøger og Skatteministeriets modparter i de øvrige sager i komplekset.

Præcis som i Kofoed-dommen var svaret på spørgsmålet – forud for EU-Dommen – fortsat "nej", når det skulle vurderes om det almindelige EU-retlige princip om retsmisbrug kan anvendes direkte overfor en skatteyder, hvis det er ikke er gennemført i national ret, eller hvis dansk ret ikke på daværende tidspunkt indeholdt en grundsætning med et forbud mod

retsmisbrug, eller andre bestemmelser om skattesvig eller skatteunddragelse, som kunne fortolkes i overensstemmelse med bestemmelsen.

Forud for EU-Dommen stod Skatteministeriet dermed helt og aldeles alene med sin fortolkning.

5.1.5.2 Domstolens afgørelse i sag C-115/16 mv., N Luxembourg 1

Domstolen kom ved EU-Dommen i direkte modstrid med hidtidig EU-praksis, Kommissionens redegørelse og generaladvokatens forslag til afgørelse frem til, at det almindelige EU-retlige princip om retsmisbrug finder anvendelse, selv uden national gennemførelse af rente-/royaltydirektivets artikel 5, jf. EU-Dommens pr. 117 [...].

At der er tale om en afgørelse i modstrid med tidligere EU-praksis understreges da også af, at Domstolen fandt det nødvendigt i selvsamme præmis at tage direkte afstand fra sin egen afgørelse i Kofoed-dommen (vores understregning):

"Selv hvis det i hovedsagerne skulle vise sig, at national ret ikke indeholder regler, der kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 2003/49, kan det - uanset hvad Domstolen udtalte i dom af 5. juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408) - imidlertid ikke heraf udledes, at de nationale myndigheder og domstole er forhindret i at nægte at indrømme den fordel, der følger af den ret til fritagelse, der er fastsat i dette direktivs artikel 1, stk. 1, i tilfælde af svig eller retsmisbrug (jf. analogt dom af 18.12.2014, Scho-enimport »Italmoda« Mariano Previti m.fl., C-131/13, C-163/13 og C-164/13, EU:C:2014:2455, præmis 54)."

Domstolen kom herefter i domskonklusionens pkt. 2, 2. afsnit, frem til, at (vores understregning) (...):

"Det generelle EU-retlige princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skal fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole i tilfælde af svig eller misbrug skal nægte en skattepligtig person indrømmelsen af den fritagelse for enhver form for skat af rentebetalinger, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse."

I Kofoed-dommen var Domstolens konklusion derimod (vores understregning):

"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 dermed begrunde, at ombytningen beskattes."

Denne situation, hvor resultatet i EU-Dommen er det diametralt modsatte af Kofoed-dommen og tidligere praksis, og hvor Domstolen selv anerkender, at det er nødvendigt at se bort fra Kofoed-dommen, anser Skatteministeriet som blot Domstolens belysning og præcisering af retstilstanden.

Dette synspunkt kan selvsagt ikke tiltrædes.

I Kofoed-dommen blev Domstolen også direkte spurgt om hvorvidt konstatering af et evt. retsmisbrug kan have indflydelse på, om den EU-retlige misbrugsdoktrin kan finde anvendelse uden national gennemførelse. Det anføres af Domstolen [...], at den forelæggende ret nærmere bestemt ønskede oplyst, om skattemyndighederne kunne reagere på et eventuelt retsmisbrug, selv om den nationale lovgiver ikke havde vedtaget specifikke foranstaltninger til gennemførelse af artikel 11 i direktiv 90/434.

Under overskriften " *Om muligheden for at tage hensyn til et eventuelt retsmisbrug*" kom Domstolen frem til at uden en national gennemførelse var retssikkerhedsprincippet til hinder for anvendelsen af det EU-retlige misbrugsprincip [... og ...]. Direktiver kan ikke som sådan påberåbes overfor en borger, og medlemsstaten kan derfor heller ikke uden implementering påberåbe sig det EU-retlige misbrugsprincip. Og dette selvom der i Kofoed-sagen var "visse indicier" på et evt. retsmisbrug (pr. 39).

Domstolen fastsætter altså utvetydigt, at den nationale ret ikke kan tage hensyn til et evt. retsmisbrug og anvende det EU-retlige misbrugsprincip, hvis princippet ikke er gennemført i national ret. Med andre ord var misbrugsvurderingen i denne situation reelt uden betydning for adgangen til fordele efter EU-retten. Hvis den danske stat ikke har indført national hjemmel til at anvende EU-rettens misbrugsprincip, er retssikkerheds-princippet til hinder for anvendelsen af princippet.

Skatteministeriet forsøger i sagen at komme uden om denne konklusion ved at omskrive problemstillingen. Det anføres, at der i sagen ikke er tale om at der pålægges en forpligtelse for borgeren eller en påberåbelse af misbrugsprincippet. I stedet er der tale om et tilfælde, hvor der foreligger retsmisbrug og derfor er det blot er tale om at de objektive betingelser for

at opnå en fordel i henhold til EU-retten ikke er opfyldt, fordi fordelene søges opnået ved retsmisbrug.

Faktum er dog fortsat at Skatteministeriet, i en situation uden nationale misbrugsbestemmelser, ønsker at nægte en fordel under EU-retten med henvisning til, at der er sket retsmisbrug. Det er netop denne situation som Domstolen ved Kofoed-dommen afviste. Den nationale ret kan ikke tage hensyn til om der er sket retsmisbrug eller ej, hvis misbrugsprincippet ikke er gennemført i national ret.

Det er på dette afgørende punkt, at EU-Dommen har ændret praksis. Uanset Kofoed-dommens præmisser, kan det EU-retlige misbrugsprincip nu påberåbes over for en skatteyder uden national gennemførelse.

EU-Dommen udgør dermed også klart en praksisændring fra Kofoed-dommen og hidtidig øvrig EU-praksis.

Skatteministeriet finder da heller ingen støtte i hverken den nationale eller internationale juridiske litteratur, hvor EU-Dommen betragtes som ny praksis og en opsigtsvækkende og skelsættende afgørelse.

Dr. jur. Niels Winther-Sørensen opsummerer det i SR.2019.0174:

"EU-Domstolen må således nu anses at have forladt den udtalelse, der så klart blev formuleret i Kofoed-dommen. "

5.1.5.3 Anvendelse af Domstolens nye praksis

Denne nye praksis har Domstolen for det første slet ikke kompetence til at indføre.

Spørgsmålet om den direkte anvendelse af et uskrevet, allestedsgældende og generelt EU-retligt princip, der ikke kræver nationale bestemmelser, men til stadighed kan have direkte virkning for borgerne, er et spørgsmål om suveræniteten. Hvorvidt Danmark konkret har afgivet suveræniteten, der giver EU-Domstolen en sådan vid adgang til at overtrumfe nationale og EU-retlige bestemmelser, kan alene afgøres af de danske domstole.

Ved Danmarks indtræden i EU i 1972 redegjorde Justitsministeriet for, at dele af EU-retten var umiddelbart anvendelig med direkte virkning for borgerne og sådanne bestemmelser blev i tiltrædelsesloven en del af dansk ret. Højesteret har dog i U.2017.824H fastslået, at det var (vores understregning):

"(...) velkendt og også forudset i tiltrædelsesloven, at EU-Domstolen kan udvikle og fastslå generelle principper, der har deres oprindelse i Den Euro-pæiske Menneskerettighedskonvention og tilsvarende traktater og i medlem-sstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Sådanne generelle principper er imidlertid efter tiltrædelsesloven ikke umiddelbart anvendelige i Danmark, og de kan således ikke påberåbes i tvister mellem private.

I EU-Dommen anføres det, at det almindelige EU-retlige misbrugsprincip, som Skatteministeriet påberåber, kan udledes af fast retspraksis på en række forskellige områder (pr. 96 ff.). Princippet har imidlertid ikke grundlag i nogen traktatbestemmelse.

Situation var den samme i Højesterets afgørelse i U.2017.824H, hvor Højesterets flertal om princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udtaler (vores understregning):

"Efter EU-Domstolens domme i Mangold-sagen, Küçükdeveci-sagen og i den foreliggende sag lægger vi til grund, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er et almindeligt EU-retligt princip, der ifølge EU-Domstolen har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. EU-Domstolen henviser ikke til bestemmelser i de traktater, der er omfattet af tiltrædelsesloven, som grundlag for princippet.

Selv om princippet er udledt af retskilder uden for EU-traktaterne, er det nærliggende at forstå de tre nævnte domme på den måde, at der er tale om et uskrevet princip, som gælder på traktatniveau. Princippet kan imidlertid efter de nævnte domme ikke anses for at have grundlag i en nærmere bestemt traktatbestemmelse.

En sådan situation, hvor et princip på traktatniveau efter EU-retten skal have direkte (pligtskabende) virkning og tillægges forrang for modstående dansk lov i en tvist mellem private, uden at princippet har grundlag i nogen bestemt traktatbestemmelse, er ikke forudset i tiltrædelsesloven. "

Højesterets konklusion var herefter, at tiltrædelsesloven ikke indeholdt den nødvendige hjemmel til at anvende et almindeligt EU-retligt princip med forpligtende virkning over for private.

Med afsæt heri gøres det af sagsøger gældende, at der heller ikke i denne sag er den påkrævede udtrykkelige hjemmel i den danske tiltrædelseslov

til at påberåbe det omhandlede uskrevne, generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug med direkte virkning over for en borger.

Retssikkerhedsprincippet udelukker tillige anvendelsen af denne nye praksis i sagen, og nægtelse af fordele efter direktivet og påberåbelse af det almindelige EU-retlige misbrugsprincip må i denne sag derfor fortsat kræve hjemmel i national ret. Retssikkerhedsprincippet er et grundlæggende EU-retligt princip, som kræver, at en ordning, der nægter en skattepligtig rettigheder eller pålægger en skattepligtig byrde, er klar og utvetydig, for at den skattepligtige ikke skal være i tvivl om sine rettigheder og pligter, således at han kan handle derefter, jf. C-143/93, Van Es Douanne Agenten.

På samme måde som Domstolen i NN-sagen en årrække efter Phillips-sagen skulle tage stilling til selvsamme problemstilling, skulle Domstolen i denne sag i 2019 foretage en bedømmelse af den praksis, som Domstolen selv fastslog i Kofoed-dommen i 2007. I tiden fra Kofoed til EU-dommen fremsatte EU-kommissionen i 2012 sin handlingsplan til styrkelse af bekæmpelsen af skattesvig og skatteunddragelse, der i de kommende år skulle udvikle specifikke foranstaltninger mod skattesvig, herunder en anbefaling om indførelse af generelle anti-misbrugsregler. I 2016 indførte EU da også et særligt direktiv til bekæmpelse af skatteunddragelse, der i artikel 6 netop indeholdt en generel regel om bekæmpelse af misbrug. Generelle værnsregler var i 2019 således udbredt i EU-retten og blev i 2015 også indført i Danmark. I lovforslaget til den danske regel henvises der også til et memo offentliggjort af EU-kommissionen om imødegåelse af netop indskydelse af et EU mellemholding selskab.

Det er en oplagt tanke, at Domstolens nye fortolkning om anvendelsen af det almindelige EU-retlige misbrugsprincip – som i NN-sagen – var drevet af en opfattelse af, at udviklingen i EU omkring skatteundgåelse ikke er afspejlet i Kofoed-dommen, og at det i Domstolens optik derfor var på tide at ændre praksis.

Under sådanne omstændigheder vejer hensynet til retssikkerhed imidlertid højere end EU-rettens forrang, jf. til sammenligning de vurderinger som Højesteret foretog i U.2012.3564H og U.2017.824H.

5.1.6 Der foreligger ikke misbrug

5.1.6.1 Subjektivt og objektivt krav

I præmis 124 i EU-dommen udtaler EU-domstolen, at (...):

"124. Som det fremgår af Domstolens praksis, kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug, dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel [...]"

Det er således en betingelse for at statuere misbrug, at der foreligger både objektive omstændigheder og et subjektivt element, der har til hensigt uberettiget at drage fordel af EU-retten.

Nedenfor belyses nærmere en række forhold, hvoraf det vil fremgå, at der ikke foreligger sådanne objektive og subjektive elementer, der kræves for at statuere misbrug.

Det fastholdes således, at der under alle omstændigheder konkret slet ikke er sket retsmisbrug. Dette følger også allerede af, at der ikke efter dansk ret er holdepunkter til støtte for at tilsidesætte de i denne sag foretagne dispositioner ud fra en realitetsgrundsætning, henholdsvis at SKAT og Skatteministeriet anerkender SNAH AB som rette indkomstmottager.

5.1.6.2 Omstrukturering og etablering i Sverige

I 2003 blev der foretaget en omstrukturering i koncernen ved køb af to svenske selskaber. De to svenske selskaber var begge holdingselskaber, hvis formål hver især var at eje deres respektive datterselskaber.

Yderligere blev der som anført erhvervet en udlejningsejendom som led i en investeringsstrategi vedrørende hovedsageligt teknologiselskaber og ejendomsinvesteringer i Sverige.

Det bestrides, at formålet med etableringen i Sverige alene skulle være at tilegne koncernen skattemæssige fordele.

Det har i sagens natur formodningen imod sig, at en etablering i juli 2003 havde til hensigt at misbruge skatteregler, der først blev indført med virkning fra 2. april 2004.

5.1.6.3 Civilretligt ejerskab

SNAH AB anerkendes i Sverige som et selvstændigt rets- og skattesubjekt, og SHAH AB er civilretlig ejer af fordringen mod HHU ApS, og havde samtlige ejerbeføjelser, herunder den fulde ret til at sælge eller pantsætte fordringen.

Desuden bemærkes, at SNAH AB var skattepligtig i Sverige af renteind-tægterne fra HHU ApS, hvilket Skatteministeriet ikke bestrider. At SNAH ABs skattepligtige nettoindkomst opgjort efter svenske regler i 2004, 2005, 2006 og 2007 var 0 skyldes, at der på udgiftssiden blev foretaget fradrag for koncernbidrag til moderselskabet ETERG AB.

5.1.6.4 Reel råden over renterne

Det gøres gældende, at SNAH AB havde selvstændig ret til at disponere over rentebeløbene.

Der var for det første ingen juridiske begrænsninger i SNAH ABs adgang til at disponere over renterne på fordringen mod HHU ApS.

For det andet var SNAH AB heller ikke i praksis underlagt nogen som helst begrænsninger i adgangen til at disponere over modtagne/tilskrevne rentebeløb.

SNAH AB har civilretligt selv modtaget renterne og må som den enhed, som økonomisk set modtog de oppebåede renter, derfor have mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf, og havde således reel råden over de modtagne renter.

Dertil kommer, at SNAH ABs frie disponering over rentebetalingerne bekræftes af den del af renterne, som ikke er blevet betalt fra HHU ApS, men i stedet gældskonverteret i forbindelse med gældskonverteringerne i 2004 og 2006 eller modregnet ved tilbagekøbet af ETI Telecom A/S i 2007.

Beslutningen om at disponere på denne måde over fordringerne på HHU ApS, herunder de tilskrevne renter, ved konvertering til anparter i HHU ApS og tilbagekøb af ETI Telecom, kunne juridisk set alene tages af SNAH AB og blev også faktisk alene taget af SNAH AB.

Det ville selvsagt være umuligt for SNAH AB at træffe beslutning om at konvertere de tilskrevne rentebeløb, hvis SNAH AB i praksis ikke havde nogen selvstændig ret til at disponere over renterne.

SNAH ABs beslutning om konvertering af de tilskrevne renter og tilbage-køb af ETI Telecom dokumenterer således, at SNAH AB – som den eneste – havde ret til at disponere over renterne.

5.1.6.5 Reel nytte og risiko

SNAH AB havde den fulde risiko, hvis HHU ApS ikke kunne tilbagebeta-le hovedstol og renter på fodringen.

SNAH AB er derfor hverken et gennemstrømningsselskab eller en nullitet i forhold til renter modtaget fra HHU ApS, men derimod dets retmæssige ejer.

Renteindtægterne har derfor haft en reel nytteværdi for SNAH AB.

5.2 Hæftelse - HHU ApS har ikke handlet forsømmeligt og hæfter ikke for kildeskatten

Det gøres for god ordens skyld gældende, at selv hvis SNAH AB havde været begrænset skattepligtig, havde HHU ApS helt åbenbart rimelig grund til at antage, at der ikke forelå pligt til at indeholde kildeskat. Der er således ikke udvist forsømmelighed, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1 [... og ...]

For det første er der fsva. konverteringerne slet ikke tale om udbetaling af renter til et overliggende modelselskab eller ultimative investorer.

For det andet har det som også anført ovenfor været praksis at anse uden-landske holdingselskaber og mellemholdingselskaber som retmæssige eje-re af modtagne udbytter og rentebetalinge.

For det tredje har Skatteministeren tilkendegivet, at begrebet retmæssig ejer/"beneficial owner" var meget lig det danske begreb "rette indkomst-modtager", og SNAH AB er som er den civilretlige ejer af fordringen mod HHU ApS ubestridt "rette indkomstmodtager" af renterne heraf efter dansk ret.

For det fjerde er Skatteministeriet i gang med at afprøve et i skattepraksis helt nyt synspunkt, som HHU ApS af samme grund ikke kunne forventes at foregribe fremkomsten af.

For det femte er en del af Skatteministeriets anbringender til støtte for det-te nye synspunkt allerede blevet afprøvet og afvist af Østre Landsret, der

fastslår, at der ikke er dansk skattepligt i en lignende situation, jf. SKM 2012.121 ØLR [...]

For det sjette har Skatteministeriet anerkendt, at skattesatsen for opkrævningen af kildeskatten var i strid med EU-retten. Skatteministeriet har i sagsforløbet derfor også været nødsaget til at tage bekræftende til genmæle og nedsætte skattekravet til den dagældende selskabsskattesats. Dette understreger, at den fortolkning af regelsættet og EU-retten som HHU ApS ifølge Skatteministeriet klart burde have været bevidst om, ikke var så klar endda – heller ikke for Skatteministeriet.

For det syvende og ikke mindst var HHU ApS' fortolkning af EU-retten vedrørende kravet om nationale gennemførelsesforanstaltninger og anvendelsen af det generelle EU-retlige misbrugsbegreb i fuld overensstemmelse med tidligere EU-praksis, samt Kommissionens og generaladvokatens fortolkning af denne praksis. Det har derfor også formodningen mod sig, at HHU ApS har udvist forsømmelighed ved at følge denne fortolkning.

Samtlige ovenstående grunde taler hver for sig og samlet set med styrke for, at HHU ApS ikke har udvist forsømmelighed i den i kildeskattelovens § 69, stk. 1, nævnte forstand, jf. TfS 2010. 841.V, TfS 2002. 844.Ø og UfR 1977.844 H. HHU ApS er derfor heller ikke ansvarlig for den manglende indeholdelse.”

Skatteministeriet har i sit sammenfattende processkrift af 3. januar 2022 anført bl.a.:

”7. SKATTEMINISTERIETS UDDYBENDE ARGUMENTATION

7.1 SNAH er skattepligtig af renterne

Skattepligt i henhold til selskabsskatteloven påhviler selskaber og foreninger mv. som nævnt i lovens § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de oppebærer renter fra kilder her i landet vedrørende gæld, som et selskab eller en forening m.v. omfattet af § 1 eller litra a) har til juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B (kontrolleret gæld), jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), første punktum [...].

Formålet med skattepligten er ifølge bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser (lovforslagets § 10, nr. 1), ”at imødegå, at et dansk selskab m.v. nedsætter den danske beskatning ved at reducere den skat-

tepligtige indkomst gennem rentebetalinger til visse finansielle selskaber i lavskattelande, hvis det udenlandske selskab m.v. kontrollerer det danske selskab m.v.” [...], hvilket skal ses i sammenhæng med, at formålet med lovforslaget ifølge de almindelige bemærkninger bl.a. er ”at begrænse mulighederne for skatteplanlægning ved fradrag for koncerninterne renter, når det modtagende koncernselskab betaler ingen eller meget lidt i skat af de renter, der er fratrukket ved opgørelsen af dansk skattepligtig indkomst” [...].

Der er mellem parterne enighed om, at SNAH er et selskab som nævnt i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, at HHU er et selskab omfattet af lovens § 1, og at det omhandlede lån udgør kontrolleret gæld.

Udgangspunktet er derfor, at SNAH er skattepligtig af de omhandlede renter, og dette udgangspunkt er der i det foreliggende tilfælde ikke grundlag for at fravige, jf. umiddelbart nedenfor.

7.1.1 Skattepligten er ikke bortfaldet i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum

Af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum, følger som nævnt, at skattepligten efter første punktum ikke omfatter renter, hvis beskatningen af renterne ”skal” frafalde eller nedsættes efter rente/royaltydirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende.

I overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd er det i de førnævnte bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser [...] anført, dels at den begrænsede skattepligt ikke omfatter et selskab, der er hjemmehørende i et andet EU-land, ”hvis rente-/royaltydirektivets betingelser er opfyldt”, dels at den begrænsede skattepligt ikke omfatter rentebetalinger til et udenlandsk selskab, der er hjemmehørende i Færøerne, Grønland eller et andet land, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, ”hvis overenskomsten medfører, at Danmark skal frafalde eller nedsætte beskatningen af renterne.”

Det fremgår således af bestemmelsens ordlyd og forarbejder, at en undtagelse fra skattepligten alene kommer på tale, hvis der efter rente-/royaltydirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst består en pligt til at frafalde eller nedsætte beskatningen. Følger en sådan pligt ikke af direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det modtagende sel-

skab skattepligtigt af renterne. Lovgivningsmagten har altså valgt den tilgang at lade rente-/royaltydirektivet og en eventuel dobbeltbeskatnings-overenskomst være styrende for, om en rentebetaling er omfattet af en skattepligt eller ej.

Af bestemmelsens forarbejder fremgår endvidere, at skattemyndighederne vil kunne skride ind over for tilfælde, hvor rente-/royaltydirektivet og/eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst måtte blive misbrugt som led i en omgåelse af skattepligten.

I forbindelse med udvalgsbehandlingen af lovforslag nr. 119 af 17. december 2003, der ligger til grund for indførelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), anførte skatteministeren således i et svar på en henvendelse fra FSR [...] bl.a.:

”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 land, 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 rentebetalingen hverken er omfattet af EU’s rente-/royaltydirektiv eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten.”

I afsnit 7.1.1.1 og 7.1.1.2 redegøres der for fortolkningen af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst henholdsvis rente-/royaltydirektivet, medens der i afsnit 7.1.1.3 følger en samlet argumentation for, at skattemyndighederne efter de foreliggende omstændigheder har været berettigede til at nægte en indrømmelse af de fordele, der følger af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst henholdsvis rente/royaltydirektivet.

7.1.1.1 Den abstrakte fortolkning af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Ifølge den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, stk. 1 [...], kan renter, der hidrører fra en kontraherende stat (Danmark), og som betales til en i en anden kontraherende stat (Sverige) hjemmehørende person, kun beskattes i denne anden stat (Sverige), hvis denne person er den ”retmæssige ejer” af renterne. Efter ordlyden af denne bestemmelse er

Danmark altså kun forpligtet til at fratage beskatningen af renter, der hi-drører fra Danmark, hvis modtageren er renternes ”retsmæssige ejer” .

Begrebet renternes ”retsmæssige ejer” må fortolkes i overensstemmelse med det tilsvarende begreb i OECD’s modeloverenskomsts artikel 11 [...], idet den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er indgået på grund-lag af modeloverenskomsten.

7.1.1.1.1 Begrebet ”retsmæssig ejer” er et autonomt begreb

Begrebet ”retsmæssig ejer” er et autonomt begreb, dvs. at det har et selv-stændigt indhold uafhængigt af de kontraherende staters interne lovgivning, jf. også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...], SKM2021.304.ØLR [...] og SKM2012.121.ØLR [...]. Denne retsopfattelse bør ligeledes lægges til grund for afgørelsen af den foreliggende sag.

Af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 3, stk. 2, følger således, at ethvert udtryk, der ikke er defineret i overenskomsten, skal til-lægges den betydning, som det har i denne stats lovgivning om de skatter, hvorpå overenskomsten finder anvendelse, medmindre andet følger af sammenhængen.

Det følger netop af sammenhængen, som begrebet ”retsmæssig ejer” ejer indgår i, at det ikke kan fastlægges på grund af de kontraherende staters interne lovgivning. Begrebet benyttes nemlig som kriterium for en be-grænsning af kildestatens beskatningskompetence, og det må derfor nød-vendigvis have et autonomt indhold. Hvis det var overladt til den enkelte kontraherende stat at fastlægge indholdet af begrebet, kunne de kontrahe-rende stater hver især – ensidigt – fastlægge, hvornår deres beskatnings-kompetence skulle begrænses.

Kildestaten ville med andre ord selv kunne bestemme, i hvilket omfang den fordel, som den gensidige overenskomst ellers indrømmer, nemlig en afskæring af kildestatens beskatningskompetence, skulle nydes. Hvis en bestemmelse svarende til den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, skal kunne tjene sit formål, nemlig undgåelse af dobbeltbeskat-ning, må begrebet altså nødvendigvis have et (autonomt) indhold, der er uafhængigt af de kontraherende staters interne ret.

OECD’s kommentarer til modeloverenskomsten er da også et klart vid-nesbyrd om, at OECD og dets medlemsstater, herunder den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts kontraherende parter, anser begrebet ”retsmæssig ejer” for at have et autonomt indhold.

I punkterne 7-10 om ”Misbrug af overenskomsten” i OECD’s 1977-kommentarer til modeloverenskomsten er der således beskrevet mis-brugstilfælde (”kunstgreb”) i form af ”sædvanligvis kunstfærdige juridi-ske konstruktioner” , herunder den situation, hvor en person, som ikke selv kan påberåbe sig en overenskomsts fordele, disponerer via en person, der kan, for derved at tilegne sig fordelene, og det fremgår videre, at nogle af disse situationer ”behandles i overenskomsten, f.eks. ved at indføre be-grebet retmæssig ejer” i bl.a. overenskomstens artikel 11 [...]. De i kom-mentarerne indeholdte bemærkninger om, hvad der nærmere skal forstås ved begrebet ”retmæssig ejer” , jf. herom umiddelbart nedenfor, er også et vidnesbyrd om, at begrebet har et selvstændigt indhold, der er uafhængigt af de kontraherende staters interne lovgivning.

På denne baggrund bør det altså, i overensstemmelse med hvad Østre Landsret også allerede er kommet frem til, jf. ovenfor, fastslås, at begrebet ”retsmæssig ejer” er et autonomt begreb og derfor ikke skal fortolkes i overensstemmelse med begrebet ”rette indkomstmodtager” .

7.1.1.1.2 Begrebet ”retmæssig ejer” skal fortolkes i lyset af dets formål

I OECD’s 1977-kommentarer til modeloverenskomsten er det om betyd-ningen af begrebet ”retmæssig ejer” for modeloverenskomstens artikel 11 anført, at begrænsningen af beskattningen i kildestaten ikke finder ”an-vendelse 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” [...].

En agent og en særligt udpeget person er blot angivet som eksempler på, hvad der ikke vil kunne anses som ”retsmæssig ejer” , jf. ordet ”såsom” . Af rapporten, som OECD offentliggjorde i 1986 under titlen ”Double taxation conventions and the use of conduit companies” , fremgår som yderligere et eksempel [...], at ”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 act-ing on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company)” .

I overensstemmelse hermed er det i OECD’s 2003-kommentarer til mode-loverenskomstens artikel 11 [...] anført, at begrebet ”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 dobbelt-beskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.”

Af kommentarens punkt 8.1 fremgår videre, at det ikke vil 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 ’gennem-strømningsenhed’ (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst”. I tilknytning hertil anføres endeligt med henvisning OECD’s ovennævnte rapport, 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.”

Disse bemærkninger fra OECD’s 2003-kommentarer er relevante for fortolkningen af artikel 11 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, selv om overenskomsten blev indgået i 1996. Det følger således af rets-praksis, at senere kommentarer kan inddrages ved fortolkningen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, forudsat at kommentarerne ikke inde-bærer en ændret forståelse af overenskomsten, men har en præciserende karakter, jf. SKM2012.121.ØLR [...] og U.2019.3093V [...].

Bemærkningerne fra OECD’s 2003-kommentarer må anses for at være af en præciserende karakter, eftersom udlægningen af modeloverenskom-stens artikel 11, ligger inden for rammerne af en formålsfortolkning, hvor-ved bemærkes, at det følger af artikel 31, stk. 1, i Konventionen af 23. maj 1969 om traktatretten (Wienerkonventionen), at en traktat skal fortolkes i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng, og belyst af dens hensigt og for-mål [...].

Det fremgår som nævnt af OECD’s 1977-kommentarerne under overskrif-ten ”Misbrug af overenskomsten”, at begrebet den ”retmæssige ejer” er indført for at dæmme op over for misbrug i form af ”kunstfærdige juridi-ske konstruktioner” , herunder det ”kunstgreb” , hvor en person dispone-rer via en juridisk sammenslutning, der er dannet i en kontraherende stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til overenskomsten, som ikke vil-le kunne opnås af personen direkte.

Formålet med at imødegå misbrug af denne art tilsiger, at der ved be-dømmelsen af, om en modtager af renter er renternes ”retmæssige ejer” , ikke alene kan lægges vægt på, om modtageren fremtræder som værende fordringshaver. Der må nødvendigvis anlægges en bredere vurdering,

hvor der lægges vægt på modtagerens reelle beføjelser til at råde selv-stændigt over renterne. Kriteriet ”retmæssig ejer” ville være et nytteløst bolværk mod misbrug, hvis der udelukkende skulle lægges vægt på en formel betragtning om, hvem der er fordringshaver.

Det misbrug, som begrebet ”retmæssig ejer” er tiltænkt at skulle dæmme op overfor, er nemlig netop kendetegnet ved ”juridiske konstruktioner”, der indebærer, at modtageren af renterne fremtræder som fordringshaver, men hvor konstruktionen i virkeligheden bare er et ”kunstgreb”, fordi modtageren reelt ikke har – eller i hvert fald kun har meget snævre – beføjelser til at råde selvstændigt over renterne. Rentemodtageren udfylder kun sin rolle som fordringshaver for, at en person, som ikke selv ville kunne opnå overenskomstens fordele, skaffer sig fordelene alligevel.

En formålsfortolkning fører derfor til den konklusion, at OECD’s 2003-kommentarer må anses for alene at være af en præciserende karakter. Kommentarerne går nemlig ikke videre, end hvad der er foreneligt med en formålsfortolkning af begrebet ”retmæssig ejer”. Der er således ikke tale om, at kommentarerne indebærer en ændret forståelse af overenskomsten.

På denne baggrund bør det, i overensstemmelse med hvad Østre Landsret også allerede er kommet frem, jf. landsrettens dom af 25. november 2021 [...], SKM2021.304.ØLR [...] og SKM2012.121.ØLR [...], fastslås, at skattemyndighederne med rette inddrog OECD’s 2003-kommentarer, da de traf afgørelse.

Ved landsrettens pådømmelse af sagen kan tillige OECD’s kommentarer fra 2014 og 2017 inddrages som fortolkningsbidrag. I 2014-kommentarerens, pkt. 10.2, som på dette punkt er blevet videreført i 2017-kommentarerens, er det anført, at den umiddelbare modtager af renterne vil kunne nægtes den overenskomstmæssige fordel, der følger af mode-overenskomstens artikel 11, stk. 1, hvis de faktiske omstændigheder klart viser, at modtageren – uden at være bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person – ”substantielt” /”i realiteten” ikke har rettighederne til at bruge og nyde renterne [...]. Disse kommentarer ligger ligeledes inden for rammerne af en formålsfortolkning og må derfor også anses for at være af en præciserende karakter, med den følge at de altså er relevante for fortolkningen af artikel 11, stk. 1, i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

7.1.1.2 Den abstrakte fortolkning af rente-/royaltydirektivet

7.1.1.2.3 Begrebet ”retmæssig ejer” tager sigte på den modtager, der ”re-elt” modtager renterne

Det følger som nævnt af rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, at beta-linger af renter, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den ”retsmæssige ejer” af de pågældende renter er et selskab i en anden medlemsstat [...].

Begrebet ”retmæssig ejer” skal ifølge Domstolens dom i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1, fortolkes således, at ”det betegner en enhed, som reelt modtager de renter, som beta-les til den” (dommens præmis 88, [...]). Udtrykket ”retmæssig ejer” tager ifølge Domstolen ikke sigte på en modtager, der identificeres formelt, men derimod på ”den enhed, som økonomisk set modtager de oppebårne renter og derfor har mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf” (dommens præmis 89).

Endelig har Domstolen fastslået, at begrebet ”retsmæssig ejer”, som er indeholdt i dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er baseret på OECD’s modelbeskatningsoverenskomst, samt kommentarerne hertil, er relevante for fortolkningen af rente-/royaltydirektivet (dommens præmis 90).

7.1.1.2.4 Direktivets fordel skal afslås, når der foreligger misbrug

Ifølge rente-/royaltydirektivets artikel 5, stk. 1, udelukker direktivet ikke anvendelsen af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af misbrug, og medlemsstaterne kan ifølge bestemmelsens stk. 2 tilbagekalde fordele i henhold til direktivet eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde [...].

Det er Skatteministeriets standpunkt, at der i national ret er hjemmel til imødegåelse af misbrug af den art, der er tale om i den foreliggende sag [...], men afgørelsen af sagen gør ikke en stillingtagen til dette stridspunkt påkrævet.

Der gælder nemlig et almindeligt og generelt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser, herunder direktivbestemmelser, med henblik på at muliggøre retsmisbrug (præmisserne 96 og 101 i Domstolens dom i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1 [...]). Princippet om forbud mod

retsmisbrug finder således også anvendelse på skatteområdet, når opnåelse af en skattefordel er et hovedformål med den omhandlede transaktion (dommens præmis 107 in fine sammenholdt med præmis 127, [...]). Som følge af dels det generelle EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug, dels nødvendigheden af at overholde dette princip inden for rammerne af gennemførelsen af EU-retten, er medlemsstaterne forpligtede til at afslå fordele, som søges opnået ved retsmisbrug, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige regler til bekæmpelse af misbrug (dommens præmis 111, [...]).

Der er ikke tale om, at Domstolen med dommen i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1, har skabt en (ny) retsstilling, der ikke gjaldt forud for dommen, eller at Domstolen har ændret sin hidtidige praksis, således som den er kommet til udtryk i bl.a. sag C-321/05, Kofoed, jf. Domstolens førstnævnte dom, præmis 112 ff. [...]. Med denne dom har Domstolen derimod – inden for rammerne af den kompetence, som tilkommer Domstolen i medfør af artikel 267 TEUF – be-lyst og præciseret betydningen og rækkevidden af princippet om forbud mod retsmisbrug, således som dette princip skal anvendes på sager som den foreliggende.

Af Domstolens dom følger således også, at det EU-retlige retssikkerheds-princip heller ikke er til hinder for at nægte rente-/royaltydirektivets for-del i form af fritagelse for kildeskat, når der foreligger retsmisbrug, hvad der tillige fremgår udtrykkeligt af Domstolens dom i sag C-251/16, Cus-sens, præmis 43 [...].

Der er heller ikke tale om, at Domstolen med sin dom i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1, har fastslået en fortolkning af rente-/royaltydirektivet, som indebærer, at direktivet – i sig selv – skaber forpligtelser for borgerne. I tilfælde, hvor der foreligger retsmisbrug, og hvor borgeren af denne grund nægtes en fordel i henhold til EU-retten, er der således ikke tale om, at borgeren pålægges en forpligtelse efter EU-retten, men derimod at de objektive betingelser for at opnå en fordel i henhold til EU-retten ikke er opfyldt, fordi fordelene søges opnået ved retsmisbrug (dommens præmis 119, [...]).

Endelig er det ikke i strid med loven om Danmarks tiltrædelse af den Europæiske Union at nægte rente/royaltydirektivets fordele med henvisning til det generelle EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug. Den foreliggende situation er således usammenlignelig med situationen, der gav anledning til Højesterets dom gengivet i U.2017.824H, Ajos [...].

Af præmisserne for Højesterets dom i Ajos-sagen fremgår, at det for sagens udfald var udslagsgivende, at der med Højesterets ord forelå en ”contra legem-situation”, dvs. en situation, hvor det ikke inden for rammerne af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i national ret, er muligt at fortolke en national regel direktivkonformt.

En sådan situation foreligger ikke i denne sag, hvor rente-/royaltydirektivet er blevet gennemført ved en simpel henvisning til direktivet. Af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d)’s ordlyd følger således, at renter er omfattet af skattepligten, medmindre ”beskatningen af renterne skal frafalde eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater”. Lovgivningsmagten har således, som også fremhævet ovenfor, valgt den tilgang at lade rente-/royaltydirektivet (og en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst) være styrende for, om en rentebetaling er omfattet af en skattepligt eller ej.

Det er som følge heraf en smal sag at anlægge en fortolkning af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), der er i overensstemmelse med rente-/royaltydirektivet og det almindelige princip om forbud mod retsmisbrug, således som direktivet og princippet skal fortolkes ifølge Domstolens dom i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1, jf. således også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...]. Derfor foreligger der altså ikke nogen ”contra legem-situation”.

Hvad angår U.2012.3564H, Sawo [...], som sagsøgerne tillige påberåber sig, bemærkes, at også denne dom er uden relevans for afgørelsen af den foreliggende sag. Sagen, der gav anledning til dommen, rejste – lige så lidt som den foreliggende sag – noget spørgsmål om EU-rettens forrang.

På den anførte baggrund må selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), fortolkes således, at en fritagelse for beskatning af renter skal nægtes, hvis fritagelsen søges opnået ved retsmisbrug, hvad der kommer an på en konkret vurdering af de givne omstændigheder.

7.1.1.2.5 Domstolens bemærkninger om misbrugsbedømmelsen

Ifølge Domstolens dom i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1, kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug for det første et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt,

og for det andet et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel (dommens præmis 124, [...]).

Det er undersøgelsen af de sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel (dommens præmis 125, [...]).

Domstolen har i dommen anvist de nærmere principper for en sådan undersøgelse og foretaget en ikke-udtømmende opregning og beskrivelse af holdepunkter for, at rente-/royaltydirektivets fordel i form af fritagelse for beskatning af renter i et givent tilfælde søges opnået ved misbrug.

Ifølge Domstolen må en koncern – i et tilfælde som det foreliggende – anses for et kunstigt arrangement, når den ikke er etableret af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, når den har en struktur, der er rent formel, og når den har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse. Det gælder navnlig, når betalingen af renteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en ”gennemstrømningsenhed” mellem det selskab, som overfører renterne, og det selskab, som er ”renternes retmæssige ejer” (dommens præmis 127).

Den omstændighed, at renter i deres helhed eller stort set i deres helhed ganske kort tid efter modtagelsen viderefremmes af det selskab, som har modtaget dem, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af rente-/royaltydirektivet, er et holdepunkt for, at der foreligger et arrangement, som har til formål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse for beskatning, der følger af direktivet (dommens præmis 128).

Ifølge Domstolens dom kan den kunstige karakter af et arrangement ligeledes underbygges ved, at den pågældende koncern er struktureret på en sådan måde, at det selskab, der modtager de renter, der betales af debitor-selskabet, selv skal betale disse renter til et tredje selskab, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af rente-/royaltydirektivet, med den følge at selskabet alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, når det opererer som ”gennemstrømningselskab” (dommens præmis 130). Et selskab kan anses for et gennemstrømningselskab, hvis selskabets eneste aktivitet er at modtage renterne og videreoverføre dem til den ”retmæssige

ejer” eller til øvrige ”gennemstrømningselskaber” , jf. nærmere dommens præmis 131.

Holdepunkter for, at der er i et givent tilfælde er tale om et kunstigt arrangement, kan endvidere findes 1) i den omstændighed at der findes forskellige kontrakter mellem de selskaber, der er involveret i de omhandlede finansielle transaktioner, som giver anledning til pengestrømme inden for koncernen, der – således som det er anført i rente-/royaltydirektivets artikel 4 – kan have til formål, at der fra et modtagende erhvervsdrivende selskab overføres udbytte til aktionærenheder med henblik på at undgå at betale skat eller at nedsætte skattebyrden mest muligt, 2) fremgangsmåden for transaktionernes finansiering, 3) i vurderingen af de mellemliggende selskabers egenkapital og 4) i ”gennemstrømningselskabernes” manglende beføjelser til at råde økonomisk over de modtagne renter. Det er i den forbindelse ikke kun en kontraktuel eller juridisk forpligtelse for det selskab, der modtager renterne, til at videreformidle dem til tredje-mand, der kan udgøre sådant et holdepunkt. Der foreligger også et holdepunkt for misbrug, hvis selskabet efter en bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder ”substantielt” ikke har haft rettighederne til at bruge og nyde renterne (dommens præmis 132, [...]).

Holdepunkter som de ovenfor nævnte kan anses for bestyrkede, hvis der er et sammenfald eller en nær tidsmæssig sammenhæng mellem på den ene side ikrafttrædelsen af ny skattelovgivning som for eksempel selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), og på den anden side iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncern, som kan føre til en omgåelse af den indførte beskatning (dommens præmis 133). Et sådant sammenfald eller en sådan nær tidsmæssig sammenhæng er omvendt ikke en nødvendig betingelse for at godtgøre et misbrug, men kan altså bestyrke andre holdepunkter for, at der foreligger et retsmisbrug.

Om hovedsagerne, der gav anledning til Domstolens dom i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1, er det i dommens præmis 126 anført, at der ”foreligger en række holdepunkter, på baggrund af hvilke det ville kunne konkluderes, at der foreligger retsmisbrug,” men at det i overensstemmelse med kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale domstole tilkommer de forelæggende retter at efterprøve, om disse holdepunkter er objektive og samstemmende, og om sagsøgerne i hovedsagerne har haft mulighed for at føre modbevis [...].

7.1.1.3 I det foreliggende tilfælde må fordelene af såvel den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst som rente-/royaltydirektivet afslås

Frem til den 25. juni 2003 var det øverste selskab i den danske del af koncernen, ETI Telecom, direkte ejet af TAJRV, Jersey. I dagene fra og med den 25. juni 2003 til og med den 1. juli 2003 blev der gennemført en omstrukturering, som medførte, at der mellem TAJRV og det øverste danske selskab i koncernen, som efter omstruktureringen var HHU, blev indskudt to svenske selskaber, nemlig SNAH og ETERG, i hvilken forbindelse der samtidig blev etableret to koncerninterne lån.

Lånet mellem HHU og SNAH, lånet mellem ETERG og TAJRV samt koncernbidragene fra SNAH til ETERG må betragtes som ét samlet arrangement. Det er nemlig usandsynligt, at det var et rent tilfælde, at lånene blev indgået med få dages mellemrum og var identiske med hensyn til hovedstol, rentesats og vilkår i øvrigt. Det er også usandsynligt, at SNAH tilfældigvis – gang på gang på gang – ydede koncernbidrag til ETERG, som indebar, at rentebeløbene fra HHU til SNAH blev viderekaliseret til ETERG, for derfra at blive kanaliseret videre til TAJRV.

Skatteministeriet gør ikke gældende, at der for SNAH bestod en formel kontraktuel forpligtelse til at betale koncernbidrag til ETERG. I koncernforhold som det foreliggende er en sådan retlig forpligtelse upåkrævet og derfor overflødig. ETERG udøvede i sin egenskab af moderselskab bestemmende indflydelse på SNAH. Førstnævnte selskab kunne derfor selv udvirke, at sidstnævnte selskab ydede de koncernbidrag, som var nødvendige for, at renteforpligtelserne over for TAJRV kunne opfyldes. Det er da også en kendsgerning, at bidragene faktisk blev ydet, og at de faktisk kunne dække ETERGs renteforpligtelser over for TAJRV.

Arrangementet bevirkede rent faktisk, at hverken SNAH eller ETERG var overladt noget råderum til at disponere over deres indtægter i form af renter henholdsvis koncernbidrag. Begge selskaber var således gennemstrømningsselskaber, idet renterne fra HHU strømmede direkte igennem SNAH og ETERG til TAJRV på Jersey. Når der er tale om et sådant på forhånd tilrettelagt arrangement, spiller det i den henseende ingen rolle, at SNAH kanaliserede renterne fra HHU videre som koncernbidrag, efter-som substansen i arrangementet var, at SNAH ikke havde reelle beføjelser til at råde over renterne.

At de svenske selskaber fungerede som gennemstrømningsselskaber, bestyrkes til overflod af, at selskaberne var uden reel substans. Selskaberne var skuffeselskaber, som TAJRV erhvervede til lejligheden. De havde in-

gen anden driftsmæssig aktivitet end at eje kapitalandele i hvert sit underliggende selskab og være kreditor henholdsvis debitor for de omhandlede lån, bortset fra at SNAH 2 ½ år efter etableringen af arrangementet erhvervede en udlejningsejendom for 5,4 mio. SEK. Selskaberne var endvidere uden ansatte og havde postadresse hos AmiCorp Sweden AB, der forestod administrationen af selskaberne, hvis udgifter til administration og revisor blev afholdt af TAJRV.

Det omhandlede arrangementet var endvidere uden forretningsmæssig begrundelse. Forretningsmæssigt havde det været mest enkelt, hvis HHU mod udstedelse af et gældsbeholdning til TAJRV havde købt aktierne i ETI Telecom direkte fra TAJRV. De øgede papirbyrder, der var forbundet med den faktisk gennemførte omstrukturering, det yderligere koncerninterne låneforhold og de årlige koncernbidrag, havde imidlertid en skattemæssig fordel, da beskattningen af renterne fra HHU – bortset fra spørgsmålet om renters ”retmæssige ejer” og retsmisbrug – skulle frafaldes efter den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst og rente-/royaltydirektivet. Renterne var ganske vist skattepligtige for SNAH, men indtægterne blev skattemæssigt neutraliseret af de fradragsberettigede koncernbidrag til ETERG. På samme måde blev koncernbidragene, der var skattepligtige for ETERG, skattemæssigt neutraliseret af de fradragsberettigede renteudgifter knyttet til lånet fra TAJRV.

Arrangementet medførte altså, at skattepligtige renter blev gjort skattefrie. Havde HHU betalt renterne direkte til TAJRV på Jersey, havde Danmark ikke været forpligtet til at frafalde beskattningen i medfør af rente-/royaltydirektivet eller i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

At formålet med arrangementet var at undgå kildeskat, bekræftes af EY's erklæring af 20. juni 2003 til TAJRV, hvoraf fremgår, at baggrunden for indskydelsen af de to svenske selskaber og etableringen af låneforholdene var at øge mulighederne for at kanalisere midler fra koncernens driftsselskaber til Jersey uden kildeskat [...]. Erklæringens indhold taget i betragtning kan det derfor ikke til sagsøgernes fordel tillægges nogen betydning, at de danske regler om kildebeskatning af renter af kontrolleret gæld end-nu ikke var vedtaget, da arrangementet blev sat i søen.

Den omstændighed, at SNAH i januar 2006 for lånte midler erhvervede en mindre fast ejendom, ændrer ligeledes ikke på, at lånet mellem HHU og SNAH, lånet mellem ETERG og TAJRV samt koncernbidragene fra SNAH til ETERG må betragtes som ét samlet arrangement, der havde skatteundgåelse som et hovedformål, ligesom det heller ikke ændrer på, at de sven-

ske selskaber var gennemstrømningselskaber uden reelle beføjelser til at råde over renterne fra HHU.

Det er i så henseende også uden betydning, at renterne, der blev tilskrevet de omhandlede lån, for en dels vedkommende ikke blev betalt effektivt, med blev konverteret til kapitalandele eller betalt ved modregning. De skatteretlige virkninger indtrådte nemlig (allerede) ved rentetilskrivningen, med den følge at de skattemæssige fordele i form af fradrag og fritagelse for kildebeskatning kunne høstes straks og således at betalingsoverførsler, modregninger eller konverteringer til kapitalandele uden yderligere skattemæssige konsekvenser kunne gennemføres efterfølgende, således som det faktisk også skete. For den skatteretlige bedømmelse af, om SHAN eller ETERG må anses for renternes retmæssige ejer, er det derfor uden betydning, at en del af de tilskrevne renter ikke blev betalt effektivt, jf. således også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...].

På den anførte baggrund bør det fastslås, at hverken SNAH eller ETERG i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts forstand eller i rente-/royaltydirektivets forstand kan anses for de omhandlede renters retmæssige ejer, at der foreligger misbrug af direktivet, og at skattemyndighederne derfor med rette har fastslået, at beskatningen af renterne hverken skal frafalde efter overenskomsten eller direktivet.

7.1.1.4 En beskatning strider ikke imod en bindende administrativ praksis

Ved afgørelsen af, om en skattepligt med hensyn til de omhandlede renter vil stride imod en bindende, fast administrativ praksis vedrørende fortolkningen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum, må det – da landsretten ellers ikke ville have anledning til at tage stilling til spørgsmålet – lægges til grund, at beskatningen ikke skal frafalde efter rente-/royaltydirektivet, fordi der foreligger misbrug, og at beskatningen af renterne ej heller skal nedsættes efter den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, stk. 1, eftersom SNAH ikke (og ej heller ETERG) kan anses for renternes retmæssige ejer.

Der er derfor med andre ord tale om, at sagsøgerne med deres praksis-synspunkt gør krav på, at de omhandlede renter skal anses for undtaget fra en skattepligt, selv om selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktums udtrykkelige betingelse for, at renterne er undtaget fra skattepligten, ikke er opfyldt.

Da en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning ikke kan begrunde et krav om en retsstilling, der strider imod loven, jf. hertil U.2003.2005H [...], er

det udelukket, at sagsøgernes påberåbelse af en administrativ praksis kan føre til, at de omhandlede renter undtages fra en skattepligt, allerede fordi en sådan undtagelse altså vil stride imod selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktums udtrykkelige betingelse for, at en undtagelse kan indrømmes.

Hertil kommer, at SKATs afgørelser af 28. november 2008 og 2. december 2010 [...] ikke er udtryk for en praksisskærpeelse, eftersom afgørelserne ikke ændrede på nogen fast administrativ praksis.

Det påhviler sagsøgerne at føre bevis for eksistensen af den hævdede praksis, som afgørelserne ifølge sagsøgerne skulle fravige, jf. f.eks. U.2011.3305H [...], men sagsøgerne har ikke løftet denne bevisbyrde.

De påberåbte svar (fra 2000/2001), som skatteministeren gav i forbindelse med Folketingets Skatteudvalgs behandling af lovforslaget, som efter et ændringsforslag resulterede i indførelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c) om begrænset skattepligt af udbytter, udgør ikke noget bevis for eksistensen af en bindende praksis, som afgørelserne i den foreliggende sag skulle ændre på, allerede fordi det, som beskrevet ovenfor, fremgår udtrykkeligt af forarbejderne (fra 2003/2004) til bestemmelsens litra d), at fordelene af rente-/royaltydirektivet og af en dobbeltbeskatningsoverenskomst vil kunne nægtes i omgælses tilfælde.

Sagsøgerne har da heller ikke dokumenteret eksistensen af nogen tidligere afgørelse, hvorefter skattemyndighederne i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum, har anset renter for at være undtaget fra en skattepligt, selv om de givne omstændigheder – ligesom i det foreliggende tilfælde – ellers gav belæg for at fastslå, at modtageren ikke havde haft eller havde haft så snævre beføjelser til at disponere over renterne, at selskabet ikke kunne anses for renternes retmæssige ejer.

Sagsøgerne har endvidere ikke påvist tilfælde, hvor skattemyndighederne siden selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d)'s ikrafttrædelse med virkning for renter, der vedrører tiden fra og med den 2. april 2004, skulle have for sømt at gribe korrigerende ind i tilfælde som det foreliggende. En sådan manglende indgriben ville, hvis den faktisk havde fundet sted, i øvrigt heller ikke kunne være blevet sidestillet med en positiv afgørelse, jf. f.eks. U.2017.2960H og U.2017.2979H [...].

Sagsøgerne har heller ikke på anden vis godtgjort, at skattemyndighederne efter ikrafttrædelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), og indtil SKATs afgørelse i den foreliggende sag skulle have fulgt en praksis, hvor-

efter renter blev anset for at være undtaget fra den skattepligt, der følger af bestemmelsen, selv om de givne omstændigheder ellers gav belæg for at fastslå, at modtageren af renterne ikke havde haft eller havde haft så snævre beføjelser til at disponere over renterne, at selskabet ikke kunne anses for renternes retmæssige ejer.

De af sagsøgerne påberåbte svar, som skatteministeren efter ikrafttrædelsen af selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra d), har afgivet i forskellige sammenhænge, udgør således ikke et bevis for, at der på tidspunktet for SKATs afgørelse var etableret en praksis, hvorefter renter – under omstændigheder som i denne sag foreliggende – blev betragtet som værende undtaget fra en skattepligt efter denne bestemmelse.

Der er tale om abstrakte svar på abstrakte spørgsmål. Svarene giver – lige som det påberåbte notat om status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner – intet belæg for, at SKAT positivt skulle have truffet en beslutning om at følge en praksis, hvorefter renter blev anset for undtaget fra en skattepligt, selv om der efter en oplysning og en konkret vurdering af de givne omstændigheder ville være belæg for at fastslå, at modtageren ikke havde haft eller havde haft så snævre beføjelser til at disponere over renterne, at selskabet ikke kunne anses for renternes retmæssige ejer.

Forud for SKATs første afgørelse i denne sag havde skatteministeren tværtimod afgivet adskillige svar, hvoraf fremgår, at et moderselskab ikke ville kunne påberåbe sig fordelene af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det var et ”rent gennemstrømningsholdingselskab”, et ”rent gennemstrømningselskab”, et ”conduit” selskab, eller et ”gennemstrømningselskab”, jf. 1) bilag 9 til lovforslag nr. 116 af 14. december 2005 [...], 2) skatteministerens svar på udvalgsspørgsmål 2-10 efter fremsættelsen af lovforslag nr. 30 af 4. oktober 2006 [...], 3) skatteministerens svar af 6. november 2006 på spørgsmål S 474 [...] og 4) bilag 26 vedrørende lovforslag nr. 213 af 18. april 2007 [...], 5) ministerens svar på udvalgsspørgsmål 86 [...] og 6) det reviderede svar herpå [...] til førnævnte lovforslag. I alle de nævnte svar, bortset fra det første, er der endog henvist til pkt. 12.1 i bemærkningerne til artikel 10 (om udbytte) i OECD’s modeloverenskomst, og i de 4 sidstnævnte svar er det ydermere beskrevet i selve svarene, at ”conduit” selskaber/”gennemstrømningselskaber” omfatter selskaber, der ”reelt har meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst”.

På den anførte baggrund bør det – på tilsvarende vis som i Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...] – fastslås, at SKATs afgørelser i denne

sag ikke ændrede på nogen bindende, fast administrativ praksis, som sagsøgerne i medfør af en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning kan støtte ret på.

7.2 HHU er ansvarlig for den manglende indeholdelse

Da de omhandlede renter er omfattet af skattepligten, jf. selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra d), skulle HHU i forbindelse med godskrivningen af de omhandlede renter have indeholdt renteskat heraf, jf. kildeskattelovens § 65 D, stk. 1.

Af kildeskattelovens § 69, stk. 1, følger som nævnt, at den, som undlader at opfylde sin pligt til at indeholde skat, eller som indeholder denne med for lavt beløb, over for det offentlige er umiddelbart ansvarlig for betaling af det manglende beløb, medmindre han godtgør, at der ikke er udvist _____ forsømmelighed fra hans side ved iagttagelse af bestemmelserne i kildeskatteloven.

Ved afgørelsen af, om HHU har afkræftet den lovbestemte formodning for forsømmelighed, må det – da landsretten ellers ikke ville have anledning til at tage stilling til spørgsmålet – lægges til grund, at der ikke har været nogen bindende administrativ praksis, hvorefter de omhandlede renter skal anses for at være undtaget fra den skattepligt, der ellers følger af selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra d). Allerede af den grund er det uholdbart, når sagsøgerne gør gældende, at der forelå en administrativ praksis, som gav HHU føje til at antage, at renterne kunne godskrives uden indeholdelse af renteskat.

For spørgsmålet om HHU's ansvar efter kildeskattelovens § 69, stk. 1, er det (derimod) udslagsgivende, at selskabet ubestridt har været bekendt med de faktiske omstændigheder, som fører til, dels at SNAH ikke kan anses for at have at været renternes retsmæssige ejer i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts forstand, dels at fordelene i form af kildeskattefritagelsen, der følger af rente-/royaltydirektivet, skal nægtes, både fordi EU-retten ikke kan påberåbes med henblik på at muliggøre retsmisbrug, og fordi SNAH heller ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer i direktivets forstand, jf. således også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...] og SKM2021.304.ØLR [...].

Når der – som i den foreliggende sag – er grundlag for at nægte en skattemæssig fordel i form af kildeskattefritagelse, fordi fordelene er søgt opnået ved retsmisbrug, og den indeholdelsespligtige er bekendt med dette grundlag, må den manglende indeholdelse af kildeskatten da også – per

se – tilregnes den indeholdelsespligtig som værende af en forsømmelig karakter.

Da sagsøgerne altså ikke har afkræftet den lovbestemte formodning for, at der fra HHU's side er udvist forsømmelighed med hensyn til den manglende indeholdelse af renteskat, er selskabet i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1, over for det offentlige umiddelbart ansvarlig for betaling af de ikke-indeholdte renteskatter.

7.3 Sagsøgerne kan ikke anfægte morarentesatsen ved at påberåbe sig kapitalens fri bevægelighed

Sagsøgerne er afskåret fra at gøre TEUF artikel 63 om kapitalens fri bevægelighed gældende til støtte for indsigelsen imod satsen for morarenten, som er blevet beregnet af det beløb, der skyldes i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1.

Det følger af Domstolens dom i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, N Luxembourg 1, at i en situation, hvor ordningen med kildeskattefritagelse for renter i medfør af rente-/royaltydirektivet ikke finder anvendelse som følge af, at det konstateres, at der foreligger svig eller misbrug, kan anvendelsen af de friheder, der er sikret ved traktaten, ikke gøres gældende med henblik på at anfægte den lovgivning i kildeskatteloven, som regulerer beskatningen af renterne, jf. dommens præmis 155, 177 og 180 [...].

I denne sag foreligger der netop misbrug, med den følge at den fritagelse for kildeskat, der er fastsat i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, ikke finder anvendelse. Det følger herefter af Domstolens dom, at frihederne i traktaten, herunder kapitalens fri bevægelighed (TEUF artikel 63), ikke kan gøres gældende i den foreliggende sag med henblik på at anfægte den omhandlede danske lovgivning, herunder om forrentning af kildeskattekravet ved for sen betaling.”

BS-30/2012-VLR (Alfa Laval Aalborg A/S)

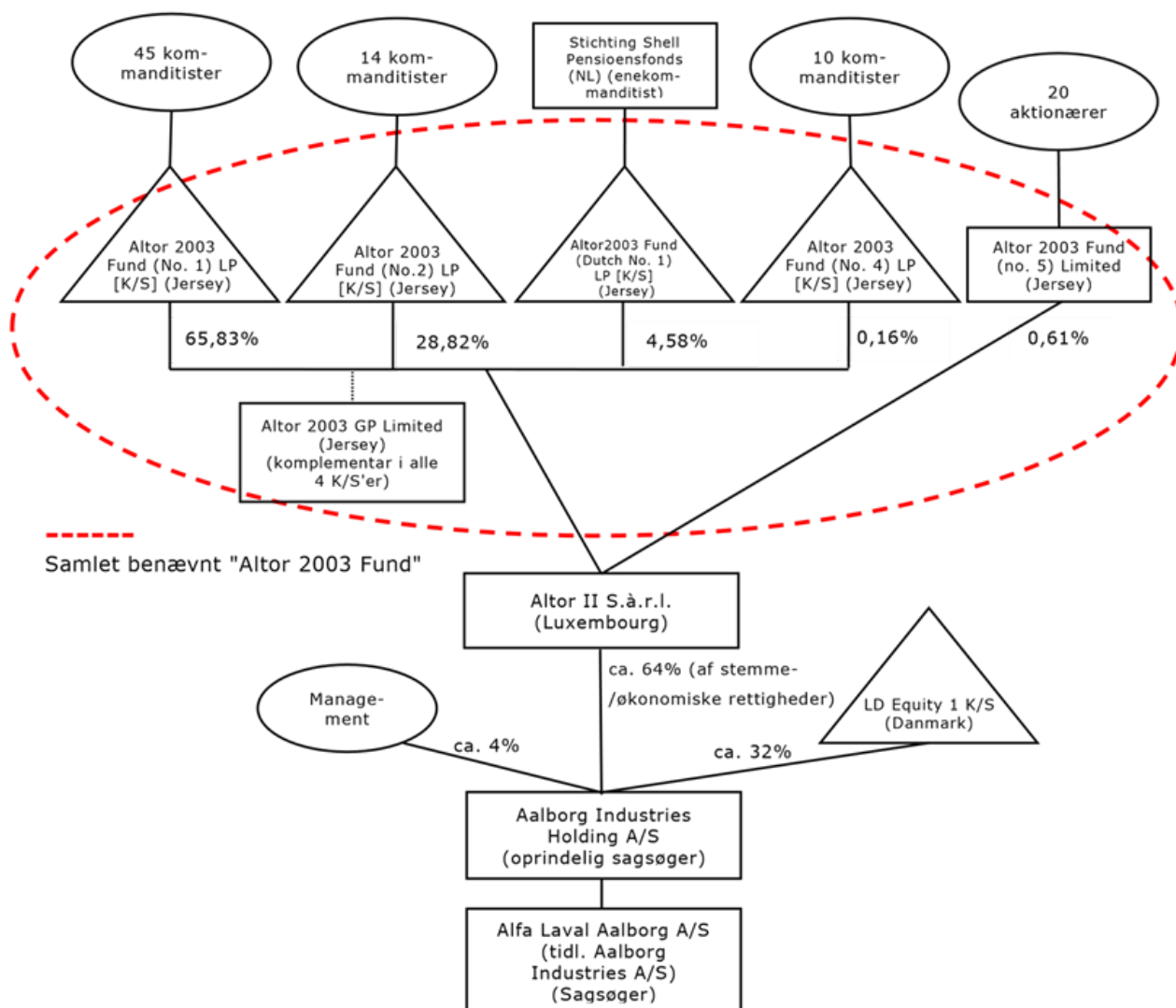
Alfa Laval Aalborg har i sit sammenfattende processkrift af 3. januar 2022 anført bl.a.:

” DEL II SAGENS FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

3 SAGENS FAKTUM I EN NØDDESKAL

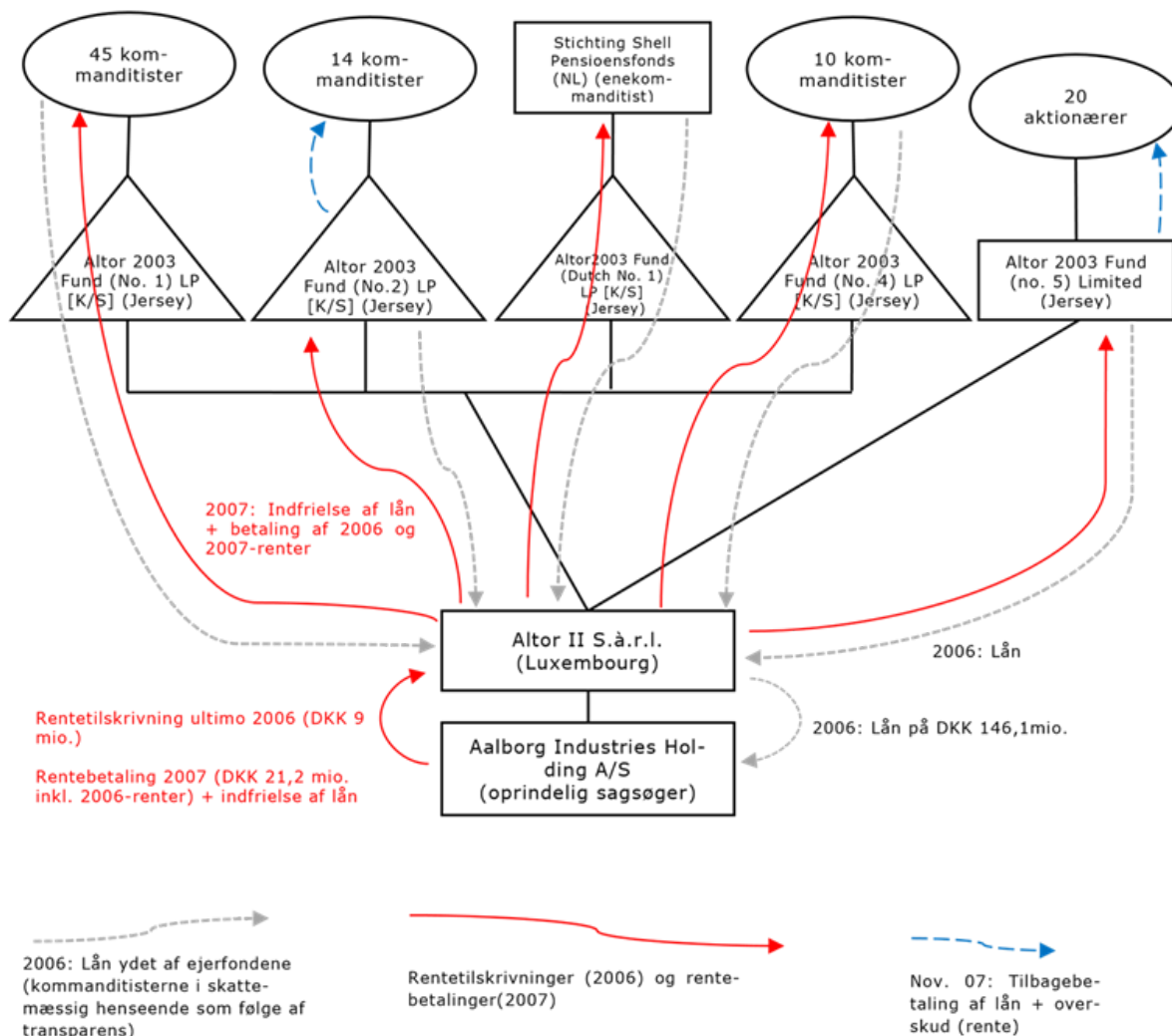
Det er Alfa Lavals opfattelse, at de overordnede faktiske forhold, der har betydning for afgørelsen af nærværende sag, og som landsretten følgelig kan lægge til grund ved sin afgørelse af sagen, kan sammenfattes på følgende måde:

- I 2005 erhvervede et kapitalfonds-konsortium - samlet benævnt "Altor 2003 Fund" - under ledelse af den nordiske kapitalfond Altor Equity Partners ca. 66 % af aktiekapitalen i det danske selskab Aalborg Industries A/S, der var aktiv inden for marineindustrien. Købet skete gennem det til lejligheden stiftede køberselskab, Aalborg Industries Holding A/S (det oprindelige sagsøgende selskab). De øvrige aktier i Aalborg Industries (Holding A/S) var ejet af Lønmodtagernes Dyrtidsfond (gennem selskabet LD Equity 1 K/S) og af ledelsesmedlemmer i Aalborg Industries-koncernen (benævnt "Management" på Illustration 1 nedenfor).
- Kapitalfondskonsortiet, der ejede de 66 % af aktierne i Aalborg Industries Holding A/S, bestod af 5 juridiske enheder, nemlig 4 kommanditselskaber og et almindeligt kapitalselskab; alle etableret på Jersey. Disse 5 juridiske enheder betegnes samlet som "ejerfondene" eller "Altor 2003 Fund". Kommanditselskaberne anses som skattetransparente enheder i både Jersey og Danmark, ligesom dette som udgangspunkt også er tilfældet i kommanditisternes hjemstater. Der er i alt 70 kommanditister i de 4 kommanditselskaber. Langt den overvejende del af disse kommanditister er hjemmehørende i andre EU-lande og/eller DBO-lande.
- Året efter, i 2006, etableredes et holdingselskab, Altor II S.à.r.l., Luxembourg, der blev indskudt mellem ejerfondene og Aalborg Industries Holding A/S. Ejerstrukturen kan herefter illustreres som følger:

Illustration 1 - Ejerstruktur i sagsperioden

- I forbindelse med finansieringen af købet af aktierne i Aalborg Industries A/S i 2005 havde ejerfondene ydet lån til Aalborg Industries Holding A/S på i alt ca. 146 mio. kr. Altor II S.à.r.l., Luxembourg, indtrådte i disse lån i forbindelse med selskabets indtræden i strukturen.
- I 2006 blev der tilskrevet ca. 9 mio. kr. i renter på lånet fra Altor II S.à.r.l. til Aalborg Industries Holding A/S. I november 2007 blev samtlige lån indfriet og der blev i alt betalt ca. 21 mio. kr. i renter (inkl. de tilskrevne 9 mio. kr. vedrørende 2006) til Altor II S.à.r.l. og et nogenlunde tilsvarende beløb til ejerfondene fra Altor II S.à.r.l. Lånstrukturen kan illustreres som følger:

Illustration 2 - Lånestruktur i sagsperioden



- Ved SKATs afgørelse - som stadfæstet af Landsskatteretten - er Altor II S.à.r.l. anset for at være begrænset skattepligtig til Danmark af de pågældende renter, da selskabet ikke er anset for at være beskyttet af rente-/royaltydirektivet eller af den dansk-luxembourgiske DBO, lige-som Aalborg Industries Holding A/S er anset for at hæfte for den ikke-indeholdte kildeskat som følge af forsømmelighed. Hverken SKAT eller Landsskatteretten har taget stilling til, om der skal ske nedsættelse af kildeskattekravet som følge af, at de egentlige rente-modtagere (nemlig i hovedsagen kommanditisterne i de fire kommanditselskaber) har krav på DBO-beskyttelse efter deres hjemstateres DBO med Danmark. Der er således først redegjort for identiteten af kommanditisterne under nærværende retssags forberedelse.
- I 2011 solgte Altor II S.à.r.l. aktierne i Aalborg Industries Holding A/S (med selskabets ca. 66 % aktier i driftsselskabet Aalborg Industries A/S) til den svenske industrikoncern Alfa Laval. I den forbin-

delse blev Aalborg Industries Holding A/S (som ophørende selskab) fusioneret med Aalborg Industries A/S, der i samme forbindelse ændrede navn til Alfa Laval Aalborg A/S. Dette selskab er, som nævnt, indtrådt som sagsøger i nærværende sag.

4 NÆRMERE OM DE FAKTISKE FORHOLD

I første række henvises til redegørelsen for de faktiske forhold i Landsskatterettens afgørelse [...] samt til den overordnede beskrivelse i forelæggelseskendelsens afsnit om de "faktiske forhold" (punkt 7 - 19) [...], hvortil Alfa Laval har følgende supplerende bemærkninger.

4.1 Overordnet om Aalborg Industries og ejer-/lånestrukturen

Aalborg Industries A/S (i dag Alfa Laval Aalborg A/S) er en industrivirksomhed, der i sagsperioden primært fremstillede, solgte og servicerede kedelprodukter til brug for marineindustrien.

I august 2005 erhvervede et konsortium af 5 kapitalfonde under ledelse af den nordiske kapitalfondsforvalter, Altor Equity Partners, selskabets aktier fra de hidtidige ejere, kapitalfonden Axcel samt den danske erhvervsbank, FIH, mens Lønmodtagernes Dyrtidsfond (LD Equity 1 K/S) fortsatte som aktionær. Herudover foretog en lang række af ledelsesmedlemmer medinvesteringer.

Strukturelt skete opkøbet og de øvrige aktionærers medinvestering gennem det nystiftede holdingselskab, Aalborg Industries Holding A/S, dvs. det oprindelige sagsøgende selskab i nærværende sag.

Aalborg Industries Holding A/S havde i sagsperioden en A-aktiekapital på 2.448.580 kr. og en B-aktiekapital på 2.070.000 kr. De fem Altor ejerfonde ejede ca. 2/3 af A-aktierne, mens LD Equity 1 K/S ejede de resterende A-aktier. A-aktierne var såvel stemmetunge som bærende den væsentligste del af de økonomiske rettigheder. B-aktierne, der alle var ejet af medarbejderne, repræsenterede ca. 4 % af stemmerne og de økonomiske rettigheder. Altor ejerfonde besad således ca. 64 % af stemmerne og de økonomiske rettigheder, mens LD Equity 1 K/S besad ca. 32 %.

Købesummen for ejerfondenes ejerandel af aktierne i Aalborg Industries A/S udgjorde ca. 963 mio. kr.

I forbindelse med købet - den 27. september 2005 - ydede ejerfonde et lån til Aalborg Industries Holding A/S på 146.010.341 kr. [...]. Lånet blev

forrentet med 9 % p.a. Den anden hovedaktionær, LD Equity 1 K/S, ydede tilsvarende et lån til Aalborg Industries Holding A/S på 74.361.859 kr. (svarende til denne aktionærs forholdsmæssige ejerandel).

Den 28. april 2006 overdrog ejerfondene deres fordring på 146.010.341 kr. mod Aalborg Industries Holding A/S til et af ejerfondene nystiftet selskab, Altor II S.à.r.l., Luxembourg [...].

Overdragelsen blev berigtiget ved, at ejerfondene ydede Altor II S.à.r.l. et lån, der også var på 146.010.341 kr. [...]. Dette lån blev forrentet med 8,875 %.

Ved aftale af 21. juni 2006 overdrog ejerfondene videre deres aktier i Aalborg Industries Holding A/S til Altor II S.à.r.l. [...].

Ejer- og lånestrukturen i sagsperioden - fra den 28. april 2006 til den 1. november 2007 - er illustreret ovenfor i afsnit 3 i Illustration 1 og Illustration 2.

Det kan i sagen lægges til grund, at baggrunden for indskydelsen af Altor II S.à.r.l. i strukturen navnlig var, at Danmark med virkning fra og med 2006 havde indført en udvidet definition af begrebet "kontrolleret gæld" i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, om begrænset skattepligt på renter. Således var der indført en bestemmelse om "fælles bestemmende indflydelse" netop møntet på kapitalfonde, der konkret indebar, at enhver kommanditist i de fire ejerfonde, der var kommanditselskaber, fremover ville blive anset for at kontrollere debitorselskabet, Aalborg Industries Holding A/S (og dermed potentielt begrænset skattepligtig til Danmark af de renter, der blev betalt til ejerfondene, såfremt de ikke var hjemmehørende i et DBO-land), uanset hvor lille en investering ("commitment") den pågældende investor havde i det pågældende kapitalfonds-kommanditselskab.

Selv om det stod klart, at en sådan kildeskat ville være begrænset i den konkrete ejerstruktur, da langt hovedparten af investorerne (kommanditisterne) var hjemmehørende i DBO-lande, ville ændringen medføre en betydelig administration med fremskaffelse og indsendelse af dokumentation for skattemæssigt hjemsted, potentielle tilbagesøgninger af uretmæssigt indeholdt rentekildeskat etc.

Baseret på indhentet rådgivning var det opfattelsen, at et indskud af et mellemholdingselskab i Luxembourg ville fritage Aalborg Industries Hol-

ding A/S herfor (herunder for kildeskattebetaling for de få investorer (kommanditister), der ikke var hjemmehørende i DBO-lande).

Aalborg Industries Holding A/S indfrie det pågældende lån den 1. november 2007 [...], på hvilket tidspunkt der var påløbet renter med i alt 21.241.619 kr. Heraf vedrørte 9.029.420 kr. perioden fra 1. maj - 31. december 2006, mens den resterende del, 12.212.199 kr., vedrørte perioden 1. januar - 31. oktober 2007. Samtidig indfrie Aalborg Industries Holding A/S ligeledes lånet fra LD Equity 1 K/S.

Samme dag som Aalborg Industries Holding A/S indfrie det pågældende lån, indfrie Altor II S.à.r.l. ligeledes sin gæld til ejerfondene inklusive påløbne renter. I november 2007 blev der foretaget faktiske tilbagebetalinger af lån til selskabsdeltagerne i ejerfondene samt af de omhandlede rentebetalinger, jf. bl.a. E 549 ff. (uddelingsmeddelelser), samt årsrapporterne for 2007 for ejerfondene, f.eks. [...].

I 2011 solgte Altor II S.à.r.l. aktierne i Aalborg Industries Holding A/S (med selskabets aktier i driftsselskabet Aalborg Industries A/S) til den svenske industrikoncern, Alfa Laval. I den forbindelse blev Aalborg Industries Holding A/S som ophørende selskab fusioneret med datterselskabet, Aalborg Industries A/S, der i samme forbindelse ændrede navn til Alfa Laval Aalborg A/S.

4.2 Nærmere om kapitalfonds-ejerstrukturen - Altor 2003 Fund

Som nævnt var det et kapitalfonds-konsortium - samlet benævnt "Altor 2003 Fund" - under ledelse af den nordiske kapitalfond Altor Equity Partners, der (gennem Aalborg Industries Holding A/S) købte ca. 66 % af aktiekapitalen i Aalborg Industries A/S.

Altor 2003 Fund er ikke nogen juridisk person, men er - som nævnt og vist med rød stiplede linje i Illustration 1 på side 34 ovenfor - en fællesbetegnelse for de 5 juridiske personer, der udgør "ejerfondene":

- Altor 2003 Fund (No. 1) LP
- Altor 2003 Fund (No. 2) LP
- Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP
- Altor 2003 Fund (No. 4) LP
- Altor 2003 Fund (No. 5) Limited

Når det således generelt anføres, at "Altor 2003 Fund har ydet et lån på 146 mio. kr.", eller at "Altor 2003 Fund ejer 66 % af aktierne i Aalborg Industri-

es A/S", så er det de 5 nævnte ejer-fonde, der hver ejer - eller er långiver -for deres forholdsmæssige andel heraf.

Samlet havde Altor 2003 Fund en kapital - "commitment" - på 655.000.000 euro, jf. bl.a. oversigten over investorer i Altor 2003 Fund ([...] og f.eks. [...]) (årsrapporten for Altor 2003 Fund (No. 4) LP)). Kapitalen på 655.000.000 euro var fordelt som følger på de enkelte ejer-fonde:

Ejer-fond	Kapitalandel (EUR)	Ejerandel
Altor 2003 Fund (No. 1) LP	431.200.000	65,83%
Altor 2003 Fund (No. 2) LP	188.800.000	28,82%
Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP	30.000.000	4,58%
Altor 2003 Fund (No. 4) LP	1.035.000	0,16%
Altor 2003 Fund (No. 5) Limited	3.965.000	0,61%
I alt	655.000.000	100,00%

De 5 juridiske enheder, der udgør Altor 2003 Fund, er alle etableret på Jersey. De 4 første ejer-fonde, Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (No. 2) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP og Altor 2003 Fund (No. 4) LP, er organiseret som skattetransparente "limited partnerships", der svarer til kommanditselskaber efter dansk selskabsret. Den sidste ejer-fond, Altor 2003 Fund (No. 5) Limited, Jersey, er organiseret som et ikke-skattetransparent kapital-selskab.

Et kommanditselskab - som de 4 pågældende - anses i næsten alle lande (herunder Jersey og Danmark) for at være skattemæssigt transparent, dvs. der bortses fra selskabet i skattemæssig henseende. Det betyder dermed, at det er investorerne (kommanditisterne) i disse enheder, der i skattemæssig henseende er de personer, der er ejere af kommanditselskabets aktiviteter og dermed skattepligtige af kommanditselskabets indkomst (delta-gerbeskatning).

I nærværende sag er det således den enkelte kommanditist, der i skattemæssig henseende anses for at være dels aktionær i Altor II S.à.r.l. (Luxembourg) og dels også kreditor for den forholdsmæssige andel af det pågældende kommanditselskabs lån til Altor II S.à.r.l. (Luxembourg) og dermed også den person, der skattemæssigt har oppebåret de af sagen omhandlede renter. Dette gælder i hvert fald, i det omfang kommanditselskabet også anses som skattemæssigt transparent i kommanditistens hjem-stat, og naturligvis under den forudsætning at kommanditisten ikke selv

er en skattetransparent enhed (hvad en række af kommanditisterne i disse kommanditselskaber er).

De enkelte kommanditselskaber vil blive nærmere omtalt nedenfor. Kommanditselskabernes forhold er på mange punkter ens, men der er vis-se centrale forskelle. Dette medfører også forskelle i Alfa Lavals anbringerer til støtte for, at kildeskattekravet skal nedsættes for investorerne i hvert af kommanditselskaberne. Der vil dog - af procesøkonomiske grunde - ikke blive fremlagt fuld dokumentation for investorerne i den sidste og mindste ejer-fond, Altor 2003 Fund (No. 5) Limited, der omtales i afsnit 4.7 nedenfor.

Det Altor-ejede selskab, Altor 2003 GP Limited, Jersey, er komplementar-selskab ("general partner") i alle 4 kommanditselskaber og er dermed den selskabsdeltager, der hæfter ubegrænset for kommanditselskabernes for-pligtelser. Årsrapporterne for Altor 2003 GP Limited for 2006 og 2007 er fremlagt og findes i [...].

Komplementarens forpligtelser består overordnet i *"management, operation and administration of the affairs of the Partnership in accordance with the Limited Partnership Agreement"*, jf. (som eksempel [...]), og i denne egenskab har komplementaren fuldmagt til at indgå aftaler på ejerfondenes vegne.

Komplementaren har bl.a. nedsat en *"investment committee"* bestående af deltagere blandt kommanditisterne, ligesom der er indgået en *"investment advisory agreement"* med et Altor-selskab. Som eksempel kan der henvises til årsrapporten for 2006 for Altor 2003 Fund (No. 1) LP [...].

Den daglige administration er outsourcet til en eksternt administrations-selskab, Aztec Financial Services Limited, Jersey, der således står for bog-føring mv.

Som det fremgår af sagens bilag, f.eks. af årsrapporten for 2006 for Altor 2003 Fund (No. 1) LP [...], har Altor 2003 Fund foretaget en række investe-ringer ud over investeringen i Aalborg Industries A/S. Investeringen i Aalborg Industries A/S var således fondens syvende porteføljeinvestering (ud af i alt 12).

4.3 Kommanditselskabet Altor 2003 Fund (no. 1) LP

4.3.1 Kommanditselskabet

Altor 2003 Fund (No. 1) LP var med sin ejerandel på 65,8 % og 45 kommanditister den klart største ejerfond i Altor 2003 Fund.

Ejeraftalen benævnt "Limited Partnership Agreement" ("LPA") for selskabet findes i [...].

Selskabets årsrapport for 2006 og for 2007 findes i [...] og [...].

I årsrapporten for 2007 for selskabet hedder det [...]:

"Income taxes

There is no provision for income tax in the financial statements of the Partnership [Altor 2003 Fund (No. 1) LP] as the Partnership is not subject to income tax. Each partner is individually liable for their own tax payments."

Selskabet er således skattemæssigt transparent på Jersey.

Det fremgår af LPA'ens punkt 15.10 [...], at amerikanske kommanditister skal behandle kommanditselskabet som et skattetransparent selskab. Det hedder således i LPA'en:

"15.10 Partnership United States Tax Status

"The Partners intend for the Partnership to be treated as a partnership for United States federal income tax purposes and no election to the contrary shall be made, and no Partner shall take any position inconsistent with the treatment of the Partnership as a partnership for United States federal income tax purposes. In addition, pursuant to clause 6.2(y)(ii), the General Partner shall cause the Partnership to make a protective election pursuant to United States Treasury regulations Section 301.7701-3 to be treated as a partnership for United States federal income tax purposes."

Den eksplicitte bestemmelse herom skyldes, at investorer i USA efter lokale, amerikanske regler har mulighed for at vælge, hvordan et *limited partnership* (og andre selskaber) skal behandles i skattemæssig henseende.

Den samlede kapital i Altor 2003 Fund (No. 1) LP udgjorde 431.200.000 eu-ro, jf. ovenfor og årsrapporten for 2006, side 3 [...].

Kapitalen er i selskabsretlig forstand hovedsageligt indskudt som lån fra kommanditisterne, jf. nærmere nedenfor. Dette har dog ingen betydning

for sagens skatteretlige spørgsmål, da kommanditselskabet er skattemæssigt transparent (dvs. at der er tale om et låneforhold, der helt bortses fra skattemæssigt).

4.3.2 *Kommanditisterne*

Identiteten på de kommanditister (investorer) i Altor 2003 Fund (No. 1) LP og deres forholdsmæssige ejerandel i kommanditselskabet fremgår af sel-skabets årsrapporter, jf. f.eks. årsrapporten for 2007, side 32 [...].

Som det fremgår, tæller de 45 kommanditister bl.a. pensionskasser, pengeinstitutter, investeringsforeninger og -selskaber, andre kapitalfonde (såkaldte "fund of funds"), "almindelige" selskaber, universiteter, stats- og kommunale enheder samt trusts. Kommanditisterne er organiseret i diverse selskabsformer og er hjemmehørende i forskellige jurisdiktioner.

I oversigten over investorer i Altor 2003 Fund [...] er der foretaget en op-gørelse af, hvor stor en andel af kommanditisterne i Altor 2003 Fund (no. 1) LP, der er hjemmehørende i DBO-lande, og som er almindelige skattepligtssubjekter (dvs. at de ikke er skattemæssigt transparente). Det fremgår nederst midt for, at i alt 67,95 % af kommanditisterne (målt pr. ejerandel) opfylder disse betingelser (grønne). Denne gruppe af investorer i Altor 2003 Fund (no. 1) LP, som er hjemmehørende i DBO-lande, udgør ca. 44,7 % af den samlede investorkreds i hele Altor 2003 Fund (67,95 % af 431.200.000 euro / 655.000.000 euro).

For så vidt angår de kommanditister, der er skattetransparente (kommanditselskaber) - typisk fund-offunds - er der ikke fremlagt oplysninger om deres kommanditister, men det kan efter Alfa Lavals opfattelse lægges til grund, at en andel heraf også vil være hjemmehørende i DBO-lande. De skattetransparente enheder udgør, som det fremgår, 22,92 % af det samlede antal kommanditister (svarende til 15,09 % i den samlede Altor 2003 Fund). Disse er markeret med gult.

Endelig ses det, at det alene er 9,13 %, der ikke umiddelbart er hjemmehørende i et DBO-land (hvide). Dette svarer til 6,01 % af den samlede Altor 2003 Fund.

Der er i sagen fremlagt tegningsaftaler for samtlige kommanditister [...], herunder Harvard Management Private Equity Corporation, USA [...]. Det fremgår heraf bl.a., at Harvard Management Private Equity Corporation, USA behandler kommanditselskabet som skattemæssigt transparent efter amerikanske skatteregler.

Der er endvidere fremlagt en blanket fra de amerikanske skattemyndigheder benævnt IRS Form 990 for Harvard Management Private Equity Corporation [...], hvoraf fremgår, at selskabet er en såkaldt skattefritaget organisation, hvis formål er at investere Harvard Colleges formue.

Harvard Management Private Equity Corporation er (ubestridt) omfattet af den dansk-amerikanske DBO. Med en "commitment" på 45.000.000 euro ejer selskabet 10,4 % af kommanditselskabet.

Det fremgår af tegningsaftalen, at langt den væsentligste del af kapitalen (44.910.000 euro) er indskudt som lån til kommanditselskabet. Da kommanditselskabet er skattemæssigt transparent, har dette ingen betydning for sagens skatteretlige spørgsmål (lånet anses skattemæssigt som en in-tern betaling og dermed som ikke-eksisterende).

Der er i sagen endvidere, som eksempel, fremlagt uddelingsmeddelelser (af 27. november 2007) fra kommanditselskabet til en række af kommanditisterne [...], herunder følgende to:

- Allianz Leben Private Equity Fonds GmbH (ejer 3,8 % af kommanditselskabet) [...]
- Harvard Management Private Equity Corporation [...]

Det fremgår heraf, at de to selskaber i 2007 har modtaget deres andel af den tilbagebetaling af lån med tillæg af påløbne renter, der vedrører udlånet angående investeringen i Aalborg Industries (og Altor 2003 Funds anden danske investering, som var i selskabet Ferrosan).

I øvrigt ses det af investorlisten, at den bl.a. tæller norske Cubera V AS (0,7 %) og den kommunale Landspensjonskasse (0,46 %), de to svenske børsnoterede pensionselskaber Livsförsäkringsaktiebolaget Skandia (8,12 %) og Länsförsäkringar Liv Försäkringsaktiebolag (8,12 %), den svenske pendant til ATP, Tredje AP-Fonden (5,8 %), samt det finske statslige pensionselskab KEVA (4,64 %).

Herudover omfatter kommanditisterne også pensionsinstitutionerne, Dia-geo Pension Scheme (0,49 %) og Railways Pension Scheme (1,25 %), samt Wolverhampton Borough Council (i dag: City of Wolverhampton Council) (1,16 %), dvs. en offentlig institution i England.

Et udenlandsk limited partnership (svarende til et dansk kommanditselskab) såsom Altor 2003 Fund (No. 1) LP betragtes som skattemæssigt

transparent af skattemyndighederne i langt de fleste lande, herunder Tyskland, Schweiz, Storbritannien, Norge, Sverige og Finland, jf. nærmere nedenfor i afsnit 11.2.

Alfa Laval gør, som nævnt ovenfor i afsnit 1.1, gældende, at hvis ikke Altor II S.à.r.l. (Luxembourg) er renternes "retmæssige ejer", så er det i stedet kommanditisterne i de skattetransparente kommanditselskaber, der er aktionærer i Altor II S.à.r.l, der er de "retmæssige ejere" af renterne. For de få kommanditisterne, der selv er skattetransparente enheder, gør Alfa Laval gældende, at deres investorer er de "retmæssige ejere" af renterne. Det er således dem, der i skattemæssig henseende har oppebåret renterne fra Altor II S.à.r.l.

Der er ikke andre muligheder.

Det er navnlig ikke muligt at anse kommanditselskabet på Jersey som værende renternes "retmæssige ejer", da Jersey-enheden er skattemæssigt transparent (både set fra en Jersey-, en dansk og fra investorernes synsvinkel). Den eksisterer altså ikke i skattemæssig henseende.

I det omfang det dokumenteres, at kommanditisterne i Altor 2003 Fund (No. 1) LP er ikke-transparente enheder, der er hjemmehørende i et DBO-land, skal der under alle omstændigheder - og i overensstemmelse med princippet i NetAppdommen [...] - ske nedsættelse af kildeskattekravet til 0 kr. En direkte betaling af renter fra Aalborg Industries Holding A/S til disse personer ville således ikke have været undergivet dansk rentekilde-skat. Dette gælder også ubetinget i forhold til offentlige enheder, som f.eks. City of Wolverhampton Council.

Det er uklart, i hvilket omfang dette bestrides af Skatteministeriet, der under sagsforberedelsen ikke har ønsket at tilkendegive, hvem der i givet fald efter ministeriets opfattelse er de alternative "retmæssige ejere" af de omhandlede renter i sagen. På trods af flere forsøg fra Alfa Lavals side er det ikke lykkedes at formå Skatteministeriet til at acceptere, at der skal ske nogen nedsættelse.

4.4 *Kommanditselskabet Altor 2003 Fund (no. 2) LP*

4.4.1 *Kommanditselskabet*

Altor 2003 Fund (No. 2) LP var med sin ejerandel på 28,8 % og 14 kommanditister den næststørste ejerfond i Altor 2003 Fund.

Ejeraftalen "Limited Partnership Agreement" ("LPA") for selskabet findes i [...].

Selskabets årsrapport for 2006 og for 2007 findes i [...].

I årsrapporten for selskabet hedder det [...]:

"Income taxes

There is no provision for income tax in the financial statements of the Partnership [Altor 2003 Fund (No. 2) LP] as the Partnership is not subject to income tax. Each partner is individually liable for their own tax payments."

Selskabet er således skattemæssigt transparent på Jersey.

Det fremgår imidlertid af LPA'ens punkt 15.10, at amerikanske kommanditister - i modsætning til hvad der gjaldt for Altor 2003 Fund (No. 1) LP -skal behandle kommanditselskabet som et ikke-skattetransparent selskab. Det hedder således i LPA'en [...]:

"15.10 Corporation United States Tax Status

The Partners intend for the Partnership to be treated as a corporation for United States federal income tax purposes and no election to the contrary shall be made, and no Partner shall take any position inconsistent with the treatment of the Partnership as a corporation for United States federal income tax purposes."

Dette kommanditselskab er således etableret primært af hensyn til amerikanske investorer, der ønsker en ikke-transparent investeringsstruktur. 9 ud af 14 kommanditister er netop hjemmehørende i USA, jf. umiddelbart nedenfor.

Den samlede kapital i Altor 2003 Fund (No. 2) LP udgjorde 188.800.000 eu-ro, jf. ovenfor og årsrapporten for 2007, side 3 [...].

Kapitalen er i selskabsretlig forstand hovedsageligt indskudt som lån fra kommanditisterne, jf. nærmere nedenfor.

4.4.2 *Kommanditisterne*

Der var 14 kommanditister i Altor 2003 Fund (No. 2) LP. Identiteten på kommanditisterne og deres forholdsmæssige ejerandel i kommanditselskabet fremgår af selskabets årsrapport for 2007, side 32 [...].

Som det fremgår, talte de 14 kommanditister forskellige enheder, herunder bl.a. de amerikanske universiteter, Northwestern University, Princeton University, University of Notre Dame du Lac og Yale University.

Det fremgår af oversigten over investorer i Altor 2003 Fund [...], at (i hvert fald) 9 af de 14 kommanditister var hjemmehørende i USA, og disse har været forpligtet til at behandle kommanditselskabet som et selvstændigt skattesubjekt i USA, jf. ovenfor.

Det fremgår videre af oversigten over investorer i Altor 2003 Fund [...], at 71,77 % af kommanditisterne i Altor 2003 Fund (no. 2) LP (markeret med grønt) er hjemmehørende i DBO-lande og er almindelige skattepligtssubjekter (dvs. at de ikke er skattemæssigt transparente). Dette udgør ca. 20,69 % af den samlede investorkreds i Altor 2003 Fund (71,77 % af 188.800.000 euro / 655.000.000 euro).

Der er i sagen fremlagt tegningsaftaler for alle investorer (...), herunder for de to universiteter, Yale og Princeton, USA [...]. Det fremgår heraf, at universiteterne behandler kommanditselskabet (Fund No. 2) som ikke-transparent.

Begge universiteter er i USA skattefritagne såkaldt 501(C) Tax Exempt Organizations, jf. de i sagen fremlagte US forms 990 [...].

Som selvejende institutioner er begge (ubestridt) omfattet af den dansk-amerikanske DBO. Med kapitalindskud på henholdsvis 42.390.000 euro¹ og 25.000.000 euro ejede de to universiteter henholdsvis 22,45 % og 13,24 % af kommanditselskabet (svarende til henholdsvis 6,47 % og 3,82 % af den samlede Altor 2003 Fund).

Det fremgår af tegningsaftalerne, at langt den væsentligste del af kapitalen (ca. 99 %) er indskudt som lån til kommanditselskabet.

Der er i sagen også fremlagt uddelingsmeddelelser fra kommanditselskabet til samtlige kommanditister [...]. Af meddelelserne - herunder dem til

¹ Det bemærkes, at der er en fejl i opgørelsen af Princetons ejerandel i oversigten over investorer i Altor 2003 Fund [...], hvad angår sagsperioden, og at universitetets rigtige ejerandel i sagsperioden udgør det beløb, der er nævnt i årsrapporten på 42.390.000 euro (af den samlede kapital i Altor 2003 Fund (No. 2) LP på 188.800.000 euro) [...]. Fejlen skyldes, at Princeton ganske rigtigt tegnede sig for 45.000.000 euro, jf. tegningsaftalen [...], men umiddelbart derefter overdrog Princeton en ejerandel svarende til 2.610.000 euro til The Robinson Foundation, USA (som administreres af Princeton).

Yale [...] og Princeton [...] - fremgår, at kommanditisterne i november 2007 har modtaget deres andel af den tilbagebetaling af lån med tillæg af påløbne renter, der vedrører udlånet angående investeringen i Aalborg Industries (og Ferrosan).

For så vidt angår Altor 2003 Fund (No. 2) LP gør Alfa Laval gældende, at hvis Altor II S.à.r.l., Luxembourg, ikke anses som renternes "retmæssig ejer", så er det i stedet kommanditisterne i Altor 2003 Fund (No. 2) LP, der er renternes "retmæssige ejere". Hvis kommanditisterne er transparente enheder, er deres investorer de "retmæssige ejere". Selv om det ikke er dem, der i amerikansk skattemæssig henseende har oppebåret renterne fra Altor II S.à.r.l. - således som det er tilfældet for de tre øvrige kommandit-selskaber - gøres det gældende, at det er disse personer, som endeligt har oppebåret renterne, der i givet fald må anses som de "retmæssige ejere" heraf. Altor 2003 Fund (No. 2) LP - der er skattetransparent efter lokale regler i Jersey - kan således ikke anses for at være den person, der har haft den endelige "glæde" af renterne, der efter ganske kort tid er viderebetalt til kommanditisterne (der da også hovedsageligt har ydet lån til kommandit-selskabet). Dette vil blive uddybet under anbringenderne.

4.5 Kommanditselskabet Altor 2003 Fund (Dutch no. 1) LP

Men en kapital på 30.000.000 euro udgjorde Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP's andel af den samlede Altor 2003 Fund 4,6 %.

Dette kommanditselskab var særligt derved, at der kun var én kommanditist, nemlig en hollandsk firmapensionskasse, Stichting Shell Pensioens-fonds [...].

Ejeraftalen "Limited Partnership Agreement" ("LPA") for selskabet findes i [...].

Selskabets årsrapport for 2006 og for 2007 findes i [...].

I årsrapporten for selskabet hedder det [...]:

"Income taxes

There is no provision for income tax in the financial statements of the Partnership [Altor 2003 Fund (No. 1) LP] as the Partnership is not subject to income tax. Each partner is individually liable for their own tax payments."

Selskabet er således skattemæssigt transparent på Jersey.

Et udenlandsk kommanditselskab behandles i Holland som udgangs-punkt som ikke-skattemæssigt transparent, medmindre der kræves enig-hed blandt kommanditisterne om optagelse af nye kommanditister samt om salg af kommanditandele. I sidstnævnte tilfælde er der tale om et "clo-sed partnership", der behandles som transparent i skattemæssig henseen-de. Der henvises til [...] og nærmere nedenfor i afsnit 11.2.2.

Det fremgår af LPA'ens pkt. 5 om "Admission of Additional Limited Part-ners", at dette kræver skriftlig tilsagn fra alle partnere [...], ligesom det af pkt. 10 om "Assignment of interests" [...] fremgår, at sådanne overdragelser kræver kommanditisternes samtykke.

Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP må derfor anses som et "closed limited partnership", og dermed også som skattemæssig transparent efter kommanditistens lokale skatteregler i Holland.

En hollandsk firmapensionskasse i form af en Stichting Pensioensfonds -en selvejende institution - er omfattet af de hollandske DBO'er, hvorfor Stichting Shell Pensioensfonds også nyder beskyttelse efter den dansk-hollandske DBO.

En direkte betaling af renter fra Aalborg Industries Holding A/S til Stich-ting Shell Pensioensfonds ville således ikke være undergivet dansk ren-tekildeskat.

Hvad angår dette kommanditselskab og dets kommanditist, gøres således samme synspunkter gældende som vedrørende Altor 2003 Fund (No. 1) LP og dets kommanditister, jf. afsnit 4.3.2 ovenfor.

4.6 *Kommanditselskabet Altor 2003 Fund (no. 4) LP*

4.6.1 *Kommanditselskabet*

Altor 2003 Fund (No. 4) LP var med en "commitment" - kapital - på 1.035.000 euro svarende til 0,16 % af Altor 2003 Fund klart den mindste ejerfond. Kommanditselskabet havde 10 kommanditister, jf. nærmere ne-denfor.

"Limited Partnership Agreement" ("LPA") for selskabet findes i [...] og svarer i al væsentlighed til den for Altor 2003 Fund (No. 1) LP gældende.

Selskabets årsrapport for 2006 og for 2007 findes i [...].

I årsrapporten for selskabet for 2006 hedder det [...]:

"Income taxes

There is no provision for income tax in the financial statements of the Partnership [Altor 2003 Fund (No. 1) LP] as the Partnership is not subject to income tax. Each partner is individually liable for their own tax payments."

Selskabet er således skattemæssigt transparent på Jersey.

4.6.2 *Kommanditisterne*

Som nævnt var der 10 kommanditister i Altor 2003 Fund (No. 4) LP. Identiteten på kommanditisterne og deres forholdsmæssige ejerandel i kommanditselskabet fremgår af selskabets årsrapport s. 29 [...]. Kommanditisternes tegningsaftaler er fremlagt i sagen [...].

Det fremgår, at 6 ud af 10 kommanditister er fysiske personer (der i øvrigt alle er hjemmehørende i Storbritannien, jf. [...]). Disse tegner sig for i alt 26,09 % af kommanditselskabets ejerandel (på 0,16 %) i Altor 2003 Fund (og dermed for en tilsvarende andel af de i sagen omhandlede renter).

Det bemærkes i den forbindelse, at et Jersey kommanditselskab anses for at være skattemæssigt transparent i Storbritannien, jf. ovenfor under henvisning til [...].

Den største kommanditist i Altor 2003 Fund (No. 4) LP er en såkaldt "fund-of-funds" - dvs. en anden kapitalfond, der også er organiseret som et skattetransparent kommanditselskab - Monument Investment Group I LP, USA. Dette selskab tegner sig for 48,31 % af Altor 2003 Fund (No. 4) LP (svarende til en ejerandel i den samlede Altor 2003 Fund på ca. 0,08 %) [...]. Af procesøkonomiske grunde er oplysningerne om investorerne heri ikke søgt fremskaffet.

Alfa Laval gør, som nævnt ovenfor i afsnit 1.1, gældende, at hvis Altor II S.à.r.l., Luxembourg, ikke er renternes "retmæssige ejer", så er de "retmæssige ejere" i stedet kommanditisterne i de skattetransparente kommanditselskaber, der er aktionærer i Altor II S.à.r.l. Hvis kommanditisterne er transparente enheder, er deres investorer de "retmæssige ejere". Det er da også investorerne, der i skattemæssig henseende har oppebåret renterne fra Altor II S.à.r.l.. Der er således ikke andre muligheder.

I det omfang det dokumenteres, at der er fysiske personer blandt investorerne - som det er tilfældet med Altor 2003 Fund (No. 4) LP - skal der under alle omstændigheder - og i overensstemmelse med princippet i Net-App-dommen [...] - ske nedsættelse af kildeskattekravet til 0 kr. En direkte betaling af renter fra Aalborg Industries Holding A/S til de 6 fysiske personer ville således ikke være undergivet dansk rentekildeskat. Danmark har således slet ikke regler om kildeskat på renter betalt til fysiske personer.

Det er også her uklart, om dette bestrides af Skatteministeriet, der under sagsforberedelsen ikke har ønsket at tilkendegive, hvem der i givet fald efter ministeriets opfattelse er de alternative "retmæssige ejere" af de omhandlede renter i sagen, og det er i den forbindelse navnlig uklart, hvad ministeriets synspunkt vedrørende fysiske personer som "retmæssige ejere" går ud på.

4.7 Den femte ejerfond - Altor 2003 Fund (No. 5) Limited

Som nævnt indledningsvist, er Altor 2003 Fund (No. 5) Limited, Jersey, organiseret som et ikke-skattetransparent selskab.

Henset til selskabets forholdsmæssigt beskedne ejerandel i ejerkonsortiet, Altor 2003 Fund, på 0,61 %, er der af procesøkonomiske grunde ikke fremlagt nærmere oplysninger om selskabets aktionærer.

Det kan på den baggrund lægges til grund, at en betaling af renter fra Aalborg Industries Holding A/S direkte til Altor 2003 Fund (No. 5) Limited ville indebære, at der som udgangspunkt skulle opkræves dansk kildeskat.

4.8 Nærmere om lånestrukturen og rentebetalingerne

Det er efter Alfa Lavals forståelse ubestridt i sagen, at de pågældende renter er udbetalt af de 4 kommanditselskaber i november 2007 til kommanditselskabernes deltagere i de 4 kommanditselskaber i november 2007. Der henvises herunder bl.a. til de ovenfor omtalte uddelingsmeddelelser.

Som nævnt ovenfor, var der back-to-back lån fra Altor II S.à.r.l. ud til de fire ejerfonde, dvs. ejerfondene havde ydet tilsvarende lån til Altor II S.à.r.l.

I hvert fald i de tre kommanditselskaber, der er skattemæssigt transparente i både Jersey og i kommanditisternes hjemstater, er renterne i skattemæssig henseende tilgået kommanditisterne direkte.

Renter er imidlertid også rent faktisk tilgået de pågældende kommanditister direkte, eftersom alle renterne er udbetalt til dem i november 2007. Dette er således også tilfældet for kommanditisterne i Altor 2003 Fund (No. 2) LP.

Som eksempel, kan der henvises til side 29 i årsrapporten for 2007 for Altor 2003 Fund (No. 1) LP [...], hvoraf fremgår, at der i året er sket en tilbagebetaling af lån vedrørende fondens investering i Aalborg Industries Holding A/S, og at der herved er konstateret en gevinst på 1.560.232 euro (svarende til Altor 2003 Fund (No. 1) LP's andel af de i 2006 og 2007 på-løbne renter på ca. 66 %).

Det fremgår af de i sagen fremlagte eksempler på uddelingsmeddelelser, f.eks. komplementarens brev af 27. november 2007 til en af fondens investorer, Allianz Leben Private Equity Fonds 2001 GmbH, Tyskland [...], at Altor 2003 Fund (dvs. den samlede fond) vil foretage en distribution (bl.a.) vedrørende tilbagebetalingen af lånet til Aalborg Industries Holding A/S. Det ses, at beløbet udgør 23.462.375 euro svarende til det fulde lån med til-læg af påløbne renter for 2006 og 2007.

Der kan endvidere henvises til den fremlagte oversigt over fondens samlede distributioner til investorerne pr. 28. juli 2008 [...], hvoraf det også fremgår, at der vedrørende Aalborg Industries Holding har været en "recapitalisation" med en samlet udlodning til investorerne i Altor 2003 Fund (No. 1) LP på det nævnte beløb på 23.462.375 euro, herunder at et beløb på 21.092.357 euro vedrører "return of cost", dvs. tilbagebetaling af hovedstol, og det resterende beløb på 2.370.018 euro vedrører "accrued in-terest", altså renter. Det ses, at beløbet på 2.370.018 euro ikke svarer fuldstændigt til det rentebeløb, der er betalt fra Aalborg Industries Holding A/S til Altor II S.à.r.l. Dette skyldes bl.a. den mindre forskel i rentesatsen, samt at Skattestyrelsen har beregnet renter for en lidt længere periode.

Kommanditisterne er således gjort bekendt med, at de har haft renteindkomst fra den pågældende investering.

4.9 Sammenfatning om kommanditisterne i de fire kommanditselskaber

Tre af de fire kommanditselskaber - Altor 2003 Fund (no. 1) LP, Altor 2003 Fund (Dutch no. 1) LP og Altor 2003 Fund (no. 4) LP - anses for skatte-

mæssigt transparent i både Jersey og kommanditisternes hjemlande. Derfor anses kommanditisterne i de tre selskaber skattemæssigt for at have ydet lån direkte til Altor II S.à.r.l. og tilsvarende for at have modtaget renterne direkte.

Altor Fund 2003 Fund (no. 2) LP anses også som skattemæssigt transparent i Jersey, men derimod som ikke-transparent for sine (amerikanske) kommanditister. Renterne er derfor ikke uden videre, men dog efter relativt kort tid, gået videre til kommanditisterne.

DEL III ALFA LAVALS ANBRINGENDER

5 PRÆSENTATION AF ALFA LAVALS ANBRINGENDER

Til støtte for den principale påstand gøres det principalt gældende, at Altor II S.à.r.l. ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af renterne i sagen, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d, sammenholdt med artikel 11 i den dansk-luxembourgiske DBO og rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). Tilsvarende gøres det gældende, at heller ikke noget andet selskab i koncernen eller de bagvedliggende ejere, dvs. de fem ejerfonde og/eller selskabsdeltagerne heri, er begrænset skattepligtige til Danmark af de pågældende renter, eftersom den lånestrukturen gennem Altor II S.à.r.l. ikke udgør noget retsmisbrug. Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval) har derfor ikke været pligtig at indeholde renteskat, jf. kildeskattelovens § 65 D.

I relation til *DBO'en* gøres det i første række gældende, at Altor II S.à.r.l. er "*rette indkomstmodtager*" og "*retmæssig ejer*" af renterne, jf. artikel 11, og derfor har krav på nedsættelse efter overenskomsten (jf. afsnit 7 nedenfor).

I relation til *rente-/royaltydirektivet* (2003/49/EF), gøres det ligeledes gældende, at Altor II S.à.r.l. er "*rette indkomstmodtager*" og "*retmæssig ejer*" af renterne.

Det gøres videre gældende, at indrømmelse af direktivets fordele hverken kan nægtes på grundlag af *misbrugsbestemmelsen i direktivets artikel 5* eller på grundlag af det såkaldte "*generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug*" (jf. afsnit 8.6 og 8.7 nedenfor).

Der foreligger ikke et *retsmisbrug* i sagen, hverken efter dansk ret, efter den dansk-luxembourgiske DBO eller efter EU-retten, og selv hvis det var tilfældet, har Danmark konkret *ikke national hjemmel* til imødegå dette. Dette anbringende er navnlig behandlet ovenfor i det indledende afsnit 1.3, men behandles tillige nedenfor i afsnit 7.6 (vedrørende *DBO'en*) og i afsnit 8.4 (vedrørende direktivet).

For det tilfælde, at landsretten måtte finde, at Altor II S.à.r.l. ikke er ren-ternes "retmæssige ejer", gøres det subsidiært gældende, at de "retmæssige ejere" i så fald er ejerconsortiet - dvs. i skattemæssig henseende (primært) kommanditisterne i de fire kommanditselskaber. Da hovedparten af disse kommanditister er hjemmehørende i DBO-lande (og der derfor ikke ville kunne opkræves dansk kildeskat på renterne ved en direkte betaling), er der under alle omstændigheder ikke noget misbrug af den dansk-luxembourgiske DBO - eller af rente-/royaltydirektivet - i denne sag.

Subsidiært gøres det gældende, at SKATs afgørelse af 17. september 2010 er udtryk for en uberettiget skærpelse af en fast administrativ praksis med tilbagevirkende kraft. Dette behandles i afsnit 9.

Mere subsidiært gøres det gældende, at Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval) ikke hæfter for en eventuel kildeskat efter kildeskattelovens § 69, eftersom Aalborg Industries Holding A/S ikke handlede "forsømme-ligt" ved ikke at indeholde rentekildeskat. Herom henvises til afsnit 10 ne-denfor.

For det tilfælde at Altor II S.à.r.l. ikke anses som "retmæssig ejer" af ren-terne, eller der i øvrigt foreligger et retsmisbrug i sagen, gøres det - til støtte for de subsidiære (sideordnede) påstande - gældende:

- (A) At kildeskattekravet skal nedsættes til 0 kr., for så vidt angår de kommanditister i de fire ejerfonde, der er organiseret som kommanditselskaber, der er hjemmehørende i andre DBO-lande, og som i [...] er markeret med grønt - repræsenterende 70,06 % af de samlede investorer - og som ville kunne have modtaget de omhandlede rente-betalinger direkte fra Aalborg Industries Holding A/S uden indeholdelse af dansk kildeskat. Enten har de pågældende kommanditister krav på nedsættelse efter den DBO, som investorens hjemland har med Danmark, eller også foreligger der ikke noget misbrug, for så vidt angår disse personer. Det gøres i den forbindelse gældende, at kommanditisterne i den eneste ejerfond, der ikke er skattemæssigt transparent, Altor 2003 Fund (No. 2) LP, efter omstændigheder må anses som de "retmæssige ejere" af deres forholdsmæssige andel af de af sagen omhandlede renter, såfremt Altor II S.à.r.l. ikke anses som sådan. De øvrige tre kommanditselskaber (Altor 2003 Fund (no. 1), Altor (Dutch no. 1) LP og Altor 2003 Fund (no. 4)) kan umuligt være renternes "retmæssige ejere", fordi de er skattemæssigt transpa-rente.

- (B) At kildeskattekravet under alle omstændigheder skal nedsættes i et mindre omfang.
- (C) At sagen i øvrigt skal hjemvises til Skattestyrelsen med henblik på, at Skattestyrelsen endeligt opgør, i hvilket omfang kildeskattekravet skal nedsættes i forhold til de øvrige kommanditister, under inddragelse af dokumentationen fremlagt for landsretten og eventuelt yderligere materiale.

Alfa Laval gør ex tuto gældende, at der ikke er grundlag for at afvise den subsidiære påstand (B) om hjemvisning, fordi Alfa Laval har retlig interesse i, at retten pålægger Skattestyrelsen at forholde sig til investordokumentationen fremlagt af Alfa Laval og at nedsætte kildeskattekravet herefter.

Anbringenderne til støtte for de subsidiære påstande behandles nedenfor i afsnit 11.

6 SEL § 2, STK. 1, LITRA D, FØRER IKKE TIL BEGRÆNSET SKATTEPLIGT AF RENTERNE

Reglen om udenlandske selskabers begrænsede skattepligt til Danmark af renter godskrevet eller betalt af danske selskaber fremgår af SEL § 2, stk. 1, litra d, der for de omhandlede rentebetalinger havde følgende ordlyd [...]:

"§ 2. Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger m.v. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de

...

d) oppebærer renter fra kilder her i landet vedrørende gæld, som et ... [dansk indregistreret selskab, vores indsættelse] eller et ... [fast driftssted af et udenlandsk selskab, vores indsættelse] ... har til juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B (kontrolleret gæld). ... Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende. Dette gælder dog kun, hvis det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i dette direktiv i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge. ..."

Danmark har ikke indført regler om begrænset skattepligt af renter, der betales til fysiske personer.

Det tilsvarende gælder, for så vidt angår renter, der betales til fremmede stater og deres institutioner.

Det fremgår af SEL § 2, stk. 1, litra d, at den begrænsede skattepligt alene omfatter renter, der vedrører såkaldt *kontrolleret gæld*. Denne betingelse er opfyldt i nærværende sag.

Det er herudover en betingelse, at beskatningen af renter *ikke* skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst *eller* i rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). Hvis blot rentebeskatningen skal lempes efter *én af disse retsfor skrifter*, foreligger der således ikke begrænset skattepligt til Danmark for den udenlandske rentemodtager.

Nærværende sag drejer sig derfor i første række om, hvorvidt denne betingelse er opfyldt.

Alfa Laval gør gældende, at rentebeskatningen skal frafaldes eller nedsættes *såvel* efter den dansk-luxembourgiske DBO *som* efter rente-/royaltydirektivet, hvorfor Altor II S.à.r.l. ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af de pågældende renter. Der er dermed af denne grund ikke noget grundlag for opkrævning af kildeskat.

Nedenfor i afsnit 7 behandles spørgsmålet om Danmarks forpligtelse til nedsættelse af rentebeskatning efter den dansk-luxembourgiske DBO, mens spørgsmålet om frafald efter rente-/royaltydirektivet - der har været undergivet præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen - behandles nedenfor i afsnit 8.

7 KRAV PÅ NEDSÆTTELSE EFTER DEN DANSK-LUXEMBOURGSKE DBO - ALTOR II S.À.R.L. ER "RETMÆSSIG EJER" AF RENTERNE

7.1 Generelt om DBO'en

Det følger af artikel 11 i den dagældende *dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 17. november 1980*[...], at kildestaten - i denne sag Danmark - ikke kan beskatte renter, der betales til en modtager i det andet land, hvis rentemodtageren er renternes "retmæssige ejer" – i den engelske

tekst "*beneficial owner*". Det er altså domicilstaten, i denne sag Luxem-bourg, der har den suveræne beskatningsret (som Luxembourg da også har udnyttet, da renterne udgør skattepligtig indkomst for Altor II S.à.r.l. i Luxembourg).

Det gøres gældende, at Altor II S.à.r.l. er "retmæssig ejer" af de omhandlede renter, og at Altor II S.à.r.l. derfor har krav på nedsættelse efter artikel 11 i den dansk-luxembourgiske DBO. Da der skal ske nedsættelse, foreligger der ikke begrænset skattepligt til Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d.

Artikel 11 i den dansk-luxembourgiske DBO svarer i princippet til artikel 11 i OECD's modeloverenskomst fra 1977 [...]. "Retmæssig ejer" er en oversættelse af "*beneficial owner*" hidrørende fra OECD's 1977-modeloverenskomst.

Begrebet "retmæssig ejer" er hverken defineret i den dansk-luxembourgiske DBO eller i modeloverenskomsten, og hovedproblemstillingen i dette sagskompleks vedrører netop fortolkningen af dette begreb.

I OECD's kommentarer til 1977-modeloverenskomsten, punkt 11 - som var de gældende kommentarer på tidspunktet for indgåelsen af DBO'en mellem de dansk-luxembourgiske lande i 1980 - 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 [engelsk version; "agent or nominee"], 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." (Vores understregninger).

Da Altor II S.à.r.l. hverken er "agent" eller en "særligt udpeget person" (på engelsk: "nominee" [...]) for ejerfondene eller deres selskabsdeltagere, er det efter 1977-kommentarerne klart, at Altor II S.à.r.l. er "retmæssig ejer" efter DBO'en.

I 2003 udvidede OECD kommentarerne til at omfatte såkaldte *gennemstrømningsenheder*.

Kommentarerne blev således bl.a. i et nyt punkt 8.1 suppleret med følgende 3. pkt. [...] (kommentaren findes i senere versioner i punkt 10):

"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 "gennemstrømnings-hed" (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 "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." (Vores understregninger).

Skattemyndighedernes fortolkning af "retmæssig ejer" i nærværende sag støttes på disse udvidede kommentarer, hvilket generelt er tiltrådt af Landsskatteretten i de sager i sagskomplekset, hvor Landsskatteretten har truffet afgørelse.

Under nærværende sag støtter ministeriet også sin fortolkning på senere udarbejdede kommentarer til artikel 11, nemlig dem, der kom i 2014, dvs. 7 år efter de første renter i nærværende sag.

Østre Landsret har i sine domme af 3. maj 2021 og 25. november 2021 i de første sager i sagskomplekset tiltrådt en anvendelse af de pågældende kommentarer fra 2003 [...].

Alfa Laval er imidlertid uenig i dommene af 3. maj 2021 og af 25. november 2021 på dette punkt.

7.2 "Retmæssig ejer" skal fortolkes i overensstemmelse med intern dansk ret

Det gøres gældende, at begrebet "retmæssig ejer" skal fortolkes i overensstemmelse med *intern dansk skatteret*.

I dansk ret vil det være det domstolsskabte princip om "rette indkomstmodtager", der finder anvendelse, således som også skatteministeren gentagne gange har bekræftet, jf. også de indledende bemærkninger herom ovenfor i afsnit 2.1.2.

Det kan uden videre fastslås, at Altor II S.à.r.l. efter dansk ret er "rette indkomstmodtager" af de omhandlede renter, hvad Skatteministeriet også

anerkender, jf. forelæggelseskendelsens punkt 21 [...] og punkt 50 [...]. Al-
lerede af den grund er Altor II S.à.r.l. også renternes "retmæssig ejer".

Når skatteministeren har forklaret Folketinget forud for vedtagelsen af SEL, at
skattefriheden er afhængig af, at Altor II S.à.r.l. er "rette indkomstmottager", er
det bindende for fortolkningen af SEL, uanset hvad den rette fortolkning af
DBO'en er. Imidlertid følger det også af DBO'en, at begrebet "retmæssig ejer"
skal fortolkes, sådan som dansk lovgivning har defineret "retmæssig ejer" - og
her har man, som nævnt, utvivlsomt sat lighedstegn mellem "retmæssig ejer" og
"rette indkomstmottager".

Artikel 3, stk. 2, i den dansk-luxembourgiske DBO [...] - og den tilsvarende
bestemmelse i modeloverenskomsten fra 1977 [...] - indeholder følgende
fortolkningsregel:

"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."

"Retmæssig ejer" er ikke defineret i overenskomsten. Begrebet skal derfor
fortolkes i overensstemmelse med intern dansk ret, "medmindre andet følger af
sammenhængen".

Det gøres gældende, at andet ikke følger af sammenhængen, og at begrebet
derfor skal fortolkes i overensstemmelse med intern dansk ret, dvs. i
overensstemmelse med princippet og retspraksis om "rette indkomstmottager".

Dette resultat er i overensstemmelse med den af de danske skattemyndigheder -
forud for starten på "beneficial owner"-sagerne - anlagte fortolkning, jf. ovenfor
punkt 2.1.2.

Alfa Laval har naturligvis noteret, at Østre Landsret i sin dom af 3. maj 2021 har
bemærket, at *"det forhold, at begreberne "retmæssig ejer" og "rette
indkomstmottager" ikke anvendes sprogligt stringent i forarbejderne ...
ligeledes ikke [findes] at kunne føre til et andet resultat"*. Alfa Laval er ikke enig
heri.

Aage Michelsen giver i Festskrift til Person 33 [...] udtryk for følgende ge-
nerelle opfattelse:

"Anvendelsen af intern ret må ske i alle de tilfælde, hvor et internationalt skattespørgsmål ikke er løst i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som Danmark har indgået med et andet land."

Det er ubestrideligt, at den nærmere forståelse af "retmæssig ejer" eller "beneficial owner" ikke er løst i overenskomsten.

Fortolkningen giver også god mening, når henses til den indledende bemærkning i punkt 8 i 2003-kommentarerne [...]:

"Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i artikel 11 for at tydeliggøre betydningen af ordene "betalt til en person, der er hjemmehørende", således som de anvendes i artiklens stk. 1."

Sigtet med bestemmelsen har således været at fastslå, hvem der er den *reelle modtager* af renterne, og det er netop, hvad princippet om "rette indkomstmottager" i dansk skatteret går ud på, jf. ovenfor punkt 2.1.2.

Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen er i SR-SKAT 2007.395 på linje hermed [...]:

"På baggrund af den nævnte danske retspraksis om internretlig fortolkning af begreber fra dobbeltbeskatningsoverenskomster må det formentlig 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 indkomstmottager, for også at være beneficial owner." (Vores understregninger).

Den retspraksis, der henvises til, er U 1994.284 H [...] og TfS 2003.222 H [...].

Synspunktet gentages af Jakob Bundgaard i SU 2011. [...].

Også Jens Wittendorff i SR-SKAT 2010.212, er af den opfattelse, at der skal foretages en internretlig fortolkning baseret på princippet om "rette indkomstmottager" [...]. Det fremgår sammesteds, at myndighederne i flere andre stater, herunder USA, Storbritannien, Holland og Italien, anvender en internretlig fortolkning.

Yderligere skal nævnes, at Højesteret også i U.2012.2337 H [...] anvender intern dansk ret ved en fortolkning af en DBO.

Sagsøger er opmærksom på, at Østre Landsret ganske vist i den første domstolsafgørelse i "beneficial owner"-sagskomplekset (SKM 2012.121 (ISS-sagen) - [...]) – med støtte i Indofood-dommen [...] - har fundet, at der skal anvendes en *autonom* fortolkning. Tilsvarende synes Østre Landsret at have anvendt autonom fortolkning i TDC- og NetApp-sagerne (dommen af 3. maj 2021, [...]).

Alfa Laval er altså ikke enig heri.

For det første undrer det navnlig, at Østre Landsret (i ISS-sagen) har lagt mere vægt på Indofood-dommen, som er en civilretlig engelsk afgørelse, som skulle vurdere begrebets betydning i en sag om fortolkning af en lå-neaftale i indonesisk ret, end på den senere Prévost-sag [...], som er en skattesag afgjort af den kompetente domstol i kildestaten (Canada).

For det andet er det et faktum, at der i den *internationale litteratur* ikke er enighed om, hvad en autonom fortolkning - i givet fald - skal gå ud på.

En gennemgang af den foreliggende litteratur viser således, at usikkerheden om, hvad der skal forstås ved "retmæssig ejer" ved en autonom fortolkning, er total. Der er ganske enkelt ikke nogen konsensus om en "international fiscal meaning".

For det tredje er der heller ikke i den internationale litteratur enighed om, hvorvidt der bør anvendes en internretlig fortolkning eller en autonom (international) fortolkning.

Vogel [...] og *Baker* [...] er således af den opfattelse, at der skal tilstræbes en "*international fiscal meaning*", men de erkender, at der ikke eksisterer - og heller ikke er enighed om - en sådan "*international fiscal meaning*".

Baker er dog af den opfattelse, at der først skal foretages en internretlig fortolkning, og at denne kun skal forkastes, hvis den ikke er i overensstemmelse med overenskomstens sammenhæng [...]:

"If the "context" is to require the non-application of the domestic law meaning, then it is logical that a domestic law meaning should first have been determined and this meaning must be regarded as inappropriate in the context of the treaty."

Jiménez [...] er derimod af den opfattelse, at der skal foretages en fortolkning på grundlag af intern ret.

For det fjerde er den (beskedne) internationale retspraksis heller ikke éntydig. Indofood-dommen [...] synes, som nævnt, at lægge vægt på en international, autonom fortolkning, medens Prévostsagen [...] synes at være i favør af en internretlig fortolkning.

OECD har i sit *public discussion draft* af 29. april 2011 [...], foreslået, at det indføres i kommentarerne til artikel 10 (om udbytte), at "beneficial owner" skal underkastes en international fortolkning, men høringssvarene fra The City of London Law Society [...] og IBFD [...] bestrider, at der er dækning i artikel 3, stk. 2, for dette standpunkt.

På baggrund af de modtagne høringssvar udsendte OECD den 19. oktober 2012 [...] et nyt forslag til reviderede kommentarer vedrørende "retmæssig ejer", hvori OECD - under hensyntagen til, at et flertal af høringssvarene har tilsluttet sig denne opfattelse - fastholdt sit oplæg til, at begrebet underkastes en autonom fortolkning. Dette viser i sig selv, at OECD er på "tynd is", og at der - uanset OECD's politiske ønsker - fortsat var og er betydelig uenighed om spørgsmålet.

At 2014-kommentarernes punkt 10 [...] og 2017-kommentarernes punkt 10 [...] som følge af politiske overvejelser hos de embedsmænd, som udarbejder kommentarerne, peger i retning af, at begrebet skal fortolkes autonomt, ændrer ikke på, at der i hvert fald ikke i 2006 og 2007 var (og for så vidt heller ikke sidenhen er kommet) den nødvendige internationale konsensus om begrebets forståelse, til at autonom fortolkning dengang gav mening.

At fortolke begrebet "beneficial owner" - "retmæssig ejer" - i overensstemmelse med dansk rets begreb "rette indkomstmodtager", er endvidere en nødvendighed, når der som her rent faktisk ikke er tale om at fortolke overenskomsten, men tale om at fortolke dansk ret (SEL § 2, stk. 1, litra d), som henviser til overenskomsten, eftersom der f.eks. ikke er tale om at dele en beskatningsret med Sverige, men om at definere en skattefrihed, som udelukkende angår Danmarks interne beskatningsforhold. Dette er særligt oplagt, når forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c og litra d, entydigt bekræfter, at det danske begreb "rette indkomstmodtager" er ensbetydende med begrebet "beneficial owner".

Selv hvis det var åbenbart, at man ved affattelsen af forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c, i 2001 tog fejl af begrebets betydning i modeloverenskomsten, ville de danske forarbejder stadig have forrang frem for overenskomsten, eftersom det var denne forståelse, som det danske Folketing lagde til

grund ved vedtagelsen af SEL § 2, stk. 1 litra c - og efterfølgende med vedtagelsen af SEL § 2, stk. 1 litra d.

Konventionskonform fortolkning er heller ikke relevant, da Danmark ikke har lovet Luxembourg at gøre sin interne skattefrihed af renter afhængig af forståelsen af DBO'en. Det er et valg, som Danmark egenhændigt har truffet, og man skylder ikke Luxembourg traktatretligt at rette forståelsen af sin interne lovgivning til efter overenskomsten. Afgørende er alene, hvad det danske Folketing har forudsat ved vedtagelsen af SEL § 2, stk. 1, litra c og litra d.

Det gøres således gældende, at intern ret i hvert fald må anvendes, når der - som her - ikke kan peges på en anden international forståelse af begrebet. Og dette er i særlig grad gældende på tidspunktet for de af sagen omhandlede rentetilskrivninger - og betalinger i sagsperioden, 2006 og 2007, og endnu mere klart, når det tages i betragtning, at den dansk-luxembourgiske DBO er indgået i 1980.

Da der er enighed om, at Altor II S.à.r.l. er "rette indkomstmodtager" efter dansk ret, er selskabet dermed også "retmæssig ejer".

7.3 OECD's udvidede kommentarer fra 2003 kan ikke inddrages ved fortolkningen

Det er en kendsgerning, at Skatteministeriets ændrede fortolkning af "beneficial owner" ("retmæssig ejer") er direkte foranlediget af – og oprindeligt udelukkende støttedes på – de udvidede kommentarer til modeloverenskomsten fra 2003 (om "gennemstrømningsselskaber"). Siden har ministeriet også påberåbt sig endnu senere tilkomne kommentarer, herunder fra 2014, jf. herom afsnit 7.5 nedenfor.

Danmarks DBO med Luxembourg [...] er fra 1980, og artikel 11 i overenskomsten svarer til OECD's modeloverenskomst. Da Danmark og Luxembourg indgik overenskomsten, forelå alene OECD's kommentarer fra 1977 til modeloverenskomsten [...].

Det er almindeligt antaget - nationalt og internationalt - at *OECD's kommentarer til modeloverenskomsten* kan inddrages ved fortolkningen af konkrete DBO'er.

For så vidt angår *retskildeværdien* af OECD's kommentarer henvises til *Aage Michelsen*'s artikel i *Festskrift til Person 33* [...], og *Michael Lang* [...], begge med henvisninger til en række internationale forfattere. Det fremgår heraf,

at såfremt *senere kommentarer* er udtryk for en ændring i forhold til tidligere versioner - og ikke blot en præcisering - kan disse kommentarer ikke tillægges vægt, jf. tilsvarende *Vogel, 3. udgave* [...]. Det er klart, at det, som drøftes hos disse forfattere, er det traktatretlige fortolkningsproblem i en tvist mellem to stater. Forfatterne forholder sig ikke til de retssikkerheds-mæssige problemstillinger, som opstår, når en OECD-kommentar præciserer eller ændrer en DBO, der - som tilfældet er i Danmark - gennem intern lovgivning har givet skatteyderne mulighed for at påberåbe sig en DBO-bestemmelse. Skatteydernes værn mod lovgivning og lovforklning med tilbagevirkende kraft afhænger af intern (forfatnings-)ret og er et fundamentalt andet spørgsmål end fortolkningen af en traktat mellem to stater.

Dansk retspraksis har alene accepteret, at *præciserende* kommentarer kan være relevante for fortolkningen af en DBO, jf. bl.a. U.1993.143H (Texaco) [...], U.1994.284H (professorreglen) [...] og U.2003.988H (Halliburton) [...]. Endvidere henvises til retsforlig af 3. februar 2000 indgået for Østre Landsret mellem Skatteministeriet og Casino Copenhagen. Forliget er gengivet i SU 2000.241 [...].

Det gøres gældende, at de af Skatteministeriet påberåbte udvidede kommentarer fra 2003 - i hvert fald således som de af Skatteministeriet hævdes at skulle forstås - er udtryk for en markant *ændring* i forhold til kommentarerne fra 1977, eftersom de fører til det stik modsatte resultat af, hvad ministeriet lagde til grund i forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c, i 2001. De kan derfor ikke inddrages ved fortolkningen af den dansk-luxembourgiske DBO fra 1980. —

Baggrunden for, at *efterfølgende kommentarer* ikke kan tillægges vægt, er, at disse ikke er godkendt af medlemsstaternes parlamenter og følgelig savner demokratisk legitimitet.

I et retssystem som det danske, hvor en dobbeltbeskatningsoverenskomst først bliver en del af dansk ret, når Folketinget har vedtaget en lov herom, er dette særligt klart. Det vil ganske enkelt være i strid med delegations-forbuddet i grundlovens § 43 at overlade lovgivningskompetence til de embedsmænd, herunder embedsmænd fra de enkelte landes skatteadministrationer, som formulerer kommentarerne.

Den omstændighed, at fortolkningen af en DBO har den videregående betydning, at den er afgørende for, om der overhovedet foreligger begrænset skattepligt efter den interne lovgivning i SEL § 2, stk. 1, litra c og litra d, er yderligere med til at understrege, at de klare forarbejder til denne bestemmelse ikke kan tilsidesættes ved en ændring af OECD's kommentarer.

Eftersom SEL § 2, stk. 1, litra c og litra d, er interne hjemler, som definerer deres interne anvendelsesområde via en henvisning til en international traktat, vil selv behørigt aftalte ændringer af traktaten ikke kunne tillægges virkning for intern ret, medmindre traktatændringen og dens betydning for intern ret blev tiltrådt af Folketinget, eftersom en ændring af intern dansk ret alene gennem regeringens tiltrædelse af en traktatændring vil indebære en åbenlys tilsidesættelse af delegationsforbuddet i grundlovens § 43. Så meget desto mere tydeligt er det, at intern dansk ret ikke ændres, ved at nogle embedsmænd gennem OECD tiltræder en ændring af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst.

Betydningen af OECD-kommentarer, som er fremkommet efter det tids-punkt, hvor den relevante overenskomst er indgået, kan ikke afgøres løs-revet fra den effekt, som kommentaren har på den sag, som er til pådøm-melse. I det omfang en efterfølgende kommentar fører til, at udfaldet af en sag får det modsatte resultat, vil der klart være tale om en ændring, og der kan ikke lægges vægt på kommentaren.

I ISS-sagen (SKM2012.121.ØLR) vurderede Østre Landsret i præmisserne [...], at OECD's kommentarer fra 2003 alene udgjorde en præcisering, men fastslog samtidig, at kommentarerne ikke havde betydning for udfaldet af den pågældende sag (jf. ordene "*I denne sag er det uforholdent at tage stilling til...*", [...]).

Når *Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen* i SR-SKAT 2007.395 tilsvarende antager [...], at kommentarerne fra 2003 er "præciseringer", skyldes det, at de samtidig lægger til grund, at kommentarerne "*ikke kan anses som særligt vidtgående*", idet forfatterne antager [...], at "beneficial owner" - i overensstemmelse med skattemyndighedernes tidligere fortolkning - skal fortolkes i overensstemmelse med princippet om "rette indkomstmodtager" efter dansk ret. Under denne forudsætning er de nye kommentarer naturligvis ikke udtryk for en ændring.

I sin dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen adresserer Østre Landsret ikke direkte spørgsmålet, men det følger af landsrettens præmisser, at landsret-ten ikke har fundet, at de efterfølgende kommentarer er ændringer af kommentarerne. Alfa Laval er, som antydnet, ikke enig heri (når det altså fører til, at udbytte-/rentemodtageren ikke anses som den "retmæssige ejer" efter de nyere kommentarer).

Det er i strid med *Wienerkonventionens artikel 31 og 32* [...] at tillægge efterfølgende kommentarer vægt.

Navnlig kan disse ikke tjene som en "*efterfølgende aftale*" i artikel 31, stk. 3, litra (a)'s forstand, jf. *Michael Lang* [...]:

"However, under certain circumstances, the VCLT [Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten – [...], vores tilføjelse] at-tributes special significance to any "subsequent agreement" or "sub-sequent practice" set out in Article 31 paragraph 3 of the VCLT. But the decision of the OECD CFA [OECD Committee of Fiscal Affairs, vores tilføjelse] to amend or change the Commentary cannot qualify as an "agreement" within the meaning of Article 31 paragraph 3 sub-paragraph (a) of the VCLT."

Efterfølgende kommentarer er heller ikke "*supplerende fortolkningsmidler*" i artikel 32's forstand, jf. *Michael Lang* [...]:

"Another question is whether a new version of the Commentary could qualify as "supplementary means of interpretation", mentioned in Article 32 of the VCLT. ... Therefore, material may be taken into account which indicates the intention of the parties upon conclusion of a treaty. Again, the new version of the Commentary cannot be of relevance."

Den omstændighed, at OECD's embedsmænd i punkt 35 i *introduktionen til OECD-modeloverenskomsten for 2003* [...] selv har givet udtryk, at ændringer i kommentarerne skal anvendes ved fortolkningen af tidligere overenskomster, ændrer ikke konklusionen ovenfor, jf. *Michael Lang* [...]:

"The mere fact that the CFA takes this position is not enough, the CFA is not a law-making authority. It cannot decide on the relevance of its own statements."

Se også *Aage Michelsen* med henvisninger [...]:

"Synspunktet er med føje blevet kritiseret og ofte med ironiske undertoner."

På linje hermed er efterfølgende kommentarer i *dansk retspraksis* alene blevet anvendt som et fortolkningsbidrag, når der har været tale om *præciseringer*, jf. de allerede nævnte Højesterets domme i UfR 1993.143 H (Texaco) [...] og TfS 2003.222 H (Halliburton) [...].

Konklusionen er altså, at de udvidede kommentarer fra 2003 ikke er noget relevant bidrag til fortolkningen af den dansk-luxembourgiske DBO. Altor

II S.à.r.l. er derfor – allerede af denne grund - "retmæssig ejer", og der fore-ligger derfor ikke begrænset skattepligt.

7.4 *Altor II S.à.r.l. er også "retmæssig ejer" af renterne efter 2003-kommentarerne*

For det tilfælde, at de udvidede kommentarer fra 2003 imidlertid måtte blive anset for kun at være en *præcisering* af begrebet "retmæssig ejer", gøres det videre gældende, at Altor II S.à.r.l. - også efter disse - må anses for "retmæssig ejer" af de omhandlede renter.

Alfa Laval gør således også i dette tilfælde gældende, at "retmæssig ejer"-begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med princippet om "rette indkomstmottager" i dansk ret, jf. således bl.a. *Jakob Bundgaard og Niels Winter-Sørensen* i SR-SKAT 2007.395 [...].

Men selv hvis der foretages en *autonom* fortolkning af begrebet, gøres det gældende, at Altor II S.à.r.l. må anses for "retmæssig ejer" af de omhandlede renter efter 2003-kommentarerne.

Ved revisionen i 2003 blev punkt 8 i kommentarerne (til artikel 11 om renter) bl.a. udvidet med 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 8.1 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*"), da denne ikke er ejer af indkomsten og dermed ikke beskattes i sit bopælsland, hvorfor der ikke opstår dobbeltbeskatning. Dette svarer til kommentaren til 1977-modeloverenskomsten.

For det andet udtales - som noget nyt - om "gennemstrømningselskaber" i punkt 8.1, 3. pkt., jf. også ovenfor i afsnit 7.1 [...]:

"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 "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." (Vores understregninger).

Skatteministeriet gør i dette sagskompleks generelt gældende, at punkt 8.1 i de udvidede kommentarer fra 2003 skal forstås således, at der ved fast-læggelsen af, om den formelle beløbsmodtager er "retmæssig ejer", alene skal lægges vægt på omfanget af den formelle beløbsmodtagers reelle be-føjelser i relation til at træffe afgørelse om, hvorledes der skal disponeres over modtagne beløb. Efter dette standpunkt vil den formelle beløbsmod-tager således ikke kunne anses som "retmæssig ejer", såfremt denne i rela-tion til den pågældende indkomst reelt ikke kan foretage dispositioner, der afviger fra de ultimative ejeres vilje (om at et modtaget beløb skal "di-rigeres derhen, hvor det ønskes").

Det bemærkes i denne forbindelse, at det af ordlyden af punkt 8.1 klart fremgår, at der opregnes 3 situationer, hvor en rentemodtager ikke er "retmæssig ejer", nemlig hvis den pågældende er (1) "agent", (2) "melle-mand" 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 "nul-litet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter"*.

Den omstændighed, at der - som i nærværende sag - foreligger et back-to-back lån fra den umiddelbare rentemodtager, Altor II S.à.r.l., til dettes eje-re, hvorpå der ligeledes er tilskrevet og/eller betalt renter, ændrer ikke ved, at de fra Aalborg Industries Holding A/S betalte renter alene er kommet Altor II S.à.r.l. til gode, og at Altor II S.à.r.l. ikke alene af denne grund kan anses for at være et *"gennemstrømnings-selskab"*.

Selv hvis det måtte blive lagt til grund, at der er sket "gennemstrømning" af de omhandlede renter gennem Altor II S.à.r.l. til ejerfondene, bemærkes, at det yderligere fremgår af kommentarerne til modeloverenskomsten, er omfanget af *rådighedsretten* et væsentligt element i vurderingen af, om et gennemstrømnings-selskab er den "retmæssige ejer" af indkomsten.

Pointen i kommentarerne er altså, at hvis det rentemodtagende selskab -her Altor II S.à.r.l. - har viderekaliseret de modtagne renter til de bag-vedliggende ejere, skal der - ved vurderingen af, om selskabet er "retmæs-sig ejer" - lægges vægt på, om dette er et udslag af, at de bagvedliggende ejere har indskrænket selskabets rådighed over renterne.

Det gøres i den forbindelse gældende, at Altor II S.à.r.l. i hele perioden har kunnet disponere over rentefordringerne, og eventuelle kreditorer i Altor II S.à.r.l. har tilsvarende kunnet søge sig fyldestgjort heri.

Alfa Laval gør således gældende, at Altor II S.à.r.l. ikke har *"meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" el-ler "administrator, der handler på vegne af andre parter"*. Tværtimod, har Altor II S.à.r.l. i det hele haft de samme beføjelser, som et hvilket som helst andet holdingselskab i en hvilken som helst anden koncern normalt har.

Der har således navnlig ikke foreligget en *retlig forpligtelse* for Altor II S.à.r.l. til at viderebetale de modtagne renter til ejerfondene, jf. nærmere nedenfor i næste afsnit. Som det bl.a. fremgår af det pågældende afsnit, er det en betingelse for ikke at anse en rentemodtager som "retmæssig ejer", at den pågældende har påtaget sig en *retlig forpligtelse* til at videreformidle de modtagne renter.

Det bestrides i den forbindelse, at alene den omstændighed, at de bagvedliggende ejere eller disses repræsentanter på forhånd måtte have truffet den overordnede beslutning om lånestrukturen, skulle indebære, at Altor II S.à.r.l. ikke kan anses for "retmæssig ejer" af renterne.

Alle større beslutninger i en koncern – f.eks. om køb af selskaber, større udlodninger, etablering af finansieringsstruktur mv. - træffes sædvanlig-vis 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 gennem-føre de planlagte beslutninger, men vægring herved kan naturligvis føre til, at de pågældende medlemmer udskiftes i overensstemmelse med sel-skabslovenes regler.

Det er ingen holdepunkter for, at kommentarernes punkt 8.1 skal fortolkes således, at det, der er en sædvanlig beslutningsprocedure i enhver kon-cern, automatisk diskvalificerer koncernens datterselskaber fra at være "retmæssige ejere" af modtagne renter hidrørende fra koncerninterne lån.

Realiteten er, at Skatteministeriets fortolkning af kommentarernes punkt 8.1 er så restriktiv, at det er vanskeligt - for ikke at sige umuligt - at pege på et mellemliggende holdingselskab, som ministeriet vil kunne acceptere som "retmæssig ejer" af renter.

Herefter synes den eneste (reelle) betingelse, der efter Skatteministeriets opfattelse skal stilles for at frakende et mellemholdingselskab status som "retmæssig ejer", at være, at det skal kunne påvises eller sandsynliggøres, at transaktionen har skatteundgåelse eller -unddragelse (eller "misbrug") som formål eller konsekvens.

Skatteministeriets synspunkt er altså i realiteten, at hvis der kan påvises et *misbrug*, vil et mellemholdingselskab *aldrig være "retmæssig ejer"*, og dermed er der - efter Skatteministeriets egen fortolkning - ikke noget reelt indhold i kravet om "snævre beføjelser".

Skatteministeriets fortolkning af begrebet "retmæssig ejer" må derfor i det hele afvises som *indholdsløs*.

Skatteministeriets fortolkning er da også klart *i strid med Skatteministerens svar* på spørgsmål 86 vedrørende L 213 af 22. maj 2007 [...]:

"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." (Vores understregninger).

Sammenfattende gøres det således gældende, at Altor II S.à.r.l. ikke kan anses for en "nullitet eller administrator".

Sagsøgers forståelse støttes af Østre Landsrets dom af 20. december 2011 i ISS-sagen, hvor landsretten udtalte [...]:

"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 fore-kommer i internationale koncerner".

Skatteministeriet har ikke godtgjort, at der foreligger en sådan særlig kvalificeret kontrol fra ejernes side i nærværende sag.

Sagsøgers forståelse støttes endvidere af nyere international praksis, her-under af Canadas Federal Court of Appeals dom af 26. februar 2009 i den ledende sag, *Prévost* [...], selv om det anerkendes, at den internationale domspraksis om forståelsen af "retmæssig ejer"-begrebet ikke er éntydig.

I *Prévost*-sagen var situationen den, at et canadisk selskab (*Prévost*) udbe-talte udbytte til et mellemholdingselskab i Holland (*Prévost Holding*), som videredistribuerede udbyttet til to selskaber i henholdsvis Sverige (*Volvo*) og England (*Henlys*), der ejede henholdsvis 51 % og 49 % af ak-tierne i holdingselskabet. På denne måde blev udbytteskatten reduceret i forhold til, hvis udbyttet var betalt direkte fra *Prévost* i Canada til de ul-timative ejere i henholdsvis Sverige og England. *Volvo* og *Henlys* havde indgået en aktionæroverenskomst, hvorefter 80 % 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 Canadi-an Tax Court - at *Prévost Holding* var "retmæssig ejer" af udbyttet. Retten lagde herved bl.a. vægt på, at *Prévost Holding* ikke var part i aktio-næroverenskomsten 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 aktionærove-renskomsten. Retten tilsluttede sig i præmis 13 og 14 underinstansens for-ståelse af begrebet "retmæssig ejer", således som den var kommet til ud-tryk 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 ac-countable to anyone for how he or she deals with the dividend in-come. ... 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 [Prévost Holding] and its shareholders." (Vores understregninger).

I præmis 15 gør retten op med skattemyndighedernes transparensbetragtning, hvorefter det afgørende skulle være, hvem der ultimativt kan få for-delen 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 through the process of objection, have adopted."(Vores 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 "retmæssig ejer" 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)."

Prévost-sagen viser, at i en situation, hvor der mellem de ultimative ejere og det udbytteudloddende selskab var indskudt et mellemholdingselskab i en tredje jurisdiktion med det primære formål at drage fordel af en med denne jurisdiktion aftalt, fordelagtig skattesats, hvor der rent faktisk var en gennemstrømning af udbytte til de ultimative ejere, hvor de ultimative ejere på forhånd havde truffet beslutning om, at der skulle udloddes udbytte op igennem selskaberne, og hvor mellemholdingselskabet ikke havde anden aktivitet og fysiske rammer end dem, der følger af at være et rent holdingselskab, så var det pågældende mellemholdingselskab "retmæssig ejer" af udbytter fra sit datterselskab.

Overført til nærværende sag er Altor II S.à.r.l. tillige klart "retmæssig ejer" af de af sagen omhandlede renter.

Den 24. februar 2012 afgjorde The Tax Court of Canada en tilsvarende sag om "retmæssig ejer" vedrørende royalties i sagen *Velcro Canada Inc.* [...]. Her fandt retten på samme måde som i Prévostsagen, at et mellemliggende holdingselskab var den "retmæssige ejer" af den modtagne indkomst, også selv om der var en forpligtelse til at viderebetale en betydelig del heraf, idet domstolen bl.a. lagde vægt på, at der skete en sammenblanding

af midler hos det mellemliggende holdingselskab, ligesom den fandt, at der - for at bryde den selskabsretlige barriere (*corporate veil*) - måtte stilles krav om, at mellemholdingselskabet havde "*absolutely no discretion*" i forhold til de modtagne midler (hvad der således ikke var tale om).

De canadiske domstole har således slået fast, at det er en nødvendig - men ikke tilstrækkelig - betingelse for at frakende modtageren af en given indkomst status som den "retmæssige ejer" heraf, at der foreligger en retlig forpligtelse til at viderebetale den pågældende indkomst.

Dette er efterfølgende klart cementeret i punkt 10 i de seneste kommentarer fra 2014 til modeloverenskomsten, jf. afsnit 7.5 nedenfor.

Skatteministeriet henholder sig i denne sammenhæng navnlig til den engelske Court of Appeal's dom i den såkaldte Indofood-sag [...] og den franske Conseil d'Etats dom i den såkaldte Bank of Scotland-sag [...] begge fra 2006.

Østre Landsret henviser også i sin afgørelse i ISS-sagen [...] til Indofood-dommen, idet det dog bemærkes, at det var vedrørende spørgsmålet, om der skal anvendes en internretlig eller autonom fortolkning af begrebet "retmæssig ejer".

Det er imidlertid værd at notere, at Indofood-sagen ikke var en skattesag, men derimod en civil sag om fortolkning af aftalevilkår i en låneaftale underlagt engelsk ret, der ganske vist involverede et (hypotetisk) skatteretligt spørgsmål.

Sagen 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 åbent kunne undgå denne effekt ved at foretage "*reasonable measures*".

Som følge af en ophævelse af en DBO, steg kildeskatten til 20 %, og spørgsmålet var herefter, om den forhøjede kildeskat på renterne kunne undgås ved at indskyde et hollandsk mellemholdingselskab som foreslået af obligationsejerne som "*reasonable measures*". Indofood gjorde heroverfor gældende, at det hollandske mellemholdingselskab ikke ville blive anset for at være "beneficial owner" af rentebetalingerne efter den indonesisk-hollandske DBO, hvorfor der ikke var tale om "*reasonable measures*".

Court of Appeal var enig med Indofood i, at der ikke ville være tale om "*reasonable measures*" af de af Indofood angivne grunde.

Alfa Laval gør gældende, at sagen ikke er et lige så godt domspræjudikat som de canadiske skattedomme, eftersom der var tale om en civil sag - en fortolkning af en aftale - og ikke en skattesag, og eftersom der var tale om et hypotetisk spørgsmål, hvis svar ville pålægge den ene part en byrdefuld omstrukturering uden vished for, om det skatteretligt holdt. Den engelske domstol udtrykte således i dommens præmis 48 [...], at det ikke ville være rimeligt, at Indofood skulle ud i en retssag med de indonesiske skatte-myndigheder, som Indofood risikerede at tabe.

Den canadiske Supreme Court har endvidere for ganske nylig - nemlig den 26. november 2021 - truffet afgørelse i den såkaldte Alta Energy-sag [...], der handlede om, hvorvidt en struktur med et luxembourgsk mel-lemholdingselskab udgjorde et misbrug af den canadisk-luxembourgsk DBO. Dommen, der faldt ud til skatteyderens fordel (som Prévost-sagen), vil blive kort omtalt nedenfor i afsnit 7.6.

7.5 *2014-kommentarerne - der skal foreligge en retlig forpligtelse til viderebetaling*

Mens denne sag har verseret, er der kommet nye kommentarer fra OECD i 2014 [...], som også påberåbes af Skatteministeriet til støtte for, at Altor II S.à.r.l. ikke er "retmæssig ejer" af de omhandlede renter.

Alfa Laval gør gældende, at det nu eksplicit af 2014-kommentarernes punkt 10.2 fremgår, at det som udgangspunkt er en betingelse for at fra-kende en rentemodtager status som "retmæssig ejer" efter modelove-renskomsten, at der foreligger en forpligtelse til at videreformidle renterne til en anden person. Det hedder således [...]:

"10.2 I disse forskellige eksempler (agent, mellemmand, conduit sel-skab i dets egenskab af bemyndiget eller administrator), er den direkte modtager af renter ikke "den retmæssige ejer", fordi modtage-rens ret til at bruge og nyde renterne er begrænset af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de modtagne beta-linger til en anden person. En sådan forpligtelse vil sædvanligvis fremgå af relevante, juridiske dokumenter, men kan eventuelt også være til stede allerede i kraft af de faktiske omstændigheder, som ganske klart viser, at modtageren substantielt ikke har rettighederne til at bruge og nyde de renter, dog uden at være bundet af en kon-

traktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person. ... Hvor modtageren af en rente har retten til at bruge og nyde udbyttet [skulle være "renterne", vores _____ indsættelse], uden at være bundet af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de betalinger, som han har modtaget, til en anden person, er modtageren "den retmæssige ejer" af disse renter. ..." (Vores understregninger).

Efter Alfa Lavals opfattelse har det stedse været klart, at det er en nødvendig - men ikke tilstrækkelig - betingelse for at frakende en rentemodtager status som "retmæssig ejer" efter modeloverenskomsten, at der foreligger en retlig forpligtelse til at viderebetale renterne. 2014-kommentarerne tilføjer således *på dette punkt* ikke noget, som ikke var gældende i forvejen. Det er også bekræftet i den ledende dom, Prévost, fra 2009 [...], der er omtalt ovenfor i afsnit 7.4.

En "agent eller mellemmand", som nævnt i 1977-kommentarerne, er således klart forpligtet til at videreformidle de modtagne renter. Det ligger allerede i, at han netop er "agent eller mellemmand". Det samme gælder for et "gennemstrømningsselskab" i 2003-kommentarerne.

Efter Skatteministeriets opfattelse er det uden betydning, på hvilket grundlag forpligtelsen består, men udtrykket "forpligtelse" (til at videreformidle) kan ikke gradbøjes. Enten består forpligtelsen, eller også består den ikke. Den relevante test er, om forpligtelsen kan gennemtvinges ved de nationale domstole. Hvis en anden end rentemodtageren har et retskrav på at få renterne udleveret, som kan gennemtvinges ved domstolene, består der en forpligtelse for rentemodtageren til at videreformidle renterne.

I nærværende sag har der ikke bestået en retlig forpligtelse for Altor II S.à.r.l. til at videreformidle renterne.

Skatteministeriet henholder sig til 2014-kommentarernes bemærkninger om, at modtageren – uden at have været bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne renter til en anden person – "substantielt" ikke havde rettighederne til at "bruge og nyde" renterne.

Heroverfor gør Alfa Laval gældende, at 2014-kommentarerne på dette punkt - hvis de skal forstås som hævdet af Skatteministeriet - fuldstændigt ændrer de hidtidige kommentarer til bestemmelsen - 8 år efter den første rentetilskrivning i nærværende sag - og er dermed utvivlsomt udtryk for

en udvidelse - og ikke en præcisering - af "retmæssig ejer"-begrebet i 1977-kommentarerne. De kan derfor ikke finde anvendelse ved fortolkningen af DBO'er, der er indgået før 2014. Den i nærværende sag relevant DBO mellem Danmark og Luxembourg er indgået i 1980.

Endelig gøres det gældende, at det er aldeles usikkert, hvad der ligger i dette udsagn i kommentarerne, og at det derfor under alle omstændigheder ville være i strid med almindelige principper om retssikkerhed at til-lægge det pågældende udsagn betydning.

Det er uden betydning, at Alfa Laval ikke har fremlagt skriftlige aftaler eller lignende, der dokumenterer, at Altor II S.à.r.l. ikke var begrænset i sin ret til at råde fuldt ud over renterne.

Der foreligger ikke nogen aftaler, der begrænser Altor II S.à.r.l.'s råden over renterne, endside nogen aftaler eller lignende, der overhovedet ved-rører det koncerninterne lån - ud over selve lånedokumenterne (og hvoraf der i sagens natur ikke fremgår nogen begrænsninger).

Spørgsmålet om - og beslutninger vedrørende - dispositioner har således været en integreret del af kapitalfondsmanagerens (Altor 2003 GP Limited) ansvars- og arbejdsområde (naturligvis med endelig beslutningskom-petence i de enkelte selskaber). Derimod har der naturligvis foreligget af-talemæssige forpligtelser til tilbagebetaling af indskudt kapital samt udbe-taling af salgsprovenu ved kapitalfondenes Exit (senere videresalg af Aalborg Industries-koncernen).

7.6 *Der foreligger ikke et misbrug af den dansk-luxembourgiske DBO*

Skatteministeriet gør i "beneficial owner"-sagskomplekset generelt gæl-dende, at der skal foreligge et misbrug, for at et rentemodtagende selskab kan nægtes overenskomstbeskyttelse. Heri er Alfa Laval enig.

Alfa Laval bestrider imidlertid, at der i nærværende sag foreligger et mis-brug af den dansk-luxembourgiske DBO.

Imødegåelse af misbrug kræver, at der er hjemmel hertil i dansk ret. _____

Parterne i nærværende sag er enige om, at der i 2006 og 2007 fandtes *to domstolsskabte reglertil* imødegåelse af misbrug, nemlig realitetsgrundsætningen og princippet om "rette indkomstmottager", jf. forelæggelsesken-delsens punkt 47-50 [...].

Der er mellem parterne enighed om, at *realitetsgrundsætningen* ikke giver grundlag for at tilsidesætte de i nærværende sag foretagne dispositioner, jf. punkt 48. Tilsvarende er der mellem parterne enighed om, at rentemodtageren, Altor II S.à.r.l., er "*rette indkomstmodtager*" efter dansk ret, jf. punkt 50.

Skatteministeriet har under sagens forberedelse fremsat et nyt anbringende om, at der i dansk retspraksis skulle være udviklet *almindelige principper til imødegåelse af misbrug, der rækker ud over realitetsgrundsætningen* (og - må det forstås - princippet om "rette indkomstmodtager"). Alfa Laval har nedenfor i afsnit 8.4.1.3 tilbagevist dette anbringende.

Det er således en kendsgerning, at der i dansk ret fandtes regler til imødegåelse af misbrug, og at disse regler fører til, at der i denne sag ikke fore-ligger et misbrug efter dansk ret. I øvrigt er det fast højesteretspraksis, at der ikke kan foreligge misbrug, hvis det fremgår af forarbejderne, at lov-giver har været fuldt opmærksom på den omtvistede problemstilling (hvilket er tilfældet i nærværende sag), jf. U.2004.174H (Over-Hold ApS) [...] og U.2007.736H (Virksomhed ApS - "elevatorsagen") [...].

Der fandtes ikke relevante anti-misbrugsregler i den dagældende dansk-luxembourgske DBO.

Derimod indeholder DBO'ens artikel 11 bestemmelsen om, at rentemodtageren skal være "retmæssig ejer", hvorom henvises til afsnit 7.1 - 7.5 ovenfor.

At der ikke foreligger misbrug af overenskomsten bekræftes bl.a. af, at den valgte struktur - med et "indskudt" mellemholdingselskab/gennemstrømningselskab - er direkte anvist af skatteministeren i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 16 til L 99 af 10. november 2000 som en legitim struktur i forbindelse med udlodning af udbytter, jf. ovenfor i afsnit 1.3 og 2.2.3 - og dermed også i forbindelse med rentebetaling, da den samme betingelse (om "retmæssig ejer") gælder i begge situationer.

Dette er helt i overensstemmelse med Mogens Rasmussen og Dennis Bernhardt, begge Told- og Skattestyrelsen, i SR-SKAT 2000.315 [...]:

"Det er således blandt OECD's medlemslande generelt antaget, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der følger OECD-modellen, ikke indeholder hjemmel til at imødegå "treaty-shopping".

...

Et selskab, der er stiftet i et aftaleland, bør således være berettiget til aftalebeskyttelse, dvs. betragtes som den *"retmæssige ejer"*, selvom det, som det f.eks. er tilfældet med de mange nye holdingselskaber i Danmark, er åbenbart, at formålet er skatteminimering."

Der var generel enighed blandt danske forfattere om disse synspunkter.

Hertil kommer, at det overordnede formål med indskydelsen af Altor II S.à.r.l. *ikke* var, at der skulle etableres en mulighed for at renterne kunne videregives *"til personer, der er hjemmehørende i lande uden DBO"*, jf. bl.a. ISS-dommen [...], idet en - eventuel - "gennemstrømning" under alle om-stændigheder og i alt væsentlighed skete til kommanditister hjemmehørende i andre DBO-lande. Formålet var således ikke at udøve "treaty shopping". Som det fremgår af Alfa Lavals opgørelser [...], var ca. 70 % af investorerne således hjemmehørende i DBO-lande, hvortil renterne kunne være betalt direkte uden indeholdelse af kildeskat. Herudover var 22 % andre kapitalfonde ("fund-of-funds") - eller i hvert fald transparente enheder - og hvis man antager, at kommanditisterne i disse enheder fordeler sig på samme måde som kommanditisterne i Altor 2003 Fund, betyder det altså, at 70 % af disse investorer - svarende til 15 % - også er "gode investorer". I alt kan det således antages, at 85 % af investorerne kunne have modtaget renterne direkte uden dansk kildeskat.

Det er derfor rimeligt at lægge til grund, at formålet med indskydelsen af Altor II S.à.r.l. i lånestrukturen - der ganske rigtigt blev foretaget i forbindelse med udvidelsen af den af SEL § 2, stk. 1, litra d, om begrænset skattepligt på rente omfattede personkreds (ved udvidelsen af kontrolbegrebet) - ikke i hovedsagen var at undgå dansk kildeskat (for de ca. 15 % af investorerne, der måtte blive "ramt" heraf), men derimod for at undgå den betydelige administration med fremskaffelse og indsendelse af dokumentation for skattemæssigt hjemsted, potentielle tilbagesøgninger af uretmæssigt indeholdt rentekildeskat etc., der uvægerligt ville følge af lovændringen. Og her var det altså opfattelsen - bl.a. baseret på rådgivning og ministerens udtalelser om indskud af mellemholdingselskaber - at et indskud af et mellemholdingselskab i Luxembourg ville fritage Aalborg Industries Holding A/S herfor (herunder for kildeskattebetaling for de få investorer (kommanditister), der ikke var hjemmehørende i DBO-lande (altså de 15 %, som netop redegjort for)).

Da hovedparten af de kommanditister, der alternativt måtte blive anset som de "retmæssige ejere" af de af sagen omhandlede renter, altså er hjemmehørende i lande, med hvilke Danmark har indgået en DBO (og der derfor ikke ville være noget grundlag for dansk kildeskat på renterne ved

en direkte betaling til disse), foreligger der under alle omstændigheder ikke noget misbrug af den dansk-luxembourgske DBO - eller af rente-/royaltydirektivet, jf. nedenfor i afsnit 8.7 - i denne sag.

Ud over at dette følger af princippet i ISS-dommen, følger det også nu af Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen [...], hvor landsretten netop har fastslået, at der ikke var noget grundlag for at statuere misbrug, når det lå fast, at midlerne endte i et selskab, der var beliggende i et andet DBO-land (i sagen USA). Og i NetApp-sagen havde de "gennemstrømme-de" midler endda "passeret" et (ikke-transparent) selskab i et ikke-DBO-land.

I dommen hedder det således herom [...]:

"Såfremt det med sikkerhed kan fastslås, at den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i et andet land end det land, hvor mel-lemleddet er hjemmehørende, og det land, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende, har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, kan den retmæssige ejer imidlertid påberåbe sig reglerne i denne dobbeltbeskatningsoverenskomst som grundlag for skattenedsættelse, jf. herved også pkt. 12.2 i kommentaren til OECD's modeloverenskomst fra 2003. Dette indebærer, at der i en sådan situation ikke kan siges at foreligge et misbrug, idet udbyttet ville kunne være udloddet skattefrit af det danske datterselskab direkte til den retmæssige ejer i det pågældende land."

I øvrigt bemærkes, at OECD først med BEPS-projektet ("*Base Erosion and Profit Shifting Project*"), der blev opstartet i 2013, og udgivelsen i 2015 af Action 6, "*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*" [...], fremkom med et forslag til indførelsen af en generel misbrugsregel i staternes DBO'er til egentlig imødegåelse af *treaty shopping*. Der var således tale om indførelse af en såkaldt LOB-bestemmelse ("*limitation on benefits*") samt en såkaldt PPT ("*Principal Purpose Test*"), dvs. en generel anti-avoidance klausul.

Dette initiativ blev fulgt op med, at en lang række medlemsstater, herunder Danmark, i 2016 indgik den Multilaterale Konvention ("MLI"), hvorved de deltagende stater fik muligheden for at ændre deres bestående DBO'er på flere områder, herunder ved at indsætte disse anti-treaty-shopping regler. I Danmark blev MLI'en vedtaget af Folketinget i 2019 [...].

Det er således først i 2019, at der er blevet indsat generelle anti-misbrugsregler i de bestående danske DBO'er, herunder i den dansk-luxembourgiske DBO.

Men selv i de tilfælde, hvor staterne har indført generelle anti-misbrugsregler, har det for ganske nylig vist sig, at dette ikke engang er tilstrækkeligt til at imødegå treaty shopping.

Dette følger af den canadiske Supreme Courts afgørelse af 26. november 2021 i den såkaldte Alta Energy-sag [...].

Sagen handlede om, hvorvidt en struktur med et luxembourgsk mellemholdingselskab udgjorde et misbrug af den canadisk-luxembourgiske DBO.

I sagen ejede et kommanditselskab (med ikke-luxembourgiske kommanditister) et luxembourgsk (mellem-)holdingselskab et canadisk selskab, der havde olie- og gasrettigheder i Canada. Det luxembourgiske selskab solgte det canadiske selskab med en stor fortjeneste. Efter DBO'en mellem Luxembourg og Canada kan Canada beskatte en person hjemmehørende i Luxembourg af gevinster ved afståelse af aktier, såfremt gevinsten primært relaterer sig til fast ejendom i Canada (dog undtaget ejendom fra hvilken det pågældende selskab driver sin virksomhed).

De canadiske skattemyndigheder fandt - såfremt den pågældende bestemmelse ikke førte til, at Canada havde beskatningsretten - at der forelå et misbrug af DBO'en mellem Luxembourg og Canada i form af ulovlig "treaty shopping", herunder bl.a. da indkomstens økonomiske tilknytning til Luxembourg var utilstrækkelig, og da det var i strid med DBO'ens formål at tildele Luxembourg beskatningsretten. Skattemyndighederne argumenterede således bl.a. for, at den i DBO'en indsatte anti-misbrugsregel (der ikke er identisk med den, der nu findes i MLI'en) førte til, at man skulle bortse fra det luxembourgiske selskabs formelle krav på overenskomstbeskyttelse.

Ved samtlige retsinstanser i Canada faldt afgørelsen dog ud til skatteyderens fordel. Domstolene fandt for det første, at værdistigningen på de canadiske aktier stammede fra fast ejendom, fra hvilken olie- og gasvirksomheden blev udøvet, og at Canada derfor ikke formelt kunne påberåbe sig denne bestemmelse. Endvidere fandt domstolene, herunder Canadas Højesteret, at den pågældende antimisbrugsregel ikke kunne påberåbes. Bl.a. udtalte Højesteret, at den relevante bestemmelses ordlyd og formål var klare, og at spørgsmålet om omfanget af den økonomiske tilknytning til domicilstaten (Luxembourg) i den forbindelse dermed var irrelevant.

Højesteret udtalte, at "treaty shopping" ikke *per se* udgør et misbrug, og at en anvendelse af anti-misbrugsreglen i sagen i realiteten ville indebære, at Canada fik muligheden for at "*genoptage sin forhandling med Luxembourg og undtage statens personer fra DBO-beskyttelse*" i en situation, hvor staterne klart har taget stilling til beskyttelsesspørgsmålet alene ud fra et spørgsmål om, hvorvidt den pågældende person er hjemmehørende i staten. I den forbindelse bemærkedes også, at anti-misbrugsreglen var forbeholdt uforudset skatteplanlægning (hvad der altså ikke var tale om), og at de to stater kunne, hvis der havde været ønske herom, have benyttet sig af de anti-misbrugsforslag, som OECD er kommet med (hvad de altså ikke havde). Højesteret formanede også, at domstolene skulle være forsigtige med at konstatere, at den omstændighed, at en transaktion var hovedsageligt (eller endda udelukkende) skattemotiveret, også betyder, at den udgør et misbrug.

Også denne dom understreger, at der ikke i nærværende sag (hvor der ikke engang findes en generel anti-misbrugsregel i den relevante DBO) kan foreligge noget misbrug af den dansk-luxembourgske DBO.

8 SKATTEN SKAL FRAFALDES EFTER RENTE-/ROYALTYDIREKTIVET

8.1 De objektive betingelser for fritagelse i direktivet er opfyldt

Det *andet underanbringende* til Alfa Lavals principale anbringende om, at selskabet ikke har været forpligtet til at indeholde renteskat, går, som nævnt, ud på, at Altor II S.à.r.l. har et ubetinget krav på, at renteskatten skal frafaldes efter rente-/royaltydirektivet.

Med *rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF)* [...] blev der indført en fælles beskatningsordning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater. Formålet med direktivet er at fritage renter, der betales mellem koncernforbundne selskaber, for kildeskat, dvs. beskatning i den stat, hvor låntager er hjemmehørende.

Bestemmelsen om, at der ikke kan pålægges kildeskat på rente findes i artikel 1, stk. 1 [...]:

"Artikel 1

1. Betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er et sel-

skab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat"

Direktivet opstiller såvel et kapitalkrav som et ejertidskrav.

Kapitalkravet er fastlagt i artikel 1, stk. 7, jf. artikel 3, litra b) [...], og udgjorde 25 % (dvs. krav om "associering").

Ifølge artikel 1, stk. 10, jf. artikel 3, litra b), [...], kan den enkelte medlemsstat indføre et *ejertidskrav* på højst 2 år. Ejertidskravet i SEL § 2, stk. 1, litra d, er på 1 år, og kravet er blot, at betalingstidspunktet skal ligge inden for denne periode [...].

Efter rente-/royaltydirektivet er det (som efter DBO'en, jf. foregående afsnit 7, tillige en betingelse rentemodtageren er den "retmæssige ejer" af den modtagne rente. Dette står i modsætning til moder/datterselskabsdirektivet (vedrørende udbytter) (90/435/EØF).

Dette vil blive behandlet umiddelbart nedenfor i afsnit 8.2.

Alfa Laval gør gældende, at Altor II S.à.r.l., der ubestridt opfylder såvel associeringskravet som ejertidskravet i rente-/royaltydirektivet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d, ligesom selskabet er den "retmæssige ejer" af renterne, har et *ubetinget krav* på at blive fritaget for kildeskat på renterne fra Aalborg Industries Holding A/S.

8.2 Altor II S.à.r.l. er også "retmæssig ejer" efter direktivet

Rente-/royaltydirektivet indeholder - ligesom DBO'en - et krav om, at rentemodtageren skal være "retmæssig ejer" af de pågældende renter.

Rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 4, har således følgende ordlyd [...]:

"Et selskab i en medlemsstat anses kun for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person." (Vores fremhævninger).

Ved sin dom af 26. februar 2019 i nærværende sag [...] har EU-Domstolen slået fast, at begrebet "retmæssig ejer" som defineret i rente-/royalty-direktivets artikel 1, stk. 4, er et selvstændigt EU-retligt begreb.

Det hedder om fortolkningen heraf i præmis 88 [...]:

"Begrebet "retmæssig ejer" som omhandlet i dette direktiv skal derfor fortolkes således, at det betegner en enhed, som reelt modtager de renter, som betales til den. Direktivets artikel 1, stk. 4, bestyrker denne henvisning til den økonomiske realitet, idet det heri præciseres, at et selskab i en medlemsstat kun anses for at være den retmæssige ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse betalinger til eget brug og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person." (Vores understregninger).

EU-Domstolen har i denne forbindelse udtalt (præmis 90) [...], at direktivet har ladet sig inspirere af artikel 11 i OECD's modeloverenskomst fra 1996 og forfølger det samme formål som denne, nemlig at undgå international dobbeltbeskatning. På denne baggrund konkluderes det i præmis 90:

"Begrebet "retmæssig ejer", som er indeholdt i bilaterale overenskomster, der er baseret på denne modelbeskatningsoverenskomst, samt de efterfølgende ændringer af nævnte modeloverenskomst og kommentarerne hertil, er derfor relevante for fortolkningen af nævnte direktiv." (Vores understregning).

EU-Domstolen har dog i præmis 91 understreget, at *"en sådan fortolkning, selv hvis den er inspireret af OECD's tekster, sker på grundlag af direktivet"*, og at fortolkningen derfor har demokratisk legitimitet.

Det må således lægges til grund, at OECD's udvidede kommentarer fra 2003 om "gennemstrømningsselskaber" dermed kan inddrages ved fortolkningen af direktivet.

Dette ændrer dog ikke ved, at 2003-kommentarerne ikke kan inddrages ved fortolkningen af den dansk-luxembourgiske DBO, jf. ovenfor i afsnit 7.3.

Alfa Laval gør gældende, at Altor II S.à.r.l. også er "retmæssig ejer" af de omhandlede renter efter direktivet. Det fastholdes således, at Altor II S.à.r.l. er "retmæssig ejer", selv om 2003-kommentarerne måtte blive lagt til grund. Altor II S.à.r.l. er altså ikke et "gennemstrømningsselskab", jf. gennemgangen herom ovenfor i afsnit 7.4 og 7.5.

8.3 *Imødegåelse af misbrug kræver national hjemmel, jf. artikel 5 - Kofoeddommen (C321/05)*

EU-lovgiver har overladt det til de enkelte medlemsstater at fastsætte eventuelle bestemmelser om misbrug af rente-/royaltydirektivet. Det hed-der således i *artikel 5* [...]:

"1. Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.

2. Medlemsstaterne kan tilbagekalde fordele i henhold til dette direktiv eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde." (Vores understregning).

Som det fremgår, er der tale om en *bemyndigelsesbestemmelse*. Hver enkelt medlemsstat kan således indføre eller opretholde præcis de nationale regler til bekæmpelse af misbrug, som den pågældende medlemsstat finder passende. Nationale anti-misbrugsregler skal dog i sig selv være forenelige med EU-retten, herunder de traktatsikrede frihedsrettigheder som fastlagt i EU-Domstolens praksis og ikke mindst *proportionalitetsprincippet*. EU-Domstolen påser altså, at anti-misbrugsreglerne ikke går for vidt.

8.4 Der foreligger ikke misbrug efter de danske anti-misbrugsregler gældende i 2006-2007

Som det fremgår af afsnit 0, forudsætter en medlemsstats påberåbelse af direktivets artikel 5, om "*nationale bestemmelser*", at den pågældende medlemsstat *enten* har vedtaget en specifik national bestemmelse til gennemførelse af denne bestemmelse i medlemsstatens retssystem, *eller* at der i national ret findes almindelige bestemmelser eller grundsætninger om svig, misbrug m.v., der kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 5. Det er altså helt op til den enkelte medlemsstat at afgøre, om og - i bekræftende fald - i hvilket omfang den ønsker at have anti-misbrugsregler.

Spørgsmålet er derfor, hvilke anti-misbrugsregler der var til rådighed for skattemyndighederne i 2006 og 2007, da rentetilskrivningerne fandt sted.

Parterne er enige om, at retsstillingen vedrørende anti-misbrugsregler i dansk ret i sagsperioden var som gengivet i forelæggelseskendelsens punkt 47 - 50 [...].

Det fremgår heraf, at der *ikke* i sagsperioden (2006 og 2007) fandtes en *generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug*. Danmark har først med

virkning fra den 1. maj 2015 indført en sådan antimisbrugsbestemmelse -som følge af den med direktiv 2015/121/EU vedtagne forpligtelse for medlemsstaterne til at indføre en sådan foranstaltning, for så vidt angår udbyt-ter, jf. også nedenfor i afsnit 8.5.

Derimod er der i domstolspraksis udviklet den såkaldte *realitetsgrundsætning* (punkt 47) og *princippet om "rette indkomstmodtager"* (punkt 49).

Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen, SR-SKAT 2007.508, er i overensstemmelse hermed [...]:

"Misbrugsbestemmelsen i artikel 5 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 artikel 5 ikke kun omfatter egentlige skrevne misbrugsregler, men tillige uskrevne omgåelses/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 artikel 5 ..." (Vores understregninger).

De danske skattemyndigheder har altså to *domstolsskabte* instrumenter til rådighed over for misbrugstilfælde, nemlig princippet om "rette indkomstmodtager" og realitetsgrundsætningen ("substance-overform"). Begge disse instrumenter er helt centrale for denne sag. Dels fordi de begge adresserer den foreliggende problemstilling, og dels fordi Skatteministeriet (og den danske lovgiver) helt frem til opstarten af dette sagskompleks i 2008 har været af den opfattelse, at netop disse instrumenter gav den fornødne (ønskede) beskyttelse over for misbrugstilfælde, jf. ovenfor afsnit 2.

Som det fremgår af forelæggelseskendelsens punkt 50 [...], anerkender Skatteministeriet, at rentemodtageren, Altor II S.à.r.l., er "rette indkomstmodtager" af de omhandlede renter.

Tilsvarende anerkender Skatteministeriet i forelæggelseskendelsens punkt 48 [...], at realitetsgrundsætningen ikke giver grundlag for at tilsidesætte de i sagen foretagne dispositioner. SKAT forsøgte oprindeligt at nægte fri-tagelse for beskatning i "beneficial owner-sagerne" ud fra realitetsbetragt-ninger, men måtte erkende, at der ikke var grundlag herfor, jf. bl.a. dom-

mene i *TfS 2003.889 H (OverHold ApS)* [...] og *TfS 2006.1062 H (Virksomhed ApS - "Elevatorsagen")* [...].

Der er altså mellem parterne enighed om, at hverken *princippet om "rette indkomstmodtager"* eller *realitetsgrundsætningen* kan anføres til støtte for Skatteministeriets påstand.

Der foreligger således ikke misbrug efter de danske anti-misbrugsregler gældende i sagsperioden 2006 og 2007.

Dette er tiltrådt af *Landsskatteretten* i udbyttesagerne (om de tilsvarende bestemmelser i moder-/datterselskabsdirektivet), hvorimod spørgsmål ikke blev fundet afgørende i rentesagerne, da rente/royaltydirektivet indeholdt en - for *Landsskatteretten* - afgørende bestemmelse om "retmæssig ejer".

8.4.1 *Skatteministeriets tre anbringender om, at der i sagsperioden konkret var hjemmel i dansk ret til at nægte direktivets fordele på grund af misbrug, er ikke bæredygtige*

Skatteministeriet har i dette sagskompleks gjort tre anbringender gældende til støtte for, at der skulle være hjemmel i dansk ret til konkret at nægte direktivets fordele på grund af misbrug. De tre anbringender er omtalt nedenfor i afsnit 8.4.1.1 - 8.4.1.3.

Som det vil fremgå, er ingen af disse anbringender bæredygtige.

8.4.1.1 *SEL § 2, stk. 1, litra d, er ikke en sådan specifik national bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 5 (spørgsmål 2 til EU-Domstolen)*

Skatteministeriet gør gældende, at SEL § 2, stk. 1, litra d, *i sig selv* indeholder den fornødne interne hjemmel til at nægte direktivets fordele i tilfælde af misbrug. Synspunktet støttes på følgende sætning i bestemmelsen [...]:

"Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF ... (Vores understregning).

Synspunktet går nærmere ud på, at Danmark ikke *"skal"* frafalde kildeskat, medmindre der efter direktivet består en pligt hertil, og det gør der - efter synspunktet - ikke, hvis der foreligger et misbrug. Den blotte henvisning til direktivet skulle således - efter synspunktet - indebære en udnyt-

telse af bemyndigelsen i artikel 5 og dermed, at der (automatisk) er indført en national anti-misbrugsregel i dansk ret.

Det turde være åbenbart, at Skatteministeriets kunstige forsøg på at "ska-be" en lovbestemt anti-misbrugsregel ikke er holdbar. Af mange grunde.

End ikke logikken er på plads, fordi det postulerede resultat indgår som en forudsætning for ræsonnementet. Når Skatteministeriet således hævder, at der ikke er pligt til at frafalde kildeskat, hvis der foreligger misbrug, er dette kun en korrekt forudsætning, hvis Danmark i overensstemmelse med artikel 5 (allerede) har valgt at implementere en anti-misbrugsbestemmelse, men det er jo ikke tilfældet. Den første præmis i argumentationen forudsætter således resultatet, og argumentationen er dermed cirkulær.

Den generelle henvisning til direktivet indebærer altså en implementering af direktivet, som det ser ud, herunder med bemyndigelsesbestemmelsen i artikel 5, men den indebærer *ikke* en stillingtagen til, om bemyndigelsen skal udnyttes, og dermed heller *ikke* en implementering af en anti-misbrugsregel i dansk ret. Den blotte henvisning til direktivet antyder in-tet som helst om, at Danmark ved indførelsen af lovreglen i 2004 skulle have haft til hensigt at indføre en (fakultativ) national anti-misbrugsregel, endsige, hvad en sådan regel - i givet fald - skulle gå ud på.

Tværtimod er det en kendsgerning, at Skatteministeriet og den danske lovgiver allerede ved indførelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, i 2001 - om begrænset skattepligt på udbytter - konkret *ikke* fandt behov for og derfor heller *ikke* ønskede at indføre en anti-misbrugsregel, jf. ovenfor afsnit 2. Den forståelse af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c - og litra d - som Skatteministeriet nu gør gældende, og som er opfundet til dette sagskompleks, er således *i direkte strid med forarbejderne til denne bestemmelse fra 2001* (og dermed også til grundlaget for SEL § 2, stk. 1, litra d, om renter).

Vestre Landsrets spørgsmål 2.1 til EU-Domstolen [...] drejer sig om dette anbringende fra ministeriet.

I *Kommissionens* indlæg hedder det om ministeriets anbringende i punkt 36 [...]: "*Denne tankegang kan efter kommissionens opfattelse ikke accepteres*", hvilket begrundes i de efterfølgende punkter. Og i Kommissionens forslag til besvarelse af spørgsmål 2.1 hedder det [...], at SEL § 2, stk. 1, litra d, "*ikke [kan] anses for at være en specifik national bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 5*".

Tilsvarende hedder det i *generaladvokatens* forslag, punkt 110 [...]:

"Af denne grund skal spørgsmål 2.1 og 3 besvares med, at hverken § 2, stk. 2 [rettelig stk. 1], litra d, i den danske selskabsskattelov eller en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der for så vidt angår beskatningen af renter tager udgangspunkt i den retmæssige ejer, er tilstrækkelige til at kunne betragtes som gennemførelse af artikel 5 i direktiv 2003/49." (Vores understregninger).

EU-Domstolen har ikke besvaret spørgsmål 2.1, da Domstolen i stedet valgte at introducere det "generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug", som omtales nedenfor i afsnit 8.6, som et obligatorisk princip.

Som det fremgår, har Skatteministeriets anbringende intet som helst for sig.

For så vidt angår Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 på dette punkt i de to første sager i dette sagskompleks, henvises til afsnit 8.6.5 nedenfor.

8.4.1.2 *Betingelsen om "retmæssig ejer" i en DBO er ikke en sådan overenskomstmæssig anti-misbrugsbestemmelse, som er omfattet af direktivets artikel 5 (spørgsmål 3 til EU-Domstolen)*

Skatteministeriet gør endvidere gældende, at betingelsen om "retmæssig ejer" i den danskluxembourgiske DBO er en sådan overenskomstmæssig anti-misbrugsbestemmelse, som er omfattet af direktivets artikel 5.

Heller ikke dette kunstige forsøg på at "skabe" en intern anti-misbrugsregel er holdbar.

Alfa Laval gør gældende, at modeloverenskomstens betingelse om "retmæssig ejer" *ikke* kan anses for en bestemmelse, "som er nødvendig for at hindre svig og misbrug" i artikel 5's forstand. Betingelsen er således *ikke* en anti-misbrugsforanstaltning, men derimod en regel om, at kun den person, der er skattepligtssubjektet for renterne (den "retmæssige ejer"), kan påberåbe sig lempelse efter overenskomsten. Dette fremgår udtrykkeligt af punkt 8 i 1977-kommentarerne til OECD's modeloverenskomst [...], der var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den dansk-luxembourgiske DBO. Dette hensyn varetages i direktivet i stedet af kapital- og ejertidskravet.

Det er almindeligt anerkendt i den internationale skattelitteratur, at mode-loverenskomstens betingelse om "retmæssig ejer" ikke er en anti-misbrugsbestemmelse. Som eksempel kan nævnes, at *professor Adolfo Martin Jiménez*, *World Tax Journal*, 2010 [...], er af den opfattelse, at "retmæssig ejer" er en "attribution-of-income rule" (indkomst-allokeringsregel) - ligesom princippet om "rette indkomstmodtager" i dansk ret - og ikke en "anti-avoidance rule" (anti-misbrugsregel). Der skal derfor ikke foretages en "economic interpretation", men derimod en "legal interpretation", og parternes hensigt er derfor uden betydning [...]:

"Therefore, unlike in the case of anti-avoidance rules, the subjective intentions of the parties are irrelevant in the beneficial-ownership analysis, which is, in our opinion, only concerned with attributing _____ income to a given person." (Vores understregning).

Også *Philip Baker*, QC, *Double Taxation Conventions*, 2010 [...], der generelt om begrebet "retmæssig ejer" udtaler, at "*unfortunately, the meaning of the phrase still remains less than fully clear*" [...], er på linje hermed, idet han foreslår, at afgørelsen af, hvem der er den "retmæssige ejer", beror på, hvem der har krav på beløbet i tilfælde af modtagerens konkurs.

Det gøres endvidere gældende, at udtrykket "*overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser*" i artikel 5, skal fortolkes således, at det har som forudsætning, at medlemsstaten efter sin interne ret kan påberåbe sig DBO'en til skade for skatteyderen, hvilket ikke er muligt efter dansk ret, jf. forelæggelseskendelsens punkt 51 [...].

Skatteministeriets synspunkt fører videre bl.a. til det selvmodsigende resultat, at en rentemodtager vil have en ringere beskyttelse efter direktivet i det tilfælde, hvor der findes en DBO (hvis mål er at lempe skatter) mellem de involverede lande, end i det tilfælde, hvor der ikke findes en sådan.

Hertil kommer, at der ikke er noget grundlag for at antage, at Skatteministeriet og den danske lovgiver ved indførelsen af SEL § 2, stk. 1, litra c, i 2001 havde noget som helst ønske om, at betingelsen i OECD's modeloverenskomst om "retmæssig ejer" skulle udstrækkes til at gælde for moder/datterselskabsdirektivet (og dermed ligeledes for det efterfølgende rente-/royaltydirektivet) som en selvstændig anti-misbrugsregel. Tværtimod ligger det klart, at lovgiver lagde til grund, at der over det danske selskab kunne indskydes et mellemholdingselskab, som var "retmæssig ejer" af udbytte (og dermed af renter), jf. ovenfor afsnit 2.2.3.

Også Skatteministeriets anbringende om, at betingelsen om "retmæssig ejer" er en overenskomstmæssig anti-misbrugsbestemmelse i artikel 5's forstand, med den virkning at Altor II S.à.r.l.kan nægtes fritagelse i henhold til direktivet, er således *i direkte strid med forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c (og dermed til bestemmelsen i SEL § 2, stk. 1, litra d)*.

Vestre Landsrets spørgsmål 3 til EU-Domstolen [...] drejer sig om dette anbringende fra ministeriet.

Kommissionen afviser i sit indlæg, punkt 47-54, i det hele ministeriets anbringende og konkluderer i punkt 54 [...]:

"Efter Kommissionens opfattelse kan en bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter beskatningen af renter afhænger af, om rentemodtageren anses for den retmæssige ejer af renterne eller ej, således ikke udgøre en "overenskomstmæssig antimisbrugsbestemmelse" som omhandlet i direktivet artikel 5, stk. 1."

Som det fremgår af *generaladvokatens* forslag, punkt 110 [...], som er citeret ovenfor i afsnit 8.4.1.1, kom generaladvokaten til det samme resultat.

EU-Domstolen har heller ikke besvaret spørgsmål 3, da Domstolen i stedet valgte at introducere et obligatorisk "generelt EU-retlige princip om forbud mod misbrug".

Heller ikke dette anbringende er således bæredygtigt.

8.4.1.3 *Der findes ikke i dansk ret almindelige principper til imødegåelse af misbrug ud over realitetsgrundsætningen (og princippet om "rette indkomstmodtager")*

Skatteministeriet har i sagskomplekset - efter EU-Domstolens dom - fremsat et nyt anbringende om, at der i dansk retspraksis skulle være udviklet almindelige principper til imødegåelse af misbrug, der rækker ud over realitetsgrundsætningen (og - må det forstås - princippet om "rette indkomstmodtager").

Der nævnes som eksempler herpå 3 højesteretsdomme (U.1998.245H [...], U.2005.649H [...] og U.2015.2277H [...]), hvor dispositioner, der "formelt" var blevet indrettet sådan, at en bestemt, gunstig skatteregel fandt anvendelse, er blevet tilsidesat i skattemæssig henseende med den begrundelse, at dispositionerne ikke havde noget "forretningsmæssigt formål" eller lignende. Der er også et eksempel på en højesteretsdom (U.1999.1714.H,

[...]), der har tilsidesat et skattearrangement uden at bruge en tilsvarende vending.

Efter at parternes advokater i forbindelse med udarbejdelsen af Vestre Landsrets forelæggelseskendelse af 24. maj 2016 [...] i fællesskab rådgav landsretten om, at retsstillingen i Danmark i 2006 og 2007 var, at der ikke fandtes en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug, men at der derimod var to domstolsskabte instrumenter, der kunne danne grund-lag for at gribe ind over for misbrug, nemlig *realitetsgrundsætningen* og *princippet om "rette indkomstmodtager"*, mener Skatteministeriet altså nu, at der ved siden heraf gælder *andre almindelige principper til imødegåelse af misbrug*.

Indledningsvis bemærkes, at alle 4 domme forelå, da parternes advokater rådgav Vestre Landsret. Desuagtet fandt Skatteministeriet ikke anledning til at orientere landsretten om, at gengivelsen af retsstillingen i forelæggelseskendelsen var forkert, hvad ministeriet givetvis heller ikke mente, at den var.

Der henvises i så henseende til forarbejderne til lov nr. 540 af 29. april 2015 vedrørende indførelsen af en anti-misbrugsklausul vedrørende både moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet i ligningslovens § 3. I lovforslaget (L 167 2014/15) har Skatteministeriet gengivet gældende ret forud for vedtagelsen af den nye misbrugsklausul, og dermed også i 2006 - 2007. Det hedder heri [...]:

"Der findes ikke en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af mis-brug i dansk skattelovgivning. Efter dansk (rets)praksis sker beskatningen efter der er foretaget en bedømmelse af, hvad der faktisk er sket. Det betyder, at tomme og kunstige skattebetingede dispositio-ner kan tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i for-hold til den modstående realitet. Dansk skatteret er altså grundlæg-gende helt på linje med international gældende principper om "sub-stance over form"." (Vores understregninger).

Som det fremgår, svarer ministeriets gengivelse af gældende ret i lovforslaget til gengivelsen i forelæggelseskendelsen [...], hvorved erindres om, at princippet om "rette indkomstmodtager" udspringer af realitetsgrund-sætningen. Der er altså ikke nævnt *andre almindelige principper til imødegåelse af misbrug*, som Skatteministeriet nu hævder på basis af en række ældre domme.

Det er derfor ubetænkeligt at antage, at Skatteministeriets nye anbringende er et til lejligheden opfundet synspunkt. Realiteten er, at ministeriet har fortrudt sin anerkendelse i forelæggelseskendelsens punkt 48 [...] af, *"at realitetsgrundsætningen ikke giver grundlag for at tilsidesætte de i denne sag foretagne dispositioner"*, og nu i stedet forsøger at kvalificere den eksisterende retspraksis på en anden måde.

Det nye synspunkt har da heller ikke støtte - hverken i retspraksis eller litteratur.

De 3 førstnævnte domme er fuldgode eksempler på, at realitetsgrundsætningen er blevet anvendt til at tilsidesætte de pågældende arrangementer, mens den sidstnævnte dom, U.1999.1714.H om Hadsten Bank, er et eksempel på en fortolkning af aktieavancebeskatningslovens § 3 (om næringsaktier).

Realitetsgrundsætningen dækker over mange forskellige problemstillinger. Til illustration kan henvises til *Jon Stokholm i "Højesteret 350 år"*, hvor det hedder [...]:

"Det har været nævnt, at der i Højesteret skulle gælde *en særlig realitetsgrundsætning*, og indholdet af en sådan grundsætning har været drøftet. Problemet er, at de kreative inden for skatteunddragelse altid vil forsøge at opstille kulisser, så et arrangement fremstår som en gangbar skattemæssig disposition. Domstolenes opgave er herefter at gennemskue, når en regel søges misbrugt gennem opstilling af kulisser. Denne opgave må nødvendigvis løses fra sag til sag." (Vores understregning).

I alle de tre sager har skatteyderne forsøgt at "opstille kulisser", så arrangementerne fremstår som "gangbare skattemæssige dispositioner", men er blevet gennemskuet af domstolene.

Skatteministeriets eneste begrundelse for, at disse sager ikke skulle være omfattet af realitetsgrundsætningen, er, at det er indgået i domstolenes præmisser for at tilsidesætte arrangementerne, at dispositionerne ikke havde noget *"forretningsmæssigt formål"* eller lignende.

Dette er imidlertid snarere et *kendetegn* på, at dommene er udtryk for en anvendelse af realitetsgrundsætningen. Det er således hovedreglen, at Skatteministeriet i sager om realitetsgrundsætningen gør gældende, at dispositionerne savner *"forretningsmæssigt formål"*. Dette bekræftes også af Jon Stokholms artikel [...]:

"I diskussionen om realitetssynspunktet bruges ofte i flæng overvejelser om, hvorvidt en disposition var "forretningsmæssigt begrundet" eller en "realitet". (Vores understregninger).

Skatteministeriet mangler også at forklare, hvordan ministeriet kan mene, at Altor II S.à.r.l. er "*rette indkomstmodtager*", jf. forelæggelseskendelsens punkt 49 [...], og at dispositionerne ikke kan tilsidesættes efter *realitetsgrundsætningen*, jf. forelæggelseskendelsens punkt 48, hvilket altså betyder, at der ikke er tale om "tomme og kunstige, skattebetingede dispositioner", og at substansen svarer til formen, jf. forelæggelseskendelsens punkt 48, samtidig med, at ministeriet hævder, at dispositionerne skal tilsidesættes, fordi de savner "forretningsmæssigt formål".

Det giver ganske enkelt ikke nogen mening.

Skatteministeriet mangler også helt grundlæggende at forklare, hvordan der overhovedet skulle kunne foreligge et misbrug, når lovgiver i forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c, har givet klart udtryk for, at indskydelsen af et cypriotisk mellemholdingselskab mellem et dansk selskab og dets moderselskab i et ikke-DBO-land og en efterfølgende udbytteudlodning via mellemholdingselskabet til selskabet i ikke-DBO-landet ikke udgør et misbrug.

Som det fremgår, findes der ikke i dansk ret almindelige principper til imødegåelse af misbrug, der rækker ud over realitetsgrundsætningen (og "rette indkomstmodtager"), og som kan føre til, at Altor II S.à.r.l. nægtes fritagelse for beskatning i henhold til rente-/royaltydirektivet.

8.4.1.4 *Sammenfattende om Skatteministeriets tre hævdede hjemler i dansk ret til imødegåelse af misbrug af rente-/royaltydirektivet; hjemlerne findes ikke*

Som det fremgår af afsnit 8.4.1.1 - 8.4.1.3 ovenfor, findes ingen af de af Skatteministeriet hævdede tre konkrete hjemler i dansk ret til imødegåelse af misbrug af rente-/royaltydirektivet.

Konklusionen er derfor - som det også fremgår af Vestre Landsrets forelæggelseskendelse - at misbrug alene kan imødegås med *realitetsgrundsætningen og princippet om "rette indkomstmodtager"*, og her er parterne enige om, at disse anti-misbrugsregler ikke kan finde anvendelse i denne sag.

Der foreligger således ikke misbrug af direktivet efter dansk ret.

8.5 *Ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet i 2015 (og forarbejderne hertil) bekræftede, at imødegåelse af misbrug af skattedirektiverne fortsat kræver national lovhjemmel*

Kommissionen offentliggjorde den 6. december 2012 "*En handlingsplan til styrkelse af bekæmpelsen af skattesvig og skatteunddragelse*", KOM(2012) 722, [...].

Forud herfor havde Kommissionen (og EU-Domstolen) i relation til misbrug af EU's retsakter mest fokuseret på, at medlemsstaternes interne anti-misbrugsregler *ikke måtte gå for vidt* i relation til at udelukke de fordele, der fulgte af EU's retsakter, jf. således KOM(2007) 785 om "*Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning - i EU og i relation til tredjelande*" [...]. Det hedder således i konklusionen i denne meddelelse [...]:

"Domstolen har afsagt en række vigtige domme på dette område, hvor den har præciseret begrænsningerne i den lovlige anvendelse af regler til bekæmpelse af skatteunddragelse. Dommene vil uden tvivl få betydelig indflydelse på de eksisterende regler, som ikke er udformet med tanke på disse begrænsninger. Det fremgår især tydeligt, at reglerne ikke må udformes alt for bredt, men skal være rettet mod situationer, hvor der ikke er nogen reel etablering, eller mere generelt, hvor der mangler et kommercielt grundlag." (Vores understregninger).

Med handlingsplanen af 6. december 2012 [...] fik piben imidlertid en anden lyd. EU meldte sig for alvor ind i kampen mod skattesvig og skatteunddragelse. Det skete samtidig med, at G20-landene og OECD påbegyndte det såkaldte *BEPS-projekt (Base Erosion and Profit Shifting)*. Der skete således på dette tidspunkt en *markant international oprustning* i kampen mod skattesvig og skatteunddragelse.

Handlingsplanen indeholder en række forslag, henstillinger og initiativer. Under overskriften "*Henstilling vedrørende aggressiv skatteplanlægning*" hedder det bl.a. [...]:

"Kommissionen henstiller ligeledes anvendelse af en generel regel om anti-misbrug. Det ville bidrage til at sikre sammenhæng og effektivitet på et område, hvor medlemsstaternes praksis varierer betragteligt.

EU-skattedirektiverne (direktiver om renter og royalties, fusioner og moder-/datterselskaber) åbner allerede for medlemsstaternes anvendelse af beskyttelsesmekanismer mod misbrug. Uden at gå imod EU's lovgivning kan medlemsstaterne bruge disse muligheder til at undgå skadelig skatteplanlægning." (Vores understregninger).

Kommissionen mente således, at der var behov for en samordnet indsats. Det hedder herom under overskriften "En gennemgang af EU's lovgivning om bekæmpelse af misbrug" [...]:

"Kommissionen vil også gennemgå bestemmelserne om bekæmpelse af misbrug i direktiverne om renter og royalties, fusioner og moder- og datterselskaber med henblik på at gennemføre de underliggende principper for Kommissionens henstilling vedrørende aggressiv skatteplanlægning."

Endelig hedder det i konklusionen [...]:

"Skattesvig og skatteunddragelse er et problem med mange facetter, som kræver et koordineret og multidimensionelt modsvar. Aggressiv skatteplanlægning er ligeledes et problem, der kræver akut opmærksomhed. Der er tale om globale udfordringer, som ingen enkelt medlemsstat kan imødegå alene.

Denne handlingsplan udpeger en række specifikke foranstaltninger, som kan blive udviklet nu og i de kommende år. Den repræsenterer også et generelt bidrag til videre international debat om beskatning og har til formål at støtte G20-landene i det løbende arbejde på dette område. Kommissionen mener, at kombinationen af disse handlingstiltag kan udgøre et vidtrækkende og effektivt modsvar til de forskellige udfordringer, som skattesvig og unddragelse udgør, og dermed bidrage til at øge retfærdigheden i medlemsstaternes skattesystemer, at sikre højst tiltrængte skatteindtægter og i sidste ende at tilskynde til et velfungerende indre marked." (Vores understregninger).

I overensstemmelse med handlingsplanen fremsatte Kommissionen den 23. november 2013 et *forslag til ændring af moder-/datterselskabsdirektivet* KOM(2013) 814 [...], der bl.a. indeholdt et forslag om en *generel anti-misbrugsregel*, som det var *obligatorisk* for medlemsstaterne at indføre i deres nationale ret. Det hedder i bemærkningerne til forslaget [...]:

"Bestemmelse om bekæmpelse af misbrug:

Af konsekvensanalysen fremgik det, at den mest effektive model vil være at opdatere de nuværende bestemmelser om bekæmpelse af misbrug i moder/datterselskabsdirektivet efter de generelle regler om bekæmpelse af misbrug, der blev foreslået i henstillingen om aggressiv skatteplanlægning fra december 2012, og gøre det obligatorisk for medlemsstaterne at vedtage den fælles bestemmelse om bekæmpelse af misbrug.

...

Endvidere vil der blive en ensartet anvendelse af EU-direktivet uden mulighed for "direktivshopping" (dvs. man undgår, at selskaber investerer gennem mellemlid i medlemsstater, hvor bestemmelsen om bekæmpelse af misbrug er mindre stringent, eller hvor der ingen regler er)." (Vores understregninger).

Det hedder endvidere i forslaget [...]:

"Bestemmelse om bekæmpelse af misbrug

Det nuværende moder/datterselskabsdirektiv giver medlemsstaterne mulighed for at anvende interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.

...

Når alle disse faktorer bliver taget i betragtning, er det klart, at et tiltag fra medlemsstaterne hver for sig ikke vil være så effektivt som et tiltag fra EU."

Samtidig med fremsættelsen af ændringsforslaget til direktivet udsendte Kommissionen et *Memo* benævnt "*Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive*" [...]. Under overskriften "*Which companies would be affected by the new proposal?*" hedder det [...]:

"Example 1: anti-abuse rule

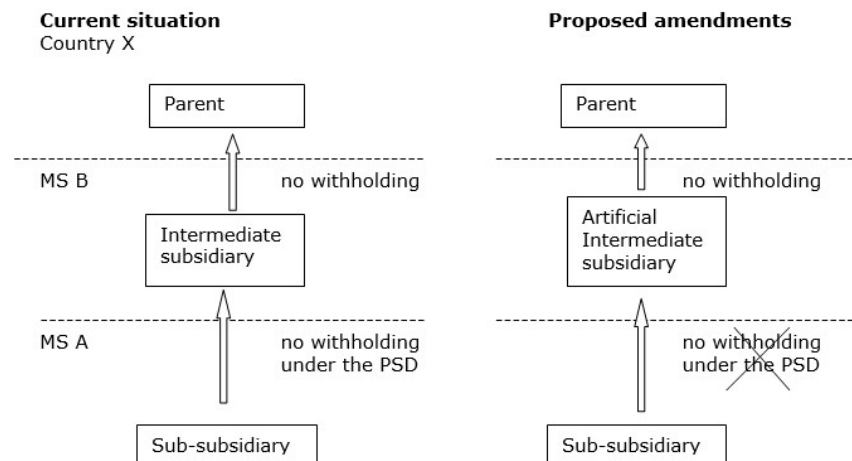
Member State A has withholding taxes on dividend payments to parent companies resident in a non-EU-country X. Member State B has no withholding taxes on dividend payments to parent companies in country X.

If a subsidiary in Member State A is owned directly from country X, there will be withholding taxes on profit distributions.

If the parent company in country X sets up an intermediate subsidiary in MS B, the withholding tax in Member State A can be avoided. Member State A cannot have withholding taxes on profit

distributions to a parent company in another Member State under the PSD.

The anti-abuse rule could be applicable in Member State A if the set-up is a wholly artificial arrangement where the essential purpose for the insertion of the intermediate company in Member State B is to avoid the withholding taxes in MS A, e.g. a letterbox company with no substance. As a consequence of the application of the anti-abuse rule, the benefits of the Directive (including the non-application of the withholding) would be denied." (Vores understregninger).



Det fremgår med al ønskelig tydelighed af eksemplet, at der efter moder-/datterselskabsdirektivet, således som det så ud før tilføjes af den obligatoriske anti-misbrugsregel i 2015 ("Current situation"), ikke var mulighed for at nægte fritagelse for kildeskat på udlodningen fra MS A til MS B - heller ikke selv om MS B måtte være et "Artificial Intermediate subsidiary".

Med Rådets vedtagelse den 27. januar 2015 af *direktiv 2015/121/EU* blev artikel 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet - som svarer til artikel 5 i rente-/royaltydirektivet - herefter ændret, således at medlemsstaterne blev *forpligtet* til at implementere den generelle anti-misbrugs klausul.

Det hedder i ændringsdirektivets præambel bl.a. [...]:

"(2) Det er nødvendigt at sikre, at direktiv 2011/96/EU ikke misbruges af skatteydere, der er omfattet af dets anvendelsesområde.

(3) Nogle medlemsstater anvender interne bestemmelser eller overenskomster, der tager sigte på at imødegå skatteunddragelse,

skattesvig og misbrug på en generel eller mere specifik måde. (4) Disse bestemmelser kan imidlertid have forskellige grader af streng-
hed og er under alle omstændigheder udformet til at afspejle de sær-
lige forhold i den enkelte medlemsstats skattesystem. Endvidere er
der medlemsstater, som ikke har interne bestemmelser eller
overenskomster til at hindre misbrug.

(5) Derfor vil indførelsen af en fælles minimumsregel om bekæmpel-
se af misbrug i direktiv 2011/96/EU være af stor nytte med henblik på
at hindre misbrug af dette direktiv og sikre større sammenhæng i
anvendelsen heraf i de forskellige medlemsstater.

...

(9) Dette direktiv bør på ingen måde berøre medlemsstaternes mu-
lighed for at anvende deres interne bestemmelser eller overenskom-
ster, der tager sigte på at hindre skatteunddragelse, skattesvig eller
misbrug." (Vores understregninger).

Ændringsdirektivets artikel 1 er sålydende [...]:

"I direktiv 2011/96/EU erstattes artikel 1, stk. 2, af følgende stykker:

"2. Medlemsstaterne giver ikke de fordele, der er ved dette direktiv,
til arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med
hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en
skattefordel, som virker mod indholdet af eller formålet med dette
direktiv, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante
faktiske forhold og omstændigheder.

Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

3. Med hensyn til stk. 2 betragtes arrangementer eller serier af arran-
gementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af vel-
begrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske
virkelighed.

4. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne be-
stemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre
skatteunddragelse, skattesvig og misbrug."" (Vores understregninger).

Ved lov nr. 540 af 29. april 2015 implementerede Folketinget dette ændre-de
moder-/datterselskabsdirektiv, men ikke nok med det slog Folketinget flere fluer
med ét smæk, idet lovgiver indførte en helt ny generel anti-misbrugsregel som
ligningslovens § 3 [...]. Den danske lovgiver benyttede

sig altså af lejligheden til ikke blot at lade bestemmelsen gælde for moder-/datterselskabsdirektivet, men også for rente-/royaltydirektivet og fusions-skattedirektivet. Der er også i ligningslovens § 3, stk. 2, indsat en generel anti-misbrugsregel vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Loven trådte i kraft med virkning for transaktioner fra og med den 1. maj 2015.

Som det fremgår, har Kommissionen, Rådet og Europa-Parlamentet stede forudsat, at imødegåelse af misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet og rente-/royaltydirektivet kræver national hjemmel i den medlemsstat, som påberåber sig misbruget. Dette fremgår (for så vidt angår moder-/datterselskabsdirektivet) direkte af *ordlyden* af den indtil 2015 gældende bestemmelse i direktivets artikel 1, stk. 2 - og rente-/royaltydirektivets artikel 5 - der begge indeholder en *bemyndigelse* til medlemsstaterne til at indføre anti-misbrugsregler, ligesom det er bekræftet af EU-Domstolen i *Kofoed-sagen (C-321/05)* For perioden efter den 1. maj 2015 fremgår det nu af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 - 4, samt af ligningslovens § 3.

For Danmark betyder det, at skattemyndighederne indtil 2015 havde to instrumenter til rådighed til imødegåelse af misbrug: realitetsgrundsætningen og princippet om "rette indkomstmodtager". Fra den 1. maj 2015 kan Danmark *tillige* anvende den obligatoriske misbrugsregel i ligningslovens § 3.

Set fra EU's side betyder det, at EU-lovgiver har sikret sig, at samtlige medlemsstater fra 2015 har fået implementeret den efter EU-lovgivers opfattelse ideelle anti-misbrugsregel vedrørende rente/royaltydirektivet.

Blot for fuldstændighedens skyld bemærkes, at Rådet den 12. juli 2016 vedtog *direktiv (EU) 2016/1164 (det såkaldte skatteundgåelsesdirektiv)*, der bl.a. indeholder en *generel anti-misbrugsregel* (artikel 6), svarende til den nye anti-misbrugsregel i moder-/datterselskabsdirektivet, men som gælder på alle områder. Reglen er implementeret i Danmark ved en ændring af ligningslovens § 3.

Skatteundgåelsesdirektivet indeholder bl.a. en forpligtelse for medlemsstaterne til at forhindre såkaldte hybride mismatches vedrørende låneforhold, dvs. den situation hvor der er rentefradrag i debitorlandet, mens der ikke sker beskatning i kreditorlandet, som følge af forskellige kvalifikationer af det pågældende lån.

De endelige rapporter om de 15 OECD-tiltag til bekæmpelse af BEPS blev offentliggjort den 5. oktober 2015, og der er efterfølgende gennemført et stort antal initiativer både i OECD- og EU-regi.

Den af G20/OECD og EU drevne proces rettet mod internationalt misbrug af skatteregler i det seneste årti har ikke blot ført til vedtagelsen af et stort antal nye anti-misbrugsregler, men har også ændret den politiske holdning til, hvornår der i det hele taget foreligger et misbrug.

Det er derfor vigtigt at gøre sig klart, at spørgsmålet om, hvorvidt der på et givent tidspunkt har foreligget misbrug, skal vurderes i forhold til forståelsen af de anti-misbrugsregler, der var gældende på det pågældende tidspunkt.

8.6 Det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug kan ikke tillægges virkning over for danske borgere

8.6.1 Baggrund

Vestre Landsret stillede i nærværende sag flere end 15 spørgsmål til EU-Domstolen.

Generaladvokat Kokott, der også var generaladvokat i *Kofoed-sagen* (C-321/05), foreslog, at alle væsentlige spørgsmål i overvejende grad skulle besvares i *Alfa Lavals* favør, mens *EU-Domstolen* tilnærmelsesvis kom til det modsatte resultat.

Spørgsmål 2 drejede sig om, hvorvidt imødegåelse af misbrug af rente-/royaltydirektivet kræver national hjemmel i medfør af direktivets artikel 5.

Generaladvokat Kokott foreslog i sin udtalelse af 1. marts 2018 - i overensstemmelse med *EU-Domstolens* besvarelse af det tilsvarende spørgsmål i *Kofoed-dommen* - at spørgsmålet skulle besvares med, at der kræves national hjemmel [...]:

"Spørgsmål 2 skal besvares således, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig artikel 5 i direktiv 2003/49, hvis den pågældende stat ikke har gennemført denne bestemmelse." (Vores understregninger).

EU-Domstolen kom i sin dom af 26. februar 2019 - højst overraskende - til det stik modsatte resultat, nemlig at der ikke kræves national hjemmel, jf. domskonklusionens punkt 2 [...]:

"Det generelle EU-retlige princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skal fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole i tilfælde af svig eller misbrug skal nægte en skattepligtig person indrømmelsen af den fritagelse for kildeskat for enhver form for skat af rentebetalinger, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2003/49, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse." (Vores understregninger).

Som det kan ses, støtter Domstolen sit resultat på, at der skulle gælde et *generelt EU-retligt princip om forbud mod misbrug*, der kan *anvendes direkte over for borgerne*

Generaladvokaten havde i sin udtalelse, punkt 103 [...], afvist, at det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug kunne påberåbes direkte over for borgerne, men heri var EU-Domstolen altså ikke enig.

Generaladvokaten havde gjort nøjagtigt det samme synspunkt om afvisning af det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug gældende i sin udtalelse i Kofoed-sagen, punkt 66 og 67 [...], men på daværende tidspunkt fulgte EU-Domstolen altså generaladvokaten.

Det er således en kendsgerning, at EU-Domstolen i sin dom af 26. februar 2019 i nærværende sag har underkendt Kofoed-dommen og dermed ændret praksis med tilbagevirkende kraft - i hvert fald til 2005.

Alfa Laval gør gældende, at det nævnte princip ikke kan anvendes over for Alfa Laval, eftersom EU-Domstolen ikke har kompetence til at træffe denne afgørelse, da Danmark ikke har afgivet suverænitet hertil.

8.6.2 Nærmere om EU-Domstolens dom af 26. februar 2019

EU-Domstolens konklusion er resultatet af en længere argumentationsrække i præmisserne.

EU-Domstolen starter med i præmis 96 at fastslå [...], at det *"følger ... af fast retspraksis, at der findes et almindeligt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug"*. (Vores understregning).

Det fremgår videre af præmis 97, at "*Det påhviler borgerne at overholde dette almindelige retsprincip*". (Vores understregning).

Domstolen fastslår herefter misbrugsprincippet indhold i præmis 98:

"Det følger således af dette princip, at en medlemsstat skal nægte at indrømme fordelene i EU-retlige bestemmelser, såfremt disse ikke er blevet påberåbt med henblik på at gennemføre målene med disse bestemmelser, men med henblik på at drage nytte af en EU-retlig fordel, selv om betingelserne for indrømmelse af denne fordel alene er opfyldt formelt." (Vores understregning).

Ifølge præmis 101 "*udgør princippet om forbud mod misbrug et generelt EU-retligt princip, som finder anvendelse uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt de rettigheder og fordele, der er blevet misbrugt, har hjemmel i traktaterne, i en forordning eller i et direktiv ...*". (Vores understregninger).

Dette "generelle EU-retlige princip" er altså frit i luften svævende, har en højere retskildeværdi end selv traktaterne og kræver ikke forankring i national ret. En konkret anvendelse af princippet beror således ikke på en fortolkning af den relevante retsakt, men alene på princippet eksistens og højere rang, der så at sige går forud for indholdet af retsakten. Princippet er skabt af EU-Domstolen og kan kun fortolkes af EU-Domstolen, jf. domskonklusionen ovenfor.

I præmis 102 nævner Domstolen, at det generelle forbud mod misbrug er blevet anvendt med direkte virkning over for borgerne inden for *momsretten*, og Domstolen henviser til de to velkendte præjudikater *Italmoda (C-131/13 m.fl.)* [...] og *Cussens m.fl. (C-251/16)* [...].

Ifølge EU-Domstolen gælder princippet imidlertid også for de (få) direktiver, der findes på området for de *direkte skatter* (der ikke er harmoniseret), og dette gælder, selv om disse direktiver udtrykkeligt forudsætter, at misbrug kun kan imødegås, hvis der er hjemmel hertil i national ret. Det hedder således i præmis 104:

"104. Selv om artikel 5, stk. 1, i direktiv 2003/49 bestemmer, at direktivet ikke udelukker anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug, kan denne bestemmelse ikke fortolkes således, at den udelukker anvendelsen af det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug, som er omtalt i nærværende doms præmis 96-98. De transaktioner, som af SKAT hævdes at være udtryk for misbrug, er nemlig

omfattet af EU-rettens anvendelsesområde ... og kan vise sig at være uforenelige med det formål, som dette direktiv forfølger." (Vores understregning). (Vores understregninger).

Eller sagt på en anden måde. Det generelle EU-retlige princip overtrumfer indholdet af den konkrete retsakt.

På den anførte baggrund konkluderer Domstolen i præmis 111 [...]:

"111. I forhold til det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug og nødvendigheden af at overholde dette princip inden for rammerne af gennemførelsen af EU-retten er det uden betydning for de nationale myndigheders forpligtelse til at nægte at indrømme de i direktiv 2003/49 fastsatte rettigheder, der påberåbes for at muliggøre svig eller misbrug, at der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige anti-misbrugsbestemmelser." (Vores understregninger).

De efterfølgende præmisser, 112-120, indeholder Domstolens forsøg på at bortforklare, at *Kofoedsagen (C-321/05)* [...], hvor Domstolen kom til det modsatte resultat, nemlig at der kræves national hjemmel, skulle have betydning for udfaldet af nærværende sag.

Lad det være sagt med det samme. Det lykkes ikke, og Domstolen ender da også med at kaste håndklædet i ringen. Det *kan* nemlig *ikke* bortforklares.

Domstolen starter i præmis 114 med loyalt at referere, at *retssikkerhedsprincippet* var meget afgørende for udfaldet af Kofoed-sagen:

"114. Domstolen bemærkede ganske vist i præmis 42 i dom af 5. juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C2007:408), at retssikkerhedsprincippet er til hinder for, at direktiver i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, og at de derfor ikke som sådan kan påberåbes af medlems-staten over for borgerne." (Vores understregning).

Domstolen forsøger at komme uden om denne tidligere begrundelse ved at foretage en semantisk omskrivning af problemstillingen. Det hedder således i præmis 119, at nægtelsen af en fordel i henhold til et direktiv ikke (længere) indebærer, at den berørte borger pålægges en forpligtelse i med-før af dette direktiv, "*men er blot en konsekvens af konstateringen af, at de objektive betingelser for opnåelsen af den tilstræbte fordel, som er fastsat i det nævnte direktiv for så vidt angår denne ret, alene er opfyldt formelt ...*".

Hokus pokus. På denne måde er en *forpligtelse* for borgeren blevet til en *manglende opfyldelse af en betingelse*. Men problemet er og bliver jo nøjagtigt det samme for borgeren. Borgeren kender ikke betingelserne (dvs. indholdet af anti-misbrugsreglerne). De fremgår stadig ikke af national ret, men svæver (nu) i et generelt EU-retligt princip, der end ikke kan aflæses i direktivet. De *retssikkerhedsmæssige betæneligheder* er altså de samme - eller faktisk endnu større ved et generelt EU-retligt princip.

Denne begrundelse for at forlade den tidligere praksis forekommer ikke overbevisende, og i mangel af bedre argumenter har Domstolen da også valgt at helgardere sit synspunkt i præmis 117:

"117. Selv hvis det i hovedsagerne skulle vise sig, at national ret ikke indeholder regler, der kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 2003/49, kan det - uanset hvad Domstolen udtalte i dom af 5. juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408) - imidlertid ikke heraf udledes, at de nationale myndigheder og domstole er forhindret i at nægte at indrømme den fordel, der følger af den ret til fritagelse, der er fastsat i dette direktivs artikel 5, i tilfælde af svig eller retsmisbrug ..." (Vores understregning).

Der kan således ikke peges på nogen anden troværdig begrundelse for, at EU-Domstolen har ændret praksis, end at Domstolen - under indtryk af den moralske oprustning fra OECD's og EU's side siden 2012 - har *fortrudt Kofoed-dommen*. Til gengæld har EU-Domstolen samtidig *tilsidesat ethvert hensyn til retssikkerheden* for EU's borgere.

Se således f.eks. *Niels Winther-Sørensen* i SR.2019.174 [...]:

"EU-Domstolen må således nu anses at have forladt den udtalelse, der så klart blev formuleret i Kofoed-dommen.

...

Man må således bl.a. forstå EU-Domstolens argumentation således, at Domstolen, hvis et sagsforhold som i Kofoed-sagen i dag skulle afgøres, ville udtale, at man skulle nægte Kofoed retten til at påberåbe sig fusionsskattedirektivet, selv om der ikke var gennemført nationale regler om svig og misbrug."

8.6.3 Reaktionen på dommen - overraskelse og kritik

EU-Domstolens dom af 26. februar 2019 er selvsagt kommet som en *kæmpe overraskelse* for alle. Ingen vidste, at der eksisterede et *generelt EU-retligt princip om forbud mod misbrug, som var direkte anvendeligt over for borgerne, på*

området for de direkte skatter (hvad der heller ikke gjorde før afsigelsen af dommen).

Kommissionen var således uvidende om dette princip. Hvis princippet havde været gældende, havde det jo ikke været nødvendigt for Kommissionen at foreslå indsættelsen af en obligatorisk generel antimisbrugsklausul i rente-/royaltydirektivet i 2015. Også eksemplet i Kommissionens memo af 25. november 2013 [...] forudsatte, at der ikke gjaldt et sådant princip. Tilsvarende havde det heller ikke været nødvendigt at indsætte en generel antimisbrugsklausul i skatteundgåelsesdirektivet i 2016.

Af samme grund foreslog Kommissionen også i sit indlæg, at Domstolen skulle besvare spørgsmål 2 i overensstemmelse med *Kofoed-dommen* [...].

EU's lovgiver -*Rådet og Parlamentet* - der vedtog disse direktiver, var tilsvarende uvidende om det generelle uskrevne princip.

Generaladvokat Kokott, som også var generaladvokat i *Kofoed-sagen*, kendte heller ikke til eksistensen af dette princip med det ovennævnte indhold. Hun foreslog derfor Domstolen at følge *Kofoed-sagen* og frarådede Domstolen at udvide princippet til området for de direkte skatter [...].

Heller ikke *Landsskatteretten* kendte til det nye princip og forlod sig derfor i sin afgørelse i *NetAppsagen* [...] (og i udbytteskattesagerne generelt) på *Kofoed-dommen*.

Både den danske og den internationale litteratur har været overrasket og kritisk over for dommen.

Se således f.eks. *Erik Banner-Voigt* i RR.2019.7.58 [...]:

"Det er derimod overraskende, at Domstolen vurderer, at der før vedtagelsen af misbrugsbestemmelserne [i moder-/datterselskabsdirektivet i 2015 og skatteundgåelsesdirektivet i 2016] fandtes en generel misbrugsbestemmelse i EU-retten, som de nationale skattemyndigheder kan støtte ret på uden national hjemmel. Domstolen synes at tilsidesætte retssikkerhedsmæssige overvejelser for at nå til dette resultat, og præmisserne viser også Domstolens vanskeligheder ved at forklare tidligere retspraksis, eksempelvis afgørelsen i *Kofoed-dommen*."

Haslehner og Kofler skriver i *Kluwer International Tax Blog* om Domstolens introduktion af det nye princip [...]:

"This finding is not only an unwelcome surprise, it also rests on a weak doctrinal foundation and may only be explained on account of the specificities of Danish legislation."

Om *Kofoed-dommen* skriver *Haslehner og Kofler* [...]:

"The Court's precedence in *Kofoed* has made it (seemingly) clear that national tax authorities are precluded from relying directly, against a taxpayer, on the anti-abuse reservation of Art 15 of the Merger Directive (unless there is some way to interpret Danish law to that effect)."

Det hedder hos *Joachim Englisch* i *Common Market Law Review* under overskriften "*The Danish tax avoidance cases: New milestones in the Court's anti-abuse doctrine*" [...]:

"The Danish cases are landmark rulings, also because the court unambiguously held the general principle of prohibition of abuse of EU law to be directly applicable, irrespective of the nature of EU law that is allegedly being abused.

...

However, the author finds the reasoning of the Court regarding direct applicability of the general principle in the context of EU directives, as is at issue in the six Danish cases, unconvincing on several grounds."

Det er vanskeligt at forstå, hvad der har motiveret Domstolen til at foretage praksisændringen.

På tidspunktet for afsigelsen af dommen i 2019 havde *EU-lovgiver* for længst indført de af EU ønskede generelle anti-misbrugsregler, såvel i moder-/datterselskabsdirektivet (2015) som i skatteundgåelsesdirektivet (som gældende for også renter) (2016).

Domstolen føjede således ikke noget til retsstillingen, som ikke allerede gjaldt i henhold til disse regler - bortset fra den *tilbagevirkende kraft*. Det er vel derfor også et realistisk bud, at Domstolen foretog praksisændringen, fordi det af forelæggelseskendelsens punkt 48 og 50 fremgik, at parterne var enige om, at de i 2006-2007 til rådighed værende nationale misbrugsregler - realitetsgrundsætningen og princippet om "rette indkomstmodtager" - førte til, at der ikke forelå noget misbrug efter dansk ret. Kun ved at give dommen tilbagevirkende kraft kunne Domstolen således komme Skatteministeriet til undsætning.

Der findes næppe noget nationalt retssystem i den civiliserede verden, der vil acceptere, at en praksisændring kan have op mod 12 års tilbagevirkende kraft.

EU-Domstolen roser da normalt også sig selv af *retssikkerhedsprincippet*. Det har blot ikke fundet anvendelse i disse sager. Tværtimod.

Der er tale om *retsskabende (politisk) virksomhed* fra EU-Domstolens side. Domstolen har selv fundet på "det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug", bestemmer selv rækkevidden heraf, er den eneste domstol, der kan fortolke princippet og - viser det sig nu - kan give princippet tilbagevirkende kraft efter forgodtbefindende. Den demokratiske proces er kortslettet. Såvel EU-lovgiver som den danske lovgiver er koblet af processen, og de danske domstole er forpligtede til at eksekvere EU-Domstolens dom, hvis indhold ligger milevidt fra *legalitetsprincippet* og *Grundlovens § 43*. Hvis det da ellers står til EU-Domstolen.

Læg hertil, at Domstolen overhovedet ikke har interesseret sig for den danske lovgivning om begrænset skattepligt for udbytter og renter (SEL § 2, stk. 1, litra c og litra d) og forarbejderne til navnlig litra c. Det er nemlig - efter EU-Domstolens opfattelse - fuldstændigt ligegyldigt, hvordan retsstillingen var i Danmark i 2006-2007. De danske domstole skal blot rette ind efter, hvordan EU-Domstolen i dag (efter dens praksisændring i 2019) mener, at retsstillingen burde have været i Danmark i 2006 og 2007.

Bortset fra de danske skattemyndigheders opstart af "beneficial owner"-sagerne i 2008 baseret på en praksisændring, der fandt sted med den første afgørelse i dette sagskompleks ultimo 2008 (og tidligst med offentliggørelse i 2010), og som er i strid med forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c - og dermed litra d - er EU-Domstolens afgørelse i disse sager det *største overgreb* over for de berørte virksomheder, der har fundet sted i hele dette sagskompleks.

Hverken den danske stat eller virksomhederne har haft nogen mulighed for at indrette sig efter det, der af EU-Domstolen i dag hævdes at skulle være gældende EU-ret tilbage i 2006 og 2007.

8.6.4 De danske domstole er ikke forpligtede til at følge EU-Domstolens pålæg

Spørgsmålet er herefter, om de danske domstole er forpligtede til at følge EU-Domstolens pålæg om at anvende det omhandlede uskrevne "generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug".

Dette spørgsmåls besvarelse henhører ikke under *EU-Domstolens* kompetence, som ellers forudsat af Domstolen i præmis 110 og 111.

Der er derimod tale om et dansk forfatningsretligt spørgsmål om, hvorvidt Danmark har afgivet suverænitet til, at EU-Domstolen kan fastsætte et sådant "generelt EU-retligt princip", der svæver over og har prioritet forud for alle vedtagne EU-retlige normer, og som skal have direkte virkning for borgerne, og dette spørgsmål kan alene afgøres af de *danske domstole*.

Spørgsmålet er, om det er i orden, at EU-Domstolen - i strid med direktivets ordlyd - forsøger at kaste en "redningskrans" til de medlemsstater, der ikke måtte have vedtaget (efter Domstolens opfattelse) "tilstrækkelige" nationale anti-misbrugsregler. Det er det naturligvis ikke.

Realiteten er nemlig, at Domstolen herved tiltager sig en kompetence, der tilkommer det danske folketing, og som fuldstændigt forrykker balancen mellem EU-Domstolen og de nationale domstole, og dette sker alene på bekostning af borgerne, som efterlades retsløse, fordi de ikke har mulighed for at forudse deres retsstilling.

Samtidig kortslutter EU-Domstolen ved at indføre et sådant "generelt EU-retligt princip" den demokratiske lovgivningsproces i EU.

Det følger af *Højesterets dom i U.2017.824H (Ajos-dommen)* [...], at et uskrevet generelt EU-retligt princip - i den nævnte sag det generelle EU-retlige ligebehandlingsprincip - ikke kan tillægges virkning over for en borger, medmindre der er udtrykkelig hjemmel hertil i den danske tiltrædelseslov, hvilket der ikke var.

Alfa Laval gør gældende, at heller ikke det i nærværende sag omhandlede uskrevne generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug kan tillægges virkning over for en borger, eftersom der ikke er udtrykkelig hjemmel hertil i den danske tiltrædelseslov.

8.6.4.1 *Generelt om direktiver*

Det fremgår af TEUF artikel 288, at et *direktiv* er rettet til medlemsstaterne [...]:

"Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen."

Det følger heraf, at et direktiv alene kan finde anvendelse over for en dansk borger i den form, som det er implementeret i dansk ret. Borgeren skal altså kunne aflæse sin retsstilling i dansk ret.

Det følger også heraf, at et direktiv *ikke* kan skabe *forpligtelser* for borgerne. Justitsministeriet har i en redegørelse af juli 1972 for visse statsretlige spørgsmål udtrykt det således [...]:

"Direktiver og beslutninger rettet til medlemsstaterne vil derfor i det højeste kunne give borgerne umiddelbare rettigheder. De kan aldrig medføre umiddelbare pligter for borgerne." (Vores understregninger).

EU-Domstolen har i flere domme udtrykt det således, *"at retssikkerhedsprincippet er til hinder for, at direktiver i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, og at de derfor ikke som sådan kan påberåbes af medlemsstaten over for borgerne"*, jf. således bl.a. *Kofoed-dommen* præmis 42 [...].

Det samme må så meget desto mere gælde et *uskrevent "generelt EU-retligt princip"*, som svæver over direktiverne. Når EU-Domstolen har foretaget en semantisk omskrivning af denne problemstilling til, at nægtelsen af en fordel i denne situation blot er *"en konsekvens af konstateringen af, at de objektive betingelser for opnåelsen af den tilstræbte fordel ... alene er opfyldt formelt"*, er der tale om et skinargument. Det afgørende for retssikkerhedsvurderingen er, om borgeren har haft mulighed for at kende sin retsstilling, og her er borgeren endnu værre stillet i relation til et uskrevent "generelt EU-retligt princip".

Det fremgår af TEUF artikel 289, stk. 1, at et direktiv vedtages af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab på forslag af Kommissionen [...].

Derimod hører det under EU-Domstolens kompetence at fortolke et direktiv, jf. TEUF artikel 267 [...].

8.6.4.2 *Der er ikke tale om en fortolkning af rente-/royaltydirektivet*

Skatteministeriet gør gældende, at Domstolen blot har udnyttet sin kompetence til at *fortolke* rente/royaltydirektivet i medfør af TEUF artikel 267.

Heri er Alfa Laval ikke enig. Domstolen har derimod udviklet et selv-stændigt, uskrevent *"generelt EU-retligt princip, som finder anvendelse uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt de rettigheder og fordele, der er blevet mis-*

brugt, har hjemmel i traktaterne, i en forordning eller i et direktiv ...", jf. præmis 101 [...].

En konkret anvendelse af princippet beror således ikke på en *fortolkning* af den relevante retsakt, men alene på *princippets eksistens og højere rang* der så at sige går forud for indholdet af retsakten. Det konkrete indhold af rente-/royaltydirektivet har derfor ikke haft nogen som helst betydning for princippets anvendelse. Dette bekræftes også af domskonklusionen (punkt 2), hvoraf det fremgår, at det er *"det generelle EU-retlige princip"* - og ikke direktivet - der *"fortolkes"* [...].

Når Domstolen har introduceret det generelle EU-retlige princip skyldes det ganske givet, at Domstolen har erkendt, at en fortolkning af direktivet ikke kunne føre til det ønskede resultat. Eller sagt på en anden måde: direktivfortolkningen i Kofoed-sagen var korrekt. For at nå det ønskede resultat har Domstolen derfor måttet ty til et "generelt EU-retligt princip", der er højere rangerende end direktivet.

På denne måde har Domstolen bevæget sig ind på EU-lovgivers kompetenceområde. Dette er særligt tydeligt i denne sag, hvor EU-lovgiver i 2015 indsatte en generel anti-misbrugsregel i moder-/datterselskabsdirektivet og i 2016 indsatte en tilsvarende generel anti-misbrugsregel (for alle andre områder af EU-retten) i skatteundgåelsesdirektivet. Domstolen har således med sin dom alene tilføjet den *tilbagevirkende kraft* af disse regler til 2005, hvilket Domstolen åbenbart ikke har fundet var i strid med retssikkerhedsprincippet.

8.6.4.3 *Danmark har ikke overladt suveræniteten til EU-Domstolen til at fastsætte et misbrugsprincip med direkte virkning for borgerne - Højesterets dom i Ajos-sagen*

Det hedder i Højesterets præmisser i *Ajos-sagen* om spørgsmålet om, hvorvidt en EU-retlig regel kan tillægges virkning for borgerne bl.a. [...]:

"Om en EU-retlig regel kan tillægges den virkning i dansk ret, som EU-retten kræver, beror i første række på loven om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union.

Efter lovens § 2 kan beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, udøves af Den Europæiske Unions institutioner i det omfang, det er fastsat i de traktater mv., som er nævnt i § 4. Efter § 3 sættes bestemmelserne i de traktater mv., som er nævnt i § 4, i

kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark.

...

En sådan situation, hvor et princip på traktatniveau efter EU-retten skal have direkte (pligtskabende) virkning og tillægges forrang for modstående dansk lov i en tvist mellem private, uden at princippet har grundlag i nogen bestemt traktatbestemmelse, er ikke forudset i tiltrædelsesloven.

På den baggrund finder vi, at der ikke er grundlag for at fastslå, at det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder ... ved tiltrædelsesloven er gjort umiddelbart anvendeligt i Danmark.

...

Sammenfattende finder vi herefter, at tiltrædelsesloven ikke indeholder hjemmel til i en tvist mellem private at lade det uskrevne princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i det omfang bestemmelsen er i strid med forbuddet.

Hvis Højesteret i denne situation skulle undlade at anvende bestemmelsen, ville Højesteret handle uden for rammerne af sin beføjelse som dømmende magt." (Vores understregninger).

Som det fremgår, kan et generelt EU-retligt princip kun have direkte virkning for danske borgere, hvis Danmark i tiltrædelsesloven har afgivet suverænitet efter Grundlovens § 20 til, at dette kan ske.

Det gøres gældende, at heller ikke "det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug" er forudset i tiltrædelsesloven, og at dette princip derfor ikke har direkte virkning over for borgerne. Af samme grund kan Vestre Landsret se bort herfra.

Det bemærkes i øvrigt i denne sammenhæng, at Danmark ikke har overladt suverænitet til EU siden tiltrædelsen af Amsterdam-traktaten i 1998.

I øvrigt gøres det gældende, at *bevisbyrden* for, at Danmark har afgivet suverænitet til EU til at vedtage dette princip med direkte virkning for borgerne, påhviler den danske stat.

8.6.4.4 Der foreligger en "contra legem"-situation

Skatteministeriet gør i dette sagskompleks gældende, at nærværende sager adskiller sig fra Ajossagen, fordi der ikke i nærværende sag foreligger en "contra legem"-situation. Ministeriet mener således, at der kan anlægges en fortolkning af SEL § 2, stk. 1, litra c (og dermed af SEL § 2, stk. 1, litra d), der er i overensstemmelse med både skattedirektiverne og det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug, og synes at mene, at den simple henvisning i lovbestemmelserne til, at skattepligten ikke gælder, hvis beskatningen skal frafalde efter direktiverne, betyder, at den hvilken som helst fortolkning af direktiverne eller EU-retten herved skal lægges til grund.

Alfa Laval er ikke enig heri. Der foreligger også i nærværende sag en "contra legem"-situation, og i øvrigt drejer det sig ikke blot om, hvorledes SEL § 2, stk. 1, litra d, skal fortolkes. Temaet er derimod, om en direkte anvendelse af det nævnte princip, vil påføre borgerne *forpligtelser*, som de efter dansk ret ikke allerede har - altså om borgerne vil blive *stillet ringere* end efter dansk ret, hvis princippet finder anvendelse. Dette beror ikke blot på en fortolkning af SEL § 2, stk. 1, litra d (under hensyntagen dens forarbejder), men også på rækkevidden af de danske anti-misbrugsregler tilbage i 2006.

Det er nødvendigt at se på direktivet og det EU-retlige princip hver for sig.

Der er ubestrideligt, at Danmark har foretaget en implementering af direktivet, der var (og fortsat er) korrekt, hvilket blev bekræftet af *Kofoeddommen* i 2007. Parterne er således enige om, at der i dansk ret findes sådanne regler til imødegåelse af misbrug, som der henvises til i direktivets artikel 5 (nemlig *realitetsgrundsætningen* og *princippet om "rette indkomstmottager"*), og at disse regler konkret fører til, at der ikke foreligger et misbrug efter dansk ret, jf. forelæggelseskendelsens punkt 47-50 [...]. Det er også en kendsgerning, at det af forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c, i 2001 - og dermed tillige vedrørende litra d i 2004 - udtrykkeligt fremgår, at lovgiver mente, at disse anti-misbrugsregler var tilstrækkelige, og at etableringen af gennemstrømningsselskaber ikke udgjorde et misbrug.

For så vidt angår det EU-retlige princip, som Domstolen har introduceret, forholder det sig anderledes. Hvis en direkte anvendelse af dette misbrugsprincip over for borgerne med tilbagevirkende kraft til 2006 måtte føre til det resultat, at der - stadig tilbage i 2006 - forelå misbrug, vil der være tale om en "contra legem"-situation, fordi de danske regler og den danske praksis på dette tidspunkt klart førte til, at der ikke forelå misbrug, og heller ikke vil kunne fortolkes anderledes på grundlag af det EU-retlige

misbrugsprincip, som er udviklet 13 år efter. I givet fald ville der altså blive indført en forpligtelse for borgerne, der ikke fulgte af dansk ret - en ændring af retstilstanden.

Der foreligger altså en "contra-legem" situation i forhold til det EU-retlige misbrugsprincip, hvis dets anvendelse måtte føre til, at der foreligger et misbrug. De danske domstole skal derfor blot undlade at lægge dette princip til grund.

Det udgør et selvstændigt forfatningsretligt problem, at dette princip slet ikke gjaldt i 2007. Også af denne grund, skal de danske domstole undlade at lægge princippet til grund.

8.6.4.5 Konklusion

Som ovenfor nævnt, har Danmark ikke overladt suveræniteten til EU-Domstolen til at fastsætte et generelt misbrugsprincip med direkte virkning over for borgerne.

Allerede af denne grund skal de danske domstole undlade at lægge dette princip til grund.

Samme resultat følger af *retssikkerhedsprincippet*. Ifølge dette princip skal en dansk borger kunne regne med, at de regler, der gælder for borgeren i henhold til et givent direktiv, fremgår af dansk ret, og ikke af et uskrevent generelt EU-retligt princip, som ikke er en del af dansk ret, og som borgeren ikke har haft mulighed for at indrette sig efter.

Dette gælder så meget desto mere, når det generelle EU-retlige princip *strider mod ordlyden af direktivet*, og når hverken generaladvokaten, Kommissionen eller EU-lovgiver kendte til eksistensen af dette princip.

En anvendelse af misbrugsprincippet vil også være i strid med *legalitetsprincippet* i dansk ret og *grundlovens § 43*.

Niels Fenger og Morten Broberg har i U.2020B.277 kommenteret Ajos-dommen således [...]:

"Det er dog vanskeligt at sige sig fri for en klar fornemmelse af, at Højesterets fortolkning af tiltrædelsesloven skete i lyset af en grundlæggende retsideologisk uenighed med EU-Domstolen med hensyn til sidstnævntes bemærkelsesværdige evne til at "opdage" uskrevene retsgrundsætninger. ... Selv om det ikke fremgår af Højesterets

præmisser, er det næppe en urimelig antagelse, at Højesteret navnlig har været påvirket af en generel modvilje mod, at private skulle kunne pålægges pligter, som de private retssubjekter ikke kunne have forudset på handlingstidspunktet. ... Endvidere har højesterets-Dommer bemærket, at Højesterets fortolkning af tiltrædelsesloven var præget af et synspunkt om, at:

"no-one in the Danish legislature (or society at large) had ever, nor could have imagined even in their wildest fantasies that the CJEU would think of making a principle not enshrined in any Treaty provision create obligations for private citizens by requiring it to take precedence over contravening national law in disputes between individuals. In other words, no-one had ever thought it possible or even given it a thought that the CJEU would in effect draft an addendum to the Treaty, as it were, despite TFEU Article 19 and not allowing for the EU principle of legal certainty to play any role when deciding whether to apply the non-discrimination principle directly and horizontally." (Vores understregninger).

På den anførte baggrund gøres det gældende, at de danske domstole skal bortse fra EU-Domstolens pålæg om at nægte fritagelse efter direktivet, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse.

8.6.5 Østre Landsrets domme af 3. maj 2021 og 25. november 2021

Nærværende spørgsmål om, hvorvidt de danske domstole er forpligtede til at følge EU-Domstolens pålæg om at anvende det omhandlede uskrevne "generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug" - som netop redegjort for i detaljer - var i sagens natur undergivet samme intensive behandling i de to første "beneficial owner"-sager i dette sagskompleks, TDC- og NetApp-sagerne, vedrørende udbytter (moder-/datterselskabsdirektivet), og hvor Østre Landsret afsagde dom den 3. maj 2021.

I dommen hedder det om dette spørgsmål [...]:

"Skatteministeriet har gjort gældende, at NetApp Cypern ikke kan påberåbe sig skattefritagelse efter moder-/datterselskabsdirektivet, fordi der foreligger retsmisbrug. Skatteministeriets anbringende rejser spørgsmål om fortolkning af moder-/datterselskabsdirektivet.

I EU-Domstolens (Store Afdeling) dom af 26. februar 2019 i denne sag og sag B-2173-12, forenede sager C-116/16 og C-117/16, udtaler Domstolen, at det generelle EU-retlige princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skal fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole i tilfælde af svig eller misbrug skal nægte en skattepligtig person indrømmelsen af den fritagelse for kil-deskat af udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab ... selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse.

Landsretten bemærker indledningsvist, at kompetencen til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten henhører under EU-Domstolen, jf. TEUF artikel 267.

NetApp Denmark har imidlertid gjort gældende, at en fortolkning som fastslået af EU-Domstolen strider mod selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, således at der skal indrømmes skattefritagelse, uanset om der måtte foreligge et retsmisbrug af direktivet.

Landsretten bemærker herom, at ordlyden af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, der om skattefritagelse blot henviser til moder-/datterselskabsdirektivet, ikke er i modstrid med EUDomstolens fortolkning. Landsretten finder ligeledes, at der ikke i lovens forarbejder er holdepunkter for at antage, at § 2, stk. 1, litra c, skal forstås således, at der hjemles skattefritagelse også i tilfælde, der kan karakteriseres som retsmisbrug, som beskrevet af EU-Domstolen.

Det fremgår således af forarbejderne til lov nr. 282 af 25. april 2001, hvorved man genindførte udbytteskatten for moderselskaber i ikke-EU-lande uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst, at formålet var at imødegå omgåelse af andre EU-landes regler om beskatning af udbytter fra datterselskaber i EU til moderselskaber uden for EU. Det ville således ved lovændringen ikke længere være muligt at undgå en sådan beskatning ved at etablere et datterselskab/holdingselskab ("melleholdingselskab") i Danmark. Skatteministerens udtalelser i forbindelse med lovens tilblivelse om muligheden for at indskyde et yderligere "melleholdingselskab" eksempelvis på Cypern, der på daværende tidspunkt ikke var medlem af EU og derfor ikke omfattet af direktivet, og derved undgå dansk beskatning, findes at være af en sådan generel, forklarende, karakter, at de ikke kan anses for tilken-degivelser om, at de danske skattemyndigheder ville acceptere et retsmisbrug, som beskrevet af EU-Domstolen. Der henvises til skat-

teministerens kommentar til et "newsletter" sendt til Folketingets Skatteudvalg den 10. januar 2001 og skatteministerens svar til Folketingets Skatteudvalg af 11. januar 2001 på spørgsmål 3 gengivet ovenfor.

En fortolkning af moder-/datterselskabsdirektivet, som anført af EU-Domstolen, er derfor ikke i strid med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c." (Vores understregninger).

Østre Landsrets begrundelse er ikke helt let at forstå, men noget kunne tyde på, at landsretten har fundet, at der allerede i SEL § 2, stk. 1, litra d, er skabt den fornødne implementering af direktivets fakultative anti-misbrugsregel - qua henvisningen til, at ordlyden henviser til direktivet -og at det dermed er uforholdt at skulle tage stilling til det spørgsmål om, hvorvidt Danmark forfatningsretligt er forpligtet til anvende det uskrevne EU-retlige princip uden intern hjemmel.

Østre Landsret har dermed ikke med NetApp-dommen direkte forholdt sig til det forfatningsretlige spørgsmål om suverænitetsafgørelse, hvilket imidlertid ville have været ønskværdigt - også af hensyn til Højesterets stillingtagen til spørgsmålet, når sagskomplekset skal vurderes af Højesteret.

Det siger sig selv, at Alfa Laval ikke er enig i landsrettens afgørelse på dette punkt. Der henvises herved til begrundelsen, som gengivet ovenfor i afsnit 8.4.1.1, vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt SEL § 2, stk. 1, litra d, allerede qua sin ordlyd indeholder en implementering af direktivets anti-misbrugsregel.

I sin dom af 25. november 2021 i de to efterfølgende pilot-sager i dette sagskompleks, NTC Parent og Takeda, gentager Østre Landsret først, hvad landsretten udtalte i NetApp-dommen [...]:

"Landsretten bemærker herom, at ordlyden af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, der om skattefritagelse blot henviser til rente-/royaltydirektivet, ikke er i modstrid med EU-Domstolens fortolkning. Landsretten finder ligeledes, at der ikke i lovens forarbejder er holdepunkter for at antage, at § 2, stk. 1, litra d, skal forstås således, at der hjemles skatte fritagelse også i tilfælde, der kan karakteriseres som retsmisbrug som beskrevet af EU-Domstolen."

Herefter hedder det i dommen [...]:

"Det fremgår således af forarbejderne til lov nr. 221 af 31. marts 2004, hvorved man indførte beskatning af renter på koncerninterne lån, som betales til selskaber i ikke-EU-lande uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst, at formålet var at imødegå, at et dansk selskab nedsætter den danske beskatning ved at reducere den skattepligtige indkomst gennem rentebetalinger til visse finansielle selskaber i lavskattelande, hvis det udenlandske selskab kontrollerer det danske selskab. Det fremgår endvidere af skatteministerens bemærkninger sendt til Skatteudvalget den 17. februar 2004 vedrørende en henvendelse fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer i anledning af lovforslaget, at man var opmærksom på, at der var en risiko for, at reglerne ville blive søgt omgået ved, at det danske selskab betalte renterne til et selskab omfattet af rente/royaltydirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som derpå betalte renterne videre til et selskab i et lavskatteland. De danske skattemyndigheder vil i sådanne tilfælde efter en konkret realitetsbedømmelse kunne lægge til grund, at det selskab, som i første omgang modtager renterne, ikke er renternes retmæssige ejer. (Vores understregning).

Som det sås i NetApp-dommen, afviste landsretten Skatteministeriets udtalelser (fra 2001 om muligheden for indskydelsen af et cypriotisk mellemholdingselskab) som værende af *"en sådan generel, forklarende, karakter, at de ikke kan anses for tilkendegivelser om, at de danske skattemyndigheder ville acceptere et retsmisbrug, som beskrevet af EU-Domstolen"*

Nu - vedrørende renter - henviser landsretten til en udtalelse fra Skatteministeren fra 2004, hvoraf fremgår, at de danske skattemyndigheder efter en konkret realitetsbedømmelse - dvs. efter den danske realitetsgrundsaetning - kunne lægge til grund, at det selskab, som i første omgang modtager renterne, ikke er renternes retmæssige ejer.

Dette er i fuld overensstemmelse med Alfa Lavals fremstilling af den pågældende udtalelse fra ministeren i 2004, jf. ovenfor i afsnit 2.3, hvor det er anført, at udtalelsen fra skatteministeren viser, at spørgsmålet om "retmæssig ejer" af renter beror på en *"konkret realitetsbedømmelse"*, og at der heri ikke var noget nyt eller overraskende, da princippet om *"rette indkomstmodtager"* går netop ud på, at der skal foretages en konkret realitetsbedømmelse med henblik på at fastslå, hvem der er "rette indkomstmodtager" (og dermed skattepligtssubjektet).

Problemet med begrundelsen er blot, at den ikke harmonerer med, at Skatteministeriet i den pågældende sag, og i dette sagskompleks helt generelt samt nærværende sag, er enig med skatteyderen i, at den danske realitets-

grundsætning ikke kan føre til, at man tilsidesætter de af sagen omhand- lede transaktioner, herunder den formelle rentemodtager - i denne sag Altor II S.à.r.l. - som den person, der har oppebåret de pågældende renter, (jf. f.eks. forelæggelseskendelsens pkt. 48 og 50).

For så vidt angår det forfatningsretlige spørgsmål, supplerer Østre Lands-ret imidlertid sin begrundelse med følgende [...]:

"Takeda A/S har endvidere gjort gældende, at det af EU-Domstolen anførte om et generelt EUretligt princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at mu- liggøre svig eller misbrug, er at betragte som et princip på traktatni- veau, der har direkte virkning for borgerne, og at Danmark ikke har overladt suverænitet til EU- Domstolen til at fastsætte et sådant prin- cip.

Hertil bemærker landsretten, at der i den foreliggende retlige sam- menhæng er tale om et princip, der må anses for at ligge inden for rammerne af en fortolkning af rente-/royalty-direktivet, og som ikke strider mod dansk lovgivning eller generelle danske retsprincipper. Landsretten finder derfor, at en fortolkning som anført af EU-Domstolen ikke i den foreliggende situation indebærer en overskri- delse af de kompetencer, der er overladt til EU's institutioner ved loven om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union."

Disse supplerende bemærkninger bidrager desværre alene med en kon- klusion (om at der er tale om et princip, hvis fortolkning ligger inden for rammerne af fortolkningen af direktivet), men ikke med en begrundelse for, hvorfor dette princip - der altså findes at kunne håndhæves direkte over for borgerne uden implementering - anses for at ligge inden for disse rammer. Herunder hvorved sagen adskiller sig fra det princip, der var til prøvelse i Ajos-sagen.

8.7 Der foreligger heller ikke et misbrug efter EU-Domstolens misbrugsbegreb

For det tilfælde, at Vestre Landsret - som Østre Landsret i de to domme i pilot- sagerne - måtte fastslå, at det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug kan tillægges virkning over for borgerne og derfor finder anvendelse i nærværende sag, gøres det gældende, at der ikke foreligger _____ noget misbrug efter dette princip under de i nærværende sag konkret fore- liggende omstændigheder.

Da de øvrige betingelser i rente-/royaltydirektivet er opfyldt, har Altor II S.à.r.l. derfor krav på fritagelse efter direktivet, og der foreligger - også af denne grund - ikke begrænset skattepligt til Danmark af de omhandlede renter.

Det bemærkes i denne forbindelse, at det er sagsøgte, Skatteministeriet, der har bevisbyrden for, at der i nærværende sag foreligger et misbrug af direktivet i henhold til det af EU-Domstolen opstillede generelle EU-retlige anti-misbrugsprincip.

Alfa Laval gør gældende, at Skatteministeriet ikke har løftet - og heller ikke kan løfte - denne bevisbyrde.

Det af EU-Domstolen opstillede generelle EU-retlige anti-misbrugsprincip er defineret nærmere i dommens præmisser 124 og 125 [...]:

"124 Som det fremgår af Domstolens praksis, kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug, dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, dels et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel ...

125 Det er således undersøgelsen af disse sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel."

Det generelle misbrugsbegreb går altså ud på, at EU-retten ikke kan påberåbes i de tilfælde, hvor der er tale om et rent kunstigt arrangement, der ikke bygger på en økonomisk realitet, og hvis formål er at opnå utilsigtede skattemæssige fordele.

Dette generelle misbrugsbegreb svarer til den danske realitetsgrundsætning, hvorefter tomme og kunstige, skattebetingede dispositioner kan tilsidesættes og erstattes med realiteten, jf. forelæggelseskendelsens punkt 47 [...] og ovenfor i afsnit 2.1.2.

Det er derfor ikke troværdigt, når Skatteministeriet, der anerkender, at der *ikke* foreligger et misbrug efter den danske realitetsgrundsætning, jf. forelæggelseskendelsens punkt 48 [...], påberåber sig, at der foreligger et misbrug efter EU-rettens generelle misbrugsbegreb.

Som det fremgår ovenfor i afsnit 8.4.1.3, har Skatteministeriet - efter EU-Domstolens dom - fremsat et nyt anbringende om, at der i dansk ret findes almindelige principper til imødegåelse af misbrug *uden for realitetsgrundsætningen*. Alfa Laval har i samme afsnit tilbagevist dette nye anbringende.

Som EU-Domstolen også anfører i præmis 126 [...], tilkommer det ikke Domstolen at vurdere de faktiske omstændigheder i hovedsagerne - det tilkommer den nationale domstol, her Vestre Landsret - men Domstolen har dog valgt at give en vis vejledning i form af en række faktorer, der vil kunne pege i retning af, at der foreligger et misbrug efter princippet, se således præmisserne 127 - 138 [...].

Det er imidlertid i denne forbindelse væsentligt at gøre sig klart, at EU-Domstolen herved har udtalt sig helt generelt, dvs. uden at inddrage de subjektive forhold, der måtte foreligge i de konkrete situationer. Det er således op til de nationale domstole at foretage den endelige vurdering i lyset af de subjektive og nationale særlige omstændigheder, der måtte foreligge. Det var da også netop det, Østre Landsret gjorde i sin dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen [...], og hvor landsretten altså fandt, at der forelå et misbrug vedrørende ét af de to udbytter, mens der ikke gjorde det vedrørende det andet (og væsentligt større) udbytte.

Dette er altså helt afgørende, når landsretten skal foretage sin bedømmelse af, om der i nærværende sag foreligger et misbrug af direktivet.

Alfa Laval gør således gældende, at der under hensyntagen til de helt særlige omstændigheder i nærværende sag ikke kan foreligge et misbrug. Betingelsen om, at hovedformålet med transaktionerne er at opnå en uretmæssig skattemæssig fordel er således ikke opfyldt i nærværende sag.

Sagen er således den, at der under alle omstændigheder ikke i sagen foreligger væsentlig "gennemstrømning" af midler til et selskab, der er beliggende i en ikke-DBO-stat (eller som ikke er beskyttet af en DBO).

Som det er fremgået ovenfor, herunder i afsnit 7.6, var det overordnede formål med indskydelsen af Altor II S.à.r.l. således *ikke*, at der skulle opnås en uretmæssig skattefordel, f.eks. i form af at der skulle etableres en mu-

lighed for at renterne kunne videregives "til personer, der er hjemmehørende i lande uden DBO".

Anses de omhandlede renter således for at have "gennemstrømmet" Altor II S.à.r.l., er denne "gennemstrømning" nemlig - som redegjort for ovenfor i afsnit 7.6 - under alle omstændigheder og i alt væsentlighed sket til kommanditister, der er hjemmehørende i "gode lande", dvs. andre DBO-lande. Dette gælder således for i hvert fald op mod 85 % af de bagvedliggende investorer, og der er dermed ikke noget grundlag for en antagelse om, at hovedformålet skulle have været at undgå kildeskatten på de ca. 15 % af investorerne, hvor dette eventuelt måtte have været aktuelt. Derimod var formålet i hovedsagen at skulle at undgå den betydelige administration med fremskaffelse og indsendelse af dokumentation for skattemæssigt hjemsted, potentielle tilbagesøgninger af uretmæssigt indeholdt rentekildeskatt etc., der uvægerligt ville følge af den lovændring, der blev foretaget i 2006.

Sammenfattende er der derfor ikke noget grundlag for en antagelse om, at der skulle foreligge noget misbrug af rente-/royaltydirektivet - eller af den dansk-luxembourgske DBO, jf. ovenfor i afsnit 7.6 - i denne sag.

Som ligeledes nævnt ovenfor i afsnit 7.6, har Østre Landsret således i NetAppdommen fastslået følgende [...]:

"Såfremt det med sikkerhed kan fastslås, at den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i et andet land end det land, hvor mellemledet er hjemmehørende, og det land, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende, har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, kan den retmæssige ejer imidlertid påberåbe sig reglerne i denne dobbeltbeskatningsoverenskomst som grundlag for skattnedsættelse, jf. herved også pkt. 12.2 i kommentaren til OECD's modeloverenskomst fra 2003. Dette indebærer, at der i en sådan situation ikke kan siges at foreligge et misbrug, idet udbyttet ville kunne være udloddet skattefrit af det danske datterselskab direkte til den retmæssige ejer i det pågældende land." (Vores understregning).

Østre Landsret er på dette punkt tilsyneladende enig med Niels Winther-Sørensen, som i sin kommentar til EU-Domstolens dom i nærværende sag i SR.2019.174 har bemærket følgende herom [...]:

"Læst i sammenhæng med den efterfølgende sætning i Udbyttedommens præmis 110 og Rentedommens præmis 137 [...] må man

dog formentligt forstå Domstolens ræsonnement således, at man normalt ikke vil kunne statuere retsmisbrug og derved nægte fordelene efter moder/datterselskabsdirektivet eller rente-/royalty-direktivet, hvis en direkte betaling fra det danske selskab til det pågældende selskab (som forudsættes at være den retmæssige ejer af betalingen) ville have været skattefri. ..."

Hertil kommer - og hvad der er lige så vigtigt - hele forhistorien omkring den danske implementering og fortolkning af skattedirektiverne, herunder i første omgang moder-/datterselskabsdirektivet - således som den er beskrevet ovenfor i afsnit 1 og 2, og den uforbeholdne stillingtagen til skattefrihed ved udlodning af udbytter til et cypriotisk mellemholdingselskab (der fungerer som et rent gennemstrømningsselskab). Når den danske lovgiver og skattemyndighederne fortolker et direktiv på den måde, at der - hvis de øvrige betingelser er opfyldt - er et ubetinget krav på fritagelse for kildeskat, hvis udbytte- eller rentemodtageren er "rette indkomstmodtager" af udbyttet eller renterne, så kan der naturligvis ikke være tale om et misbrug af direktivet, når skattemyndighederne efterfølgende ændrer sin opfattelse.

"Melleholdingselskaber" - *treaty shopping* - er således direkte anvist af Skatteministeren kort tid før de dispositioner, der har udløst de enorme kildeskattekrav, som findes i dette sagskompleks.

Under disse omstændigheder giver det selvsagt ikke mening at tale om, at hovedformålet med transaktionerne har været at opnå en uretmæssig fordel.

Sammenfaldet af disse to ganske særlige forhold gør det åbenbart, at der ikke foreligger et misbrug i nærværende sag.

Som det vil fremgå nedenfor af afsnit 9 og 10, indgår de netop beskrevne omstændigheder også som vægtige argumenter til støtte for Alfa Lavals anbringender om, at der foreligger en (ulovlig) praksisændring med tilbagevirkende kraft, og at Aalborg Industries Holding A/S ikke kan have handlet forsømmeligt ved ikke at indeholde kildeskat.

**SKATS AFGØRELSER ER UDTRYK FOR EN SKÆRPENDE
(ULOVLIG)
PRAKSISÆNDRING MED TILBAGEVIRKENDE KRAFT**

For det tilfælde, at Skatteministeriet måtte få medhold i, at der foreligger begrænset skattepligt efter SEL § 2, stk. 1, litra d, af de omhandlede renter, gør Alfa Laval - fortsat til støtte for den principale påstand - subsidiært _____ gældende, at SKATs afgørelse (og de synspunkter, der efterfølgende er blevet gjort gældende af skattemyndighederne) er udtryk for en *skærpelse af praksis med tilbagevirkende kraft* og at en sådan praksisskærpelse ikke lovligt kan gennemføres. En praksisskærpelse kan således alene ske med fremadrettet virkning og med et passende varsel, for så vidt angår de nye synspunkter, som SKAT vil anse for afgørende for denne nye praksis, jf. således f.eks. U.1983.8 H [...].

Den juridiske vejledning 2010-2 er i overensstemmelse hermed [...]:

"Varsling af ændring med fremtidig virkning

Det er et grundlæggende forvaltningsretligt princip, at det kun er muligt at iværksætte en skærpelse af praksis med virkning for fremtiden og efter udmelding af et passende varsel, der giver borgerne mulighed for at indrette sig efter den ændrede retstilstand.

...

En praksisskærpelse skal offentliggøres på relevant måde, fx i form af en SKM-meddelelse (styresignal) eller ved særlig nyhedsmarkering i de juridiske vejledninger."

En meddelelse om praksisskærpelse skal - såvel i form som indhold - udtrykkeligt angive, at der er tale om en skærpelse af praksis, og hvad den nye praksis går ud på.

Da SKAT ikke har varslet praksisskærpelsen, har SKAT ikke været berettiget til at opkræve renteskat.

Alfa Laval gør gældende, at der foreligger en praksisskærpelse *såvel* i relation til dobbeltskatningsoverenskomsten *som* i relation til rente-/royalty-direktivet. Disse spørgsmål behandles hver for sig nedenfor.

Hvis Alfa Laval får medhold vedrørende blot et af disse spørgsmål, skal Alfa Laval have fuldt medhold i sin principale påstand.

9.1 Praksisskærpelse i relation til DBO'en

Som det fremgår ovenfor af afsnit 2.2.3, fremgår det utvetydigt af forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c, fra 2001 - vedrørende begrænset skattepligt på udbytter - at der over et dansk datterselskab kan indskydes et (cypriotisk) mellemløbselskab, hvorigennem udbyttet *viderekanalise-*

res, med den virkning, at den kildeskat, der ellers ville blive udløst, undgås. Melleholdingselskabet er altså "*retmæssig ejer*". Det fremgår klart, at der er tale om *rene gennemstrømningselskaber*, og skatteministerens svar indeholder ikke forbehold af nogen art.

I forbindelse med indførelsen af den begrænsede skattepligt på renter i 2004 i samme bestemmelses litra d, blev der ikke taget afstand herfra, hvorfor man fortsat måtte gå ud fra, at der gjaldt samme fortolkning vedrørende "*retmæssig ejer*"-begrebet i denne henseende (hvilket da også var støttet af andre udtalelser fra ministeriet på det tidspunkt). Som redegjort for i afsnit 8.7, er Alfa Laval i den grad uenig i Østre Landsrets bemærkninger i dommen af 25. november 2021 angående Skatteministerens udtalelser fra 2004.

Skatteloves forarbejder, herunder ministersvar, spiller en betydelig rolle ved fortolkningen af lovene. Der kan findes talrige eksempler fra Højesteret på, at Skatteministeriet påberåber sig ministersvar, når de taler til ministeriets fordel. Og når skatteministeren i de omhandlede ministersvar i 2001 giver en klar og uforbeholden vejledning om, hvordan de til Danmark fra 1999 inviterede holdingstrukturer kan "omstrukturere sig" ud af den skattepligt, der introduceres i 2001 (for udbytte), så gøres det gældende, at det nødvendigvis må følge deraf, at selskaber, der disponerer i overensstemmelse hermed, ikke misbruger nogen lovgivning - der foreligger således ikke set fra datidens norm (tilbage i sagsperioden) noget misbrug.

Der var altså på daværende tidspunkt fri adgang til "*treaty shopping*".

Så længe melleholdingselskabet var *civilretlig ejer* af aktierne i datterselskabet eller kreditor for det omhandlede lån - og dermed ikke var agent eller *stråmand*, eller der forelå *pro forma* - var melleholdingselskabet "*retmæssig ejer*". Der var ikke tale om et dansk særstandpunkt. Dette var den globale opfattelse.

Alfa Laval disponerede i 2006 - som de øvrige selskaber, mod hvilke SKAT har rejst sager - i tillid til disse forarbejder ved at etablere Altor II S.à.r.l. og den omhandlede lånestruktur.

Forarbejderne var baseret på en internretlig fortolkning af begrebet "retmæssig ejer", dvs. en fortolkning hvor "*retmæssig ejer*" *fortolkes i overensstemmelse med princippet om "rette indkomstmottager" i dansk ret*. Det er ovenfor i afsnit 2.4 konkluderet, at lovgiver og skattemyndighederne ubrudt har fastholdt den internretlige fortolkning i perioden 1977-2008, hvilket fremgår af et stort antal udsagn navnlig fra Skatteministeriet.

Som det fremgår af afsnit 2.5, måtte Skatteministeriet - efter at "beneficial owner"-sagerne var startet op med den første afgørelse i november 2008 - erkende, at et udbytte- eller rentemodtagende mellemholdingselskab klart måtte anses for "rette indkomstmodtager" efter dansk skatteret, og at den hidtil påberåbte fortolkning af "retmæssig ejer" derfor ikke kunne føre til det ønskede resultat (dvs. udbytte- eller rentebeskatning).

Skatteministeriet ændrede derfor praksis og gik i stedet over til en autonom (internationalretlig) fortolkning af "retmæssig ejer", hvor der nu *ikke længere er lighedstegn mellem "retmæssig ejer" og "rette indkomstmodtager"*. Det er tværtimod *to vidt forskellige begreber* der ikke har noget som helst med hinanden at gøre.

Med den nye autonome fortolkning af "retmæssig ejer" har Skatteministeriet - under henvisning til kommentarerne til modeloverenskomsten fra 2003 vedrørende "gennemstrømningsselskaber" - introduceret en *meget bred fortolkning* af begrebet "gennemstrømningsselskab", der rammer ethvert ganske almindeligt mellemholdingselskab, hvilket står i skærende kontrast til den tidligere praksis.

Det er således en kendsgerning, at skattemyndighedernes nye praksis er *i direkte strid med de udtrykkelige forarbejder* til udbyttebestemmelsen fra 2001, hvoraf det udtrykkeligt fremgår, at et cypriotisk mellemholdingselskab, der alene etableres for at viderekanalisere udbytter til sit moderselskab, er "retmæssig ejer" af udbytterne og derfor nyder beskyttelse efter overenskomsten (og dermed den tilsvarende rentebestemmelse fra 2004).

Den nye praksis er således også *i strid med SKATs egen tidligere fortolkning af "retmæssig ejer"*, som først blev forladt i 2008, da de første "beneficial owner"-sager blev rejst.

Der er dermed tale om en betydelig skærpelse af praksis vedrørende fortolkningen af "retmæssig ejer", der fører til det stik modsatte resultat af det, der er forudsat i forarbejderne fra 2001, selv om lovgrundlaget er uændret.

Skatteministeriet bestrider, at der foreligger en praksisskærpelse, og gør til støtte herfor gældende, at der ikke har foreligget en *fast administrativ praksis*, fordi der ikke findes retsafgørelser, der dokumenterer den hidtidige praksis.

Når der - som i forarbejderne til SEL § 2, stk. 1, litra c, fra 2001 (og dermed også vedrørende litra d) - foreligger en udtrykkelig udtalelse fra Skatteministeren om, hvorledes retsstillingen er, og når skattemyndighederne efterfølgende administrerer i overensstemmelse hermed, er det imidlertid fuldstændig dokumentation for en fast praksis, som skatteyderne kan indrette sig i tillid til.

Når Skatteministerens udtalelse går ud på, at mellemholdingselskaber skal anses som "retmæssige ejere" (og "rette indkomstmodtagere"), er det indlysende, at der ikke findes retsafgørelser, der dokumenterer denne praksis. SKAT er jo enig med skatteyderne i, at der ikke skal indeholdes _____ udbytte- (eller rente-)skat, og SKAT har derfor ikke haft nogen anledning til at rejse sager herom. Sådan har det været i 30 år.

Skatteministeriet gør videre gældende, at en eventuel (fejlagtig) manglende ligningsmæssig indgriben og korrektion ikke kan konstituere praksis og ikke kan skabe nogen for SKAT bindende administrativ praksis om ikke at pålægge kildeskat af renter.

Alfa Laval er naturligvis enig i dette generelle udsagn. Pointen er imidlertid, at den omstændighed, at der ikke tidligere er rejst sager herom, ikke beror på en ufuldstændig kontrol fra SKATs side, men derimod på en opfattelse af, at der ikke var grundlag for at føre disse sager.

Skatteministerens stillingtagen i forarbejderne til den konkrete problemstilling er dermed nøjagtig lige så god en dokumentation for retsstillingen, som en retsafgørelse ville have været, og det giver sig selv, at SKAT har fulgt skatteministerens udmelding.

At der er ændret praksis, er da også bekræftet i Jyllandsposten den 14. september 2010 af den embedsmand, som på daværende tidspunkt var talsmand for SKAT i "beneficial owner"-sagerne [...]:

"Om vi så får medhold, ved vi ikke. Vores synspunkt er ret nyt i skattepraksis, så vi må se, hvad Højesteret siger, når den kommer til at tage stilling engang." (Vores understregning).

Praksisændringen bekræftes også af den omstændighed, at mens SKAT i perioden 1977-2008, hvor SKAT benyttede den *internretlige fortolkning* af "retmæssig ejer", ikke har rejst en eneste sag om nægtelse af overenskomstlempelse med den begrundelse, at modtageren ikke var "retmæssig ejer", mens SKAT - efter at have skiftet til den *autonome fortolkning* i 2008 - på en gang har rejst et meget stort antal sager. Der er således i

dette sagskompleks truffet afgørelse i 150 sager med krav om betaling af kildeskat på godt 6,8 mia. kr.

På den anførte baggrund gøres det således gældende, 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.

Østre Landsrets domme af 3. maj 2021 og 25. november 2021 i de fire før-ste pilot-sager [...] vil blive kommenteret nedenfor i afsnit 9.3.

9.2 *Praksisskærpelse i relation til rente-/royaltydirektivet*

Som det fremgår af afsnit 8.6 ovenfor, kom EU-Domstolen i sin dom af 26. februar 2019 i nærværende sag [...] - højst overraskende - til det resultat, at imødegåelse af misbrug af moder-/datterselskabsdirektivet *ikke kræver national hjemmel*.

Domstolen støtter sit resultat på, at der skulle gælde et uskrevet "generelt _____ EU-retligt princip om forbud mod misbrug", der har direkte virkning for borgerne.

Når dommen var så overraskende skyldes det bl.a., at kravet om national lov hjemmel fremgår direkte af rente-/royaltydirektivets artikel 5 (og moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2), og at EU-Domstolen i *Kofoed-dommen* (C-321/05) af 5. juli 2007 havde fastholdt, at den tilsvarende bestemmelse i fusionsskattedirektivet stillede krav om national hjemmel. EU-Domstolen afviste i Kofoed-dommen således - i overensstemmelse med generaladvokatens forslag - at der fandtes et sådant generelt EU-retligt princip på området for de direkte skatter.

Det er altså en kendsgerning, at EU-Domstolen med sin afgørelse af 26. februar 2019 har underkendt Kofoed-dommen og dermed ændret praksis med tilbagevirkende kraft.

Landsskatteretten har naturligvis i udbyttesagerne, hvor Landsskatteretten gav selskaberne medhold, lagt Kofoed-dommen til grund (mens spørgs-målet ikke var afgørende for Landsskatteretten i rentesagerne).

Og det er ovenfor i afsnit 8.6.3 dokumenteret, at hverken Kommissionen, EU-lovgiver (Rådet og Parlamentet) eller generaladvokaten vidste, at der gjaldt et generelt EU-retligt princip med det nævnte indhold. Samme sted

er det påvist, at både den danske og den internationale litteratur har været overrasket og kritisk over for dommen.

På tidspunktet for afsigelsen af dommen i 2019 havde *EU-lovgiver* for længst indført de af EU ønskede obligatoriske generelle anti-misbrugsregler såvel i moder-/datterselskabsdirektivet (2015) som i skat-teundgældelsesdirektivet (2016). EU-Domstolen føjede således med det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug ikke noget til retstilstanden, som ikke allerede gjaldt i henhold til disse antimisbrugsregler -bortset fra den *tilbagevirkende kraft til 2005* (jf. dommen i NetApp-sagen) (altså til et tidspunkt, hvor princippet notorisk ikke gjaldt, jf. Kofoed-dommen).

Alfa Laval gør i sagen, som nævnt ovenfor, gældende, at det nævnte princip ikke kan tillægges virkning over for borgerne, eftersom EU-Domstolen ikke har kompetence til at træffe denne afgørelse, da Danmark ikke har afgivet suverænitet hertil. Der henvises til afsnit 8.6.4, hvor der detaljeret er redegjort dette synspunkt.

Som det fremgår af afsnit 8.6.4.4, vil der være tale om en *"contra legem"-situation*, hvis en direkte anvendelse af dette misbrugsprincip over for borgerne med tilbagevirkende kraft til 2005 måtte føre til det resultat, at der - stadig tilbage i 2005 - forelå misbrug, fordi de danske regler og den danske praksis på dette tidspunkt klart førte til, at der ikke forelå misbrug, og heller ikke vil kunne fortolkes anderledes på grundlag af det EU-retlige misbrugsprincip, som er udviklet 14 år efter. I givet fald ville der altså blive indført en forpligtelse for borgerne, der ikke fulgte af dansk ret, og som ville medføre en ændring af retstilstanden.

Alfa Laval gør derfor gældende, at de danske domstole skal undlade at lægge dette princip til grund.

For det tilfælde, at Skatteministeriet måtte få medhold i, at det generelle EU-retlige princip kan tillægges virkning for borgerne, således at princippet principielt kan finde anvendelse i dansk ret, gøres det gældende, at princippet efter dansk forvaltningsret kun kan finde anvendelse med fremtidig virkning.

Princippet kan således ikke finde anvendelse i nærværende sag, der drejer sig om 2006 og 2007, fordi det ville være udtryk for en betydelig praksisskærpelse med tilbagevirkende kraft.

Det er således i afsnit 2 ovenfor dokumenteret, at den danske administrative praksis i sagsperioden ikke baserede sig på, at der gjaldt et *generelt EU-retligt princip om forbud mod misbrug, der havde direkte virkning over for borgerne*. Tværtimod, var det den almindelige opfattelse både i Danmark og i EU på daværende tidspunkt, at der frit kunne foretages treaty- og di-ektivshopping. At princippet ikke engang gjaldt i EU, dokumenteres af, at *Kofoed-dommen* i 2007 - altså i sagsperioden - kom til det resultat, at imødegåelse af misbrug krævede *national lovhjemmel*.

Blot for den gode ordens skyld bemærkes, at anvendelse af et direktiv i en medlemsstat altid er udtryk for anvendelse af *national ret*. Dette gælder, hvad enten der er tale om anvendelse af medlemsstatens egen lovgivning eller almindelige retsgrundsætninger udviklet af medlemsstatens domstole, eller om der - som i nærværende sag - er tale om, at EU-Domstolen har fastsat et princip med direkte virkning for borgerne, hvis dette ellers måtte blive godkendt af medlemsstatens domstole. Derfor er det også *medlemsstatens processuelle og forvaltningsretlige regler*, der skal benyttes ved retsbehandlingen.

Da en anvendelse af det generelle EU-retlige forbud mod misbrug under de nævnte forudsætninger vil være udtryk for en praksisskærpelse med tilbagevirkende kraft, kan dette princip således ikke lægges til grund for afgørelsen af sagen.

9.3 Nærmere om retspraksis

Som nævnt har der ikke siden 1983 været tvivl om eksistensen af det forvaltningsretlige princip, hvorefter skattemyndighederne er afskåret fra at ændre deres praksis i skærpende retning med tilbagevirkende kraft, jf. U.1983.8 H [...] og Den juridiske vejledning [...], som er citeret ovenfor.

Landsrettens dom i U.2012.2337 H [...] er et skoleeksempel på, hvilke minimumskrav der må stilles til skattemyndighederne for, at en skærpende praksisændring kan få virkning for borgerne. Østre Landsret tiltrådte i sagen, at de danske skattemyndigheder var berettigede til at ændre praksis i forbindelse med arbejdsudleje til Danmark af hollandske slagtere, eftersom arbejdsudlejebegrebet skulle fortolkes efter intern dansk ret. Praksisændringen blev offentliggjort den 5. maj 1997 i Tidsskrift for Skatteret og blev også i maj 1997 omtalt i Skat Udland. Den blev endvidere offentliggjort i Retsinformation den 25. september 1997. Landsretten fandt, at praksisændringen først ved offentliggørelsen i Retsinformation måtte anses for offentliggjort på en sådan måde, at den kunne tillægges retsvirkning over for virksomheder, der som sagsøgeren havde anvendt arbejds-

udlejet arbejdskraft. Landsretten fandt dog, at der burde indrømmes virksomheden et vist kortere varsel til at iværksætte indeholdelsen af A-skat, hvorfor sagsøger først fra og med den 1. november 1997 blev anset for ansvarlig for den manglende afregning af A-skat. For Højesteret bestred Skatteministeriet ikke, at praksisændringen først kunne få virkning fra den 1. november 1997.

Størstedelen af retspraksis efter Højesterets dom i U.1983.8 H [...] handler navnlig om beviset for, hvad skattemyndighedernes praksis så rent faktisk gik ud på. Denne konkrete bevisvurdering afgøres selvsagt efter de faktiske omstændigheder fra sag til sag. I nærværende sag er beviset i form af skatteministerens egne redegørelser til Folketinget overvældende.

U.2000.1509 H [...] er således en bevissag, der ikke er præjudicerende for nærværende sag. Højesteret fandt det ikke bevist, at der forelå den hævdede praksis. Højesteret fremhæver tværtimod i sine præmisser [...], at den bestridte fortolkning fremgik af forarbejder og administrative retningslinjer inden de omtvistede indkomstår. I nærværende sag er det evidenter, at skattemyndighederne først har tilrettet beskrivelsen af administrative praksis i overensstemmelse med den opfattelse, som man nu gør gældende, efter at skattemyndighederne i 2008 indledte den kontrolaktion, som har ført til bl.a. denne sag mod Alfa Laval.

I U.2011.3305 H [...] er det svært at se, hvad der udgjorde skatteydernes påståede bevis for modgående praksis. Heller ikke landsretten eller Højesteret kunne se det.

I U.2015.915 H [...], U.2017.2960 H [...] og U.2017.2979 H [...] forsøgte skatteyderne at føre beviset for praksis ved at henvise til lang tids ikke-indgriben fra skattemyndighedernes side, hvilket Højesteret ikke godtog. Det er ikke Alfa Lavals synspunkt, at beviset for skattemyndighedernes praksis udgøres af lang tids ikke-indgriben. Noget andet er, at når skatteministeren over for Folketinget redegør for en praksis og for, hvordan en lovbestemmelse skal forstås, så følger skattemyndighederne naturligvis ministerens udmelding. Det ville da være besynderligt, hvis der forelå da-tidige afgørelser, som viste, at skattemyndighederne reelt havde en anden praksis end den, som fremgik af skatteministerens redegørelser. I Alfa Lavals sag er det imidlertid Skatteministeriet, som hævder, at skattemyndighedernes praksis i tiden indtil 2008 var en anden, end skatteministeren havde fortalt Folketinget i 2001.

I U.2020.1923 H [...] bestod det angivelige bevis navnlig i et antal ikke offentliggjorte afgørelser fra underordnede ligningsmyndigheder, som støt-

tede skatteyderens synspunkt. Højesteret henviste til, at afgørelserne var i strid med klare udtalelser i forarbejderne, og at de ikke offentliggjorte af-gørelser ikke udgjorde en bindende administrativ praksis. Sagen er derfor ikke sammenlignelig med Alfa Lavals situation.

Noget helt andet er, at skattemyndighederne i nærværende sag slet ikke er berettiget til at foretage en praksisskærpelse.

Den af Skatteministeriet hævdede retstilstand, der strider mod de udtryk-ke-lige forarbejder til SEL § 2 kan således kun tilvejebringes ad lovgiv-ningsvejen.

Alfa Laval er naturligvis opmærksom på, at Østre Landsret i sin dom af 3. maj 2021 i den første sag i dette sagskompleks, NetApp-sagen [...], fandt, at der under tilsvarende omstændigheder ikke forelå en praksisændring i sagen (for så vidt angår fortolkningen af "retmæssig ejer"-begrebet).

I Østre Landsrets begrundelse hedder det således [...]:

"Landsretten finder, at forarbejderne, herunder skatteministerens be-svarelser af spørgsmål til Skatteudvalget, til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, som affattet ved lov nr. 219 af 3. april 1992, ved lov nr. 1026 af 23. december 1998 og ved lov nr. 282 af 25. april 2001 ikke kan anses som en tilkendegivelse om, at danske skattemyndigheder ville acceptere et retsmisbrug, som beskrevet af EU-Domstolen, eller ville indrømme skattenedsættelse i henhold til en dobbeltbeskat-ningsoverenskomst, uanset at modtageren af udbyttet ikke kunne anses som retmæssig ejer heraf.

Navnlig bemærkes, at de udtalelser, som skatteministeren fremkom med i forbindelse med tilblivelsen af lov nr. 282 af 25. april 2001 om muligheden for at indskyde et holdingselskab eksempelvis på Cy-pern og derved undgå dansk beskatning, findes at være af en sådan generel karakter, at de ikke kan anses for en tilkendegivelse om, at de danske skattemyndigheder ville acceptere omgåelse eller misbrug, som beskrevet af EU-Domstolen.

Det forhold, at skatteministeren i visse af sine besvarelser vedrøren-de de økonomiske konsekvenser af genindførelse af udbyttebeskat-ningen i 2001 omtalte, at selskaberne ville "kunne omstrukturere sig" og dermed undgå dansk udbytteskat, findes ligeledes ikke at inde-holde en tilkendegivelse af accept af et misbrug.

Vedrørende skattemyndighedernes administrative praksis har skatteministeren i et svar til Folketingets Lovsekretariat af 27. november 2006 meddelt, at ministeren ikke kunne oplyse eksempler på udenlandske gennemstrømningselskaber, som de danske skattemyndigheder ikke har accepteret som retsmæssig ejer af udbytte fra danske selskaber. I forlængelse heraf er anført, at det indgår i den ligningsmæssige behandling at påse, at betingelserne for ikke at indeholde udbytteskat er opfyldt, herunder om et udenlandsk selskab er retsmæssig ejer af udbyttet.

Det fremgår endvidere af Skatteministeriets notat af 20. marts 2007 til Folketingets Skatteudvalg om status på SKATs kontrolindsats, at kapitalfondes overtagelse af danske virksomheder gennem de senere år har udgjort en større og større andel af de samlede virksomhedsoverdragelser, at antallet specielt i 2005 har vist sig at udgøre et betydeligt antal med en stor volumen, og at SKAT derfor har rettet fokus på denne type overdragelser. Det fremgår endvidere, at SKAT på denne baggrund har indledt en kontrol af en række overdragelser med henblik på at undersøge, hvem der er den endelige modtager, "rette indkomstmotager", af renter og udbytter. Skatteministeren oplyste den 15. maj 2007, at disse undersøgelser endnu ikke havde ført til udbyttebeskatning af udlodningerne til gennemstrømningselskaber.

På denne baggrund, hvor der ikke foreligger en administrativ praksis, der indebærer accept af arrangementer som det foreliggende, finder landsretten, at NetApp Denmark ikke har haft føje til at antage, at NetApp Cypren i en situation som den foreliggende var skattefritaget, for så vidt angår den anden udbytteudlodning på 92.012.000 kr." (Vores understregninger).

Det fremgår af Alfa Laval's bemærkninger ovenfor i afsnit 9.1 og 9.2, at Alfa Laval ikke er enig i Østre Landsrets afgørelse på dette punkt. Navnlig forekommer det bemærkelsesværdigt at konkludere, at der ikke foreligger nogen administrativ praksis, når nu landsretten samtidig henviser til Skatteministerens svar og redegørelse fra 2006 og 2007, hvoraf det klart fremgår, at der ikke findes eksempler på udenlandske gennemstrømningselskaber, som de danske skattemyndigheder ikke har accepteret som retsmæssig ejer af udbytte fra danske selskaber. Det er endvidere vanskeligt at forstå, at en udtalelse om fortolkningen af lovgivningen - og anvendelsen af mellemholdingselskaber som gennemstrømningselskaber - som den, ministeren kom med i sit svar til Folketinget i 2001, ikke skulle have nogen som helst betydning, når det skal vurderes, om der foreligger en praksis,

herunder - hvad der uddybes i næste afsnit - om en skatteyder har handlet forsømmelig ved at gøre, som skatteministeren siger.

Østre Landsret har i sin efterfølgende dom af 25. november 2021 i de to næste pilotsager i realiteten gentaget sin begrundelse [...].

Dommene er på dette punkt anket til Højesteret af de hæftende selskaber.

10 AALBORG INDUSTRIES HOLDING A/S HÆFTER IKKE FOR EN EVENTUEL RENTESKAT - KILDESKATTELOVENS § 69

10.1 Regelgrundlaget og indledende bemærkninger

For det tilfælde, at der måtte gives Skatteministeriet medhold i, at de omhandlede renter er undergivet begrænset skattepligt til Danmark, gøres det - mest subsidiært - gældende, at Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval) ikke hæfter for den ikke indeholdte kildeskat.

Spørgsmålet om, hvorvidt kildeskatten kan opkræves hos Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval), beror på bestemmelsen i kildeskattelovens § 69, der er sålydende [...]:

"§ 69. Den, som undlader at opfylde sin pligt til at indeholde skat, eller som indeholder denne med for lavt beløb, er over for det offentlige umiddelbart ansvarlig for betaling af manglende beløb, medmindre han godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra hans side ved iagttagelse af bestemmelserne i denne lov." (Vores understregning).

Det hedder endvidere i SKATs Vejledning om indeholdelse af A-skat og AM-bidrag 2007-4, afsnit K.2.2 [...]:

"Uanset at bestemmelserne har omvendt bevisbyrde, har det i rets-praksis vist sig, at det er told- og skatteforvaltningen, der skal bevise, at den indeholdelsespligtige har handlet forsømmeligt."

Allerede fordi Aalborg Industries Holding A/S' (Alfa Laval) forståelse af de relevante regler er i overensstemmelse med den administrative praksis, som skattemyndighederne ubrudt har fulgt gennem årene vedrørende begrebet "beneficial owner", hvorefter begrebet var sidestillet med rette indkomstmottager, er det åbenbart, at Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval) *ikke* har udvist "*forsømmelighed*".

Som nævnt i foregående afsnit, har Østre Landsret ganske vist i NetApp-dommen af 3. maj 2021 [...] og i Takeda- og NTC-dommen af 25. november 2021 [...] fundet, at der ikke forelå en fast administrativ praksis. Alfa Laval er uenig heri, men selv hvis skattemyndighedernes mange tilkende-givelser om begrebet "retmæssig ejer" som værende lig med det danske "rette indkomstmodtager"-begreb ikke findes at konstituere en administrativ praksis, som Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval) kan støtte ret på, så har udsagnene under alle omstændigheder givet anledning til tilstrækkelig kvalificeret tvivl om fortolkningen, at det ikke kan lægges Aalborg Industries Holding A/S til last, at selskabet - til syvende og sidst - tog fejl, jf. nærmere herom nedenfor.

Jakob Bundgaard er i øvrigt i SU 2010.387 [...] på linje med, at der ikke kan være udvist forsømmelighed henset til den "praksis", som myndighederne har fulgt.

10.2 Nærmere om betingelserne for indeholdelsespligt efter kildeskattelovens § 69

Kildeskattelovens § 69 gælder ikke kun hæftelse for rentekildeskat, men også hæftelse for ikkeindeholdt A-skat, arbejdsudlejeskat m.v. Der kan derfor henses til retspraksis om manglende indeholdelse af andre skatter end rentekildeskat, når det skal bedømmes, hvad der forstås ved hæftelsespådragende forsømmelighed.

Det fremgår af bl.a. UfR 1977.844 H (ikke-hæftelse - [...]), SKM2002.470.ØLR (ikke-hæftelse - [...]) og UfR 2018.3119 H (hæftelse - [...]), at også vildfarelse om den korrekte retlige fortolkning og subsumption kan fritage for hæftelsesansvar. Der er heller ikke noget i ordlyden af bestemmelsen, som antyder, at det kun er ukendskab til de relevante faktiske forhold, som er af betydning.

Højesteret vurderede i UfR 1977.844 H, at den potentielt indeholdelsespligtige havde haft "en sådan føje" til at kunne gå ud fra, at der ikke var indeholdelsespligt, at der ikke var handlet forsømmeligt. Landsretten brugte i SKM2002.470.ØLR det udtryk, at det relevante cirkulære i den pågældende situation ikke førte til "et entydigt resultat" og frifandt skatteyderen for hæftelse. Hvis den potentielt indeholdelsespligtiges standpunkt derfor har været udtryk for en rimeligt begrundet forståelse af retsgrundlaget og en rimeligt begrundet subsumption, vil der derfor ikke være handlet forsømmeligt - heller ikke selvom det til syvende og sidst viser sig, at den potentielt indeholdelsespligtiges standpunkt ikke var holdbart.

I UfR 2018.3119 H afhang spørgsmålet om skattepligt af, om rette indkomstmottager af udbyttet var en hollandsk fond eller fondens stifter, som var bosat i Storbritannien. Højesteret fastslog i præmisserne [...], at der forelå hæftelse og henviste bl.a. til, at det fremgik af Ligningsvejledningen forud for vedtagelsen af udbyttet, at udenlandske fonde ikke var

rette indkomstmottagere, hvis fonden ikke opfyldte de danske betingelser for at anse en fond for et i forhold til stifteren uafhængigt retssubjekt.

Aalborg Industries Holding A/S' forståelse af retsgrundlaget må derfor - selvfølgelig - bedømmes efter de tilgængelige retskilder på rentetilskrivningstidspunkterne. Det var jo, hvad Aalborg Industries Holding A/S og dets rådgivere havde at gå ud fra.

Så vidt ses, er der ikke faktuelle uenigheder af betydning for forsømmelighedsbedømmelsen. Uenigheden går på, om Aalborg Industries Holding A/S handlede forsømmeligt ved på rentetilskrivningstidspunkterne ikke at indse, at renterne var skattepligtige (hvis de altså viser sig at være det), uanset at renterne blev oppebåret af Altor II S.à.r.l., der ubestridt var rette indkomstmottager. U.2016.2898H - RF Holding [...] handlede om en situation, hvor Højesteret lagde til grund, at udloddede midler blev ledt uden om rette indkomstmottager, hvilket indlysende var forsømmeligt. Denne sag er derfor uden betydning for forsømmelighedsspørgsmålet i nærværende sag.

Ved forsømmelighedsvurderingen kan det være nyttigt at erindre om, at sagerne er opstået som følge af en koordineret aktion fra skattemyndighedernes side, hvor man har rejst i første omgang 31 sager, senere i alt 150 sager om hæftelse for ikke-indeholdt kildeskat som en del af "Skattestyrelsens Kapitalfonds- og kildeskatteprojekt", jf. Skatteministeriets svar til Folketingets Skatteudvalg af 28. oktober 2019, selvom der ikke tidligere havde været danske sager overhovedet om pligt til indeholdelse af renteskat under henvisning til, at det modtagende selskab var et gennemstrømningselskab.

Som tidligere nævnt, udtalte den ansvarlige kontorchef i Skattestyrelsen - påskønnelsesværdigt ærligt - i 2010 om det kommende opgør ved domstolene [...]:

"Om vi så får medhold, ved vi ikke. Vores synspunkt er ret nyt i skattepraksis, så vi må se, hvad Højesteret siger, når den kommer til at tage stilling engang."

Baggrunden er således utvivlsomt, at Skattestyrelsen med iværksættelsen af dette sagskompleks har søgt at pløje ny jord. Man havde ikke fundet det fornødent forinden at varsle de potentielt indeholdelsespligtige om aktio-nen og de nye synspunkter, som skattemyndighederne ønskede at afprø-ve.

10.3 Aalborg Industries Holding A/S har ikke handlet forsømmeligt ved rentetilskrivningerne

Bl.a. henset til,

- at sagsøgers forståelse af de relevante regler er i overensstemmelse med de administrative tilkendegivelser vedrørende forståelsen af begrebet "retmæssig ejer" som værende det samme som den "rette indkomstmodtager, som der forelå på rentetilskrivnings-tidspunkterne - hvad enten dette konstituerer en administrativ praksis eller ej, jf. gennemgangen heraf ovenfor i afsnit 1, 2 og 9,
- at dansk litteratur er på linje med skattemyndighedernes tidligere praksis,
- at det følger direkte af ordlyden af rente-/royaltydirektivet, at ren-ter er fritaget for kildeskat, og
- at såvel Kommissionen som EU-Domstolens generaladvokat var af den opfattelse, at Alfa Laval skulle have medhold i sagen, dels da Altor II S.à.r.l. måtte anses som den "retmæssige ejer" af ren-terne efter direktivet, og dels da der direktivets anti-misbrugsbestemmelse ikke ansås for implementeret i dansk ret,
- at der på internationalt plan er stor usikkerhed om, hvorledes be-grebet "beneficial owner" skal fortolkes, jf. bl.a. OECD's forslag til kommentarer fra foråret 2011 [...], hvor det af høringssvarene [...] fremgår, at end ikke forslaget til de nye (præciserende) kommentarer bidrager til at mindske den usikkerhed, der her-sker om fortolkningen,
- at der i nærværende sag under alle omstændigheder kun vil vise sig at være grundlag for opkrævning af kildeskat på - og der-med kun et misbrug vedrørende - en yderst begrænset andel af de betalte renter (måske 15 %), jf. ovenfor i afsnit 7.6 og 8.7 og videre nedenfor i afsnit 11, og
- at Aalborg Industries-koncernen forinden transaktionerne indhen-tede uforbeholden skatterådgivning om den pågældende låne-struktur, er det ganske klart, at Aalborg Industries Holding A/S *ikke* har udvist "forsømmelighed".

I Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen hedder det (dommens s. 250, 2. og 3. afsnit) [...]:

"NetApp Danmark må efter de foreliggende oplysninger have været bekendt med de faktiske omstændigheder ved udbytteudlodningen, herunder at formålet med at indskyde NetApp Cypem som et medlem alene var at undgå dansk kildebeskatning som redegjort ovenfor.

Under disse omstændigheder kan det forhold, at der i 2006 ikke forelå en endelig afklaring af det retlige spørgsmål, om der var fornøden hjemmel til at imødegå et sådant retsmisbrug, ikke føre til, at NetApp Danmark bliver ansvarsfri i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1."

I Østre Landsrets dom af 25. november 2021 i Takeda-sagen hedder det tilsvarende (dommens s. 306, 2. og 3. afsnit) [...]:

"Takeda A/S må efter de foreliggende oplysninger have været bekendt med de faktiske omstændigheder i forbindelse med rentetilskrivningerne og koncernbidragene, herunder at formålet med at indskyde Nycomed Sweden Holding 2 AB og Nycomed Sweden Holding 1 AB som mellemled alene var at undgå dansk kildebeskatning som redegjort for ovenfor.

Under disse omstændigheder kan det forhold, at der på tidspunktet for rentetilskrivningerne i 2007-2009 ikke forelå en endelig afklaring af, hvorledes begrebet "retmæssig ejer" skal fortolkes, og dermed om der var fornøden hjemmel til at imødegå et retsmisbrug som det foreliggende, ikke føre til, at Takeda A/S bliver ansvarsfri i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1."

Disse præmisser kan opfattes således, at landsretten pålægger de potentielt indeholdelsespligtige selskaber risikoen for den retlige usikkerhed om anvendelsen af begrebet "beneficial owner" og - i overensstemmelse med Skatteministeriets opfattelse - vel nærmest et objektivi ansvar herfor.

Heri er Alfa Laval naturligvis ikke enig. Det er klart, at Alfa Laval har kendt til de faktiske omstændigheder, men Alfa Laval har med god ret haft føje til at gå ud fra, at bl.a. Skatteministerens uforbeholdne udsagn i det mindste har givet anledning til tilstrækkelig kvalificeret tvivl om fortolkningen af reglerne, at det ikke kan lægges Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval) til last, at selskabet - til syvende og sidst - måtte have ta-

get fejl. I NetApp-sagen havde selv Landsskatteretten, Europa-Kommissionen og EU-Domstolens generaladvokat således heller ikke for-stået reglerne.

Hvad mere skal der til af berettiget tvivl?

Om retspraksis på dette område bemærkes, at det ikke kan undre, at Højesteret i afgørelserne UfR 2004.362 H [...] og UfR 2008.2243 H [...] har gi-vet Skatteministeriet medhold i, at der var handlet "forsømmeligt". Det fo-rekommer rimeligt klart i begge sager. Ingen af disse domme er dog præjudicerende for nærværende sag.

Den omstændighed, at Højesteret i præmisserne i sagerne har nævnt, at den indeholdelsespligtige var "*bekendt*" med de faktiske forhold, der førte til, at der forelå indeholdelsespligt, kan ikke - som antaget af Skattemini-steriet - tages som udtryk for, at dette skulle være den afgørende præmis. Tværtimod er den indeholdelsespligtiges kendskab til de faktiske forhold den første betingelse for at statuere "forsømmelighed", og Højesteret fort-sætter da også med at konstatere, at den indeholdelsespligtige "*ikke har haft føje*" til at antage, at der ikke var indeholdelsespligt.

Det bestrides endvidere, at Aalborg Industries Holding A/S (Alfa Laval) skulle være underlagt en skærpet agtsomhedsbedømmelse, fordi der an-giveligt var tale om omgåelse af en værnsregel.

For det første bestrides det, at SEL § 2, stk. 1, litra d, om begrænset skat-tepligt er en værnsregel.

For det andet giver det ikke nogen mening at tale om en skærpet agtsom-hedsbedømmelse, fordi parterne var interesseforbundne, når agtsomheds-vurderingen drejer sig om den juridiske subsumption. Den juridiske be-dømmelse af, om et mellemholdingselskab som Altor II S.à.r.l. kan på-beråbe sig DBO'en eller direktivet er jo upåvirket af, om Altor II S.à.r.l. var minoritetsaktionær eller majoritetsaktionær i Aalborg Industries Holding A/S. Østre Landsret har da heller ikke fulgt dette synspunkt i NetApp- el-ler Takeda-sagerne.

På den anførte baggrund gøres det samlet set gældende, at der "*ikke er grundlag for at anse Aalborg Industries Holding A/S for at have handlet "forsømmeligt"*".

11 ANBRINGENDER TIL STØTTE FOR DE SUBSIDIÆRE PÅSTANDE

11.1 *De subsidiære påstande og Alfa Laval's hovedanbringender*

Alfa Laval har i sagen nedlagt følgende subsidiære (sideordnede) påstande:

- (A) Skatteministeriet skal anerkende, at kildeskattekravene mod Alfa Laval Aalborg A/S for årene 2006 og 2007 nedsættes med henholdsvis 1.771.282 kr. og 2.138.966 kr., eller et mindre beløb efter landsrettens bestemmelse.
- (B) Sagen hjemvises til fornyet behandling ved Skattestyrelsen.

Alfa Laval gør ex tuto gældende, at der ikke er grundlag for at afvise den subsidiære påstand (B) om hjemvisning, fordi Alfa Laval har retlig interesse i, at retten pålægger Skattestyrelsen at forholde sig til investordokumentationen fremlagt af Alfa Laval og at nedsætte kildeskattekravet herfter.

Til støtte for den subsidiære påstand (A) gør Alfa Laval overordnet og i første række gældende, at hvis Altor II S.à.r.l. ikke anses som renternes "retmæssige ejer", så skal kildeskattekravet under alle omstændigheder nedsættes til 0 kr., for så vidt angår de kommanditister i de fire ejerfonde, der er organiseret som kommanditselskaber, der er hjemmehørende i andre DBO-lande, og som i oversigten over investorer i Altor 2003 Fund [...] er markeret med grønt - repræsenterende 70,06 % af de samlede investorer - og som ville kunne have modtaget de omhandlede rentebetalinger direkte fra Aalborg Industries Holding A/S uden indeholdelse af dansk kildeskat.

Enten har de pågældende kommanditister krav på nedsættelse efter den DBO, som investorens hjemland har med Danmark, eller også foreligger der ikke noget misbrug, for så vidt angår disse personer. Det gøres i den forbindelse gældende, at kommanditisterne i den eneste ejerfond, der ikke er skattemæssigt transparent, Altor 2003 Fund (No. 2) LP, efter omstændigheder må anses som de "retmæssige ejere" af deres forholdsmæssige andel af de af sagen omhandlede renter, såfremt Altor II S.à.r.l. ikke anses som sådan. For så vidt angår de øvrige tre kommanditselskaber, kommer det ikke på tale at overveje, om disse kan være de "retmæssige ejere" af renterne.

I anden række gøres det gældende, at kildeskattekravet under alle omstændigheder skal nedsættes i et mindre omfang.

Dette anbringende behandles i det følgende afsnit 11.2.

Til støtte for den subsidiære hjemvisningspåstand (B) gør Alfa Laval overordnet gældende, at der herudover - dvs. i tillæg til det af den subsidiære påstand (A) omhandlede krav - består et retskrav på nedsættelse af kilde-skattekravet til 0 kr., i det omfang Alfa Laval under en hjemvisning til Skattestyrelsen dokumenterer, at de direkte eller indirekte investorer i Altor II S.à.r.l. på tidspunkterne for rentetilskrivningerne/-betalingerne var 1) de "retmæssige ejere" af de omhandlede renter i henhold til en DBO mellem domicilstaten og Danmark, 2) fysiske personer (da der ikke i dansk ret er hjemmel til at opkræve kildeskat på renter vedrørende så-danne personer) og/eller 3) statslige og kommunale enheder (da der heller ikke i dansk ret er hjemmel til at opkræve kildeskat på renter vedrørende sådanne personer).

Disse anbringender behandles nedenfor i afsnit 11.3.

Den overordnede begrundelse for, at der består et retskrav på bortfald af kildeskatten i forhold til de nævnte (bagvedliggende) personer, er, at der -i dette subsidiære scenarie - ikke foreligger noget misbrug af hverken den dansk-luxembourgske DBO eller rente-/royaltydirektivet i forhold til disse investorer, fordi en rentebetaling direkte til disse investorer ville være fri-taget for dansk kildeskat.

Det kan således alene komme på tale at bortse fra den umiddelbare mod-tager af en rente (eller et udbytte), dvs. statuere misbrug, såfremt - og i det omfang - midlerne er gennemstrømmet dette selskab videre til et selskab, der er hjemmehørende i en stat, med hvilken Danmark ikke har en DBO (eller til et selskab, der ikke er omfattet af en DBO), eller at midlerne er be-stemt hertil, og at dette selskab er den alternative "retmæssig ejer" af mid-lerne.

Dette følger både af ISS-dommen [...], ligesom det nu også følger af Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen [...].

I ISS-dommen udtalte Østre Landsret således følgende [...]:

"Det må på den baggrund antages, at tilsidesættelse af en overenskomstmæssig begrænsning i kildeskatten forudsætter, at ud-betalingen er ført videre eller i hvert fald med sikkerhed er bestemt til at blive ført videre til personer i tredjelande uden dobbeltbeskat-ningsoverenskomst."

Og i NetApp-sagen fandt Østre Landsret hertil, at der ikke var grundlag for en antagelse om et misbrug af DBO'en mellem Danmark (hvor det udbytteudloddende selskab var hjemmehørende) og Cypern (hvor det udbyttemodtagende selskab var hjemmehørende) i forhold til et udloddet udbytte, eftersom det i sagen fandtes godtgjort, at dette udbytte rent faktisk blev betalt fra Cypern til Bermuda og derfra videre til det øverste moderselskab i USA, hvor midlerne endte (hvorfor moderselskabet i princip netop kunne påberåbe sig den dansk-amerikanske DBO).

I dommens præmisser hedder det således herom [...]:

"Såfremt det med sikkerhed kan fastslås, at den retmæssige ejer af udbyttet er hjemmehørende i et andet land end det land, hvor medlemmet er hjemmehørende, og det land, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende, har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, kan den retmæssige ejer imidlertid påberåbe sig reglerne i denne dobbeltbeskatningsoverenskomst som grundlag for skattenedsættelse, jf. herved også pkt. 12.2 i kommentaren til OECD's modeloverenskomst fra 2003. Dette indebærer, at der i en sådan situation ikke kan siges at foreligge et misbrug, idet udbyttet ville kunne være udloddet skattefrit af det danske datterselskab direkte til den retmæssige ejer i det pågældende land.

Den omstændighed, at den retmæssige ejer er hjemmehørende i et land, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, må også inddrages ved vurderingen af, om der foreligger retsmisbrug efter moder/datterselskabsdirektivet, således som det også er udtrykt i EU-Domstolens dom i denne sag (præmis 110)."

Efter Alfa Laval's opfattelse følger det direkte af DBO'en med den pågældende alternative "retmæssige ejers" hjemstat, sammenholdt med SEL § 2, stk. 1, litra d, at rentekildeskatten bortfalder, såfremt den pågældende person er beskyttet af DBO'en. Om bortfaldet af den danske rentekildeskat i forhold til en bagvedliggende ejer, der anses som den (alternative) "retmæssige ejer", sker med den begrundelse, at det i den konkrete situation findes en DBO med den pågældende persons hjemstat, der finder direkte anvendelse (således som Alfa Laval ser det), eller med den begrundelse (som Østre Landsret antog i NetApp-sagen, og som er i overensstemmelse med Skatteministeriets synspunkt), at tilstedeværelsen af (og beskyttelsen under) DBO'en mellem den pågældende investor-stat og Danmark, bevirker, at der ikke foreligger et misbrug af den dansk-luxembourgske DBO,

hvor den umiddelbare rentemodtager, Altor II S.à.r.l., er hjemmehørende, forekommer at være "en strid om ord", som ikke skal forfølges nærmere.

Det afgørende er, at Østre Landsret i ISS-sagen og NetApp-sagen har fast-slået, at der ikke er dansk kildeskat (af udbytter), når den "retmæssige ejer" er hjemmehørende i et land, som har indgået en DBO med Danmark, som den "retmæssige ejer" er omfattet af, og som vedkommende derfor kan påberåbe sig. Der må nødvendigvis gælde helt det samme, for så vidt angår dansk kildeskat af renter.

Hertil kommer, at der ved en direkte rentebetaling til en fysisk person eller til en statslig eller kommunal enhed - ubestridt - slet ikke ville være hjemmel til at opkræve dansk kildeskat. Dette indebærer, efter Alfa Laval's opfattelse, at der - i det omfang sådanne personer anses som renternes al-ternative "retmæssige ejere" - slet ikke er noget grundlag for at statuere misbrug.

Alfa Laval gør gældende, at kommanditisterne i de fire ejer-fonde er renternes "retmæssige ejere" i det subsidiære scenarie.

11.2 Kildeskattekravet skal nedsættes i forhold til 70,06 % af kommanditisterne

For det tilfælde at Altor II S.à.r.l. ikke anses som den "retmæssige ejer" af de af sagen omhandlede renter, gør Alfa Laval overordnet og i første række gældende, at kildeskattekravet skal nedsættes til 0 kr., for så vidt angår de kommanditister i de fire ejer-fonde, der er organiseret som kommandit-selskaber, og som er hjemmehørende i andre DBO-lande (og som ville kunne have modtaget de omhandlede rentebetalinger direkte fra Aalborg Industries Holding A/S uden indeholdelse af dansk kildeskat).

I opgørelsen over investorer i Altor 2003 Fund [...] er der foretaget en opgørelse af disse personer på baggrund af oplysningerne om investorernes identitet i kommanditselskabernes årsrapporter [...]. Personerne er markeret med grønt og de tegner sig for 70,06 % af de samlede investorer i de 5 ejerfonde.

Som redegjort for i foregående afsnit, har de pågældende kommanditister enten krav på nedsættelse efter den DBO, som investorens hjemland har med Danmark, eller også foreligger der ikke noget misbrug, for så vidt angår disse personer.

11.2.1 Hvilke personer er alternativt de "retmæssige ejere" af de af sagen omhandlede renter?

I en ejerstruktur som den foreliggende, hvor der er 4 kommanditselskaber og 1 almindeligt selskab, der er aktionærer i det selskab, der er den umiddelbare modtager af de af sagen omhandlede renter, Altor II S.à.r.l., og som i dette subsidiære scenarie er anset for ikke at være renternes "retmæssige ejer", opstår spørgsmålet, hvilke personer der så må anses som de "retmæssige ejere" heraf.

Et kommanditselskab anses normalt for at være skattemæssigt transparent - dvs. der bortses i skattemæssig henseende fra selskabet - og det er derfor deltagerne (kommanditisterne og eventuelt komplementarselskabet, såfremt dette har en ejerandel i selskabet), der skattemæssigt beskattes af deres forholdsmæssige andel af resultatet, ligesom de anses for at eje en forholdsmæssig andel af selskabets aktiver og passiver.

Det er i sagen ubestridt, at de 4 kommanditselskaber anses for at være skattemæssigt transparente i hjemstaten Jersey.

Der synes i sagen videre at være enighed om, at såfremt kommanditisterne i deres hjemlande ligeledes anser det pågældende kommanditselskab for at være skattemæssigt transparent, så kan det pågældende kommanditselskab ikke være den "retmæssige ejer" af de af sagen omhandlede renter. Det giver således ingen mening, når nu selskabet ikke eksisterer i skattemæssig forstand.

I nærværende sag gør Alfa Laval gældende, at det er godtgjort, at Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP og Altor 2003 Fund (No. 4) LP er skattemæssigt transparente også i kommanditisternes hjemlande. Dette vil blive uddybet i næste afsnit.

Det betyder, at det er kommanditisterne - og ikke de pågældende kommanditselskaber - der har ydet de pågældende lån til Altor II S.à.r.l. og dermed også oppebåret de omhandlede renter på lånene i skattemæssig henseende.

Det må derfor - i hvert fald som udgangspunkt - være kommanditisterne, der er de alternative "retmæssige ejere" af de renter, der er betalt fra Aalborg Industries Holding A/S til Altor II S.à.r.l. Renterne er således gennemstrømmet Altor II S.à.r.l. til kommanditisterne. Når det anføres, at det må være udgangspunktet, er det fordi, at det er en forudsætning, at kommanditisten er et selvstændigt skattesubjekt og ikke selv en skattetransparent enhed (f.eks. en fund-of-funds i form af et andet kommanditselskab). Endvidere kan man teoretisk set forestille sig, at den pågældende kom-

manditist, selv om vedkommende er et selvstændigt skattesubjekt, også må anses for at være et "gennemstrømningsselskab", der er etableret med henblik på at deltage i det pågældende misbrug, der anses at foreligge i dette subsidiære scenarie.

Det gøres gældende, at det i givet fald må være op til Skatteministeriet at påvise, at en kommanditist i et af de 4 kommanditselskaber ikke er den "retmæssige ejer" af de af sagen omhandlede renter som følge af, at den pågældende kommanditist selv anses som et "gennemstrømningsselskab" eller i øvrigt ikke kan påberåbe sig sin DBO med Danmark som følge af et konkret misbrug.

Umiddelbart nedenfor i afsnit 11.2.2 vil der blive gjort yderligere be-mærkninger om kommandisterne i disse tre selskaber.

For så vidt angår Altor 2003 Fund (No. 2) LP, så fremgår det af afsnit 4.4.1 ovenfor, at dette selskab behandles som et ikke-skattetransparent selskab af kommanditisterne, selv om kommanditselskabet altså er et skattetrans-parent selskab i Jersey. Der foreligger således et såkaldt hybridt mismatch.

I det omfang dette måtte betyde, at selskabet i princippet kan anses som den "retmæssige ejer" af de renter, der er betalt fra Altor II S.à.r.l. til sel-skabet, gøres det i nærværende sag - og i overensstemmelse med princip-pet i NetApp-dommen - gældende, at dette selskab ikke er den "retmæssi-ge ejer" af de pågældende renter, men at det i stedet er kommanditisterne i selskabet, der må anses som sådan (hvis de altså ikke selv er transparente enheder). Det vil blive uddybet nedenfor i afsnit 11.2.3.

I princippet er samme synspunkt relevant, for så vidt angår den femte ejerfond, Altor 2003 Fund (No. 5) Limited, men da der ikke foreligger til-strækkelige oplysninger om aktionærene i dette selskab på nuværende tidspunkt, er dette selskab og dets aktionærer ikke omfattet af den subsi-diære påstand. Det bemærkes, at Altor 2003 Fund (No. 5) Limited alene ejer 0,61 % af den samlede investering.

11.2.2 Kommanditisterne i Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP og Altor 2003 Fund (No. 4) LP

Som netop nævnt, gøres det gældende, at et kommanditselskab, der anses for transparent af såvel domicilstaten som af den stat, hvor kommanditi-sten er hjemmehørende, ikke kan være den "retmæssige ejer" af de af sa-gen omhandlede renter.

I nærværende sag gør Alfa Laval gældende, at det er godtgjort, at Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP og Altor 2003 Fund (No. 4) LP er skattemæssigt transparente også i kommanditisternes hjemlande. For så vidt angår Altor 2003 Fund (No. 1) LP, fremgår det da også direkte af ejeraftalen (LPA'en) [...], at kommanditselskabet skal be-handles som en transparent enhed. Dette vil blive omtalt yderligere senere i dette afsnit.

Det kommer derfor ikke på tale at overveje, om Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP og Altor 2003 Fund (No. 4) LP er de "retmæssige ejer" af renterne, da disse enheder ikke eksisterer i skatte-mæssig henseende.

I disse selskaber er det således kommanditisterne, der i skattemæssig hen-seende har oppebåret de omhandlede renter fra Altor II S.à.r.l. (hvis de ik-ke selv er transparente enheder). Såfremt Altor II S.à.r.l. ikke anses som den "retmæssige ejer" af de renter, der er betalt fra Aalborg Industries Holding A/S til Altor II S.à.r.l., da selskabet har fungeret som et "gennem-strømningsselskab", må det derfor være kommanditisterne - der jo rent faktisk har oppebåret de viderebetalte renter fra Altor II S.à.r.l. - der anses som de "retmæssige" ejere heraf, jf. ovenfor (hvis de ikke selv er skatte-transparente). Der er ikke andre muligheder.

SKAT har da også i sin afgørelse i sagen [...] lagt til grund, at det er kommanditisterne ("investorerne") i Altor 2003 Fund, der er de "retmæssige ejere", og at der kan gives nedsættelse af kildeskattekravet, såfremt der fremsendes tilstrækkelige oplysninger om investorerne og deres hjemsted [...].

Det fremgår af bl.a. E 1431 ff., at Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP og Altor 2003 Fund (No. 4) LP ejer henholdsvis 65,83 %, 4,58 % og 0,16 % af den samlede Altor 2003 Fund-investering, dvs. til sammen 70,57 %. Det fremgår videre, at de kommanditister, der er ikketransparente enheder hjemmehørende i andre DBO-lande repræsente-rer henholdsvis 44,73 %, 4,58 % og 0,06 %.

Det ses, at disse kommanditister fortrinsvis er hjemmehørende i Tyskland, USA, Storbritannien, Nederlandene, Schweiz, Norge, Sverige og Finland.

Da disse kommanditister er hjemmehørende i lande, med hvilke Danmark har indgået en DBO (og der derfor ikke ville være noget grundlag for dansk kildeskat på renterne ved en direkte betaling til disse), foreligger der under alle omstændigheder ikke noget misbrug af den dansk-

luxembourgske DBO - eller af rente-/royaltydirektivet - i denne sag i forhold til disse investorer.

Det gøres gældende, at disse lande behandler de omhandlede kommanditselskaber som skattemæssigt transparente enheder i deres hjemlande.

Der er medtaget materiale i materialesamlingen, der dokumenterer, at i hvert fald Sverige, Norge, Finland, Tyskland, Schweiz og Storbritannien (samt Nederlandene for så vidt angår Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP), anser de pågældende kommanditselskaber for transparente (ligesom Danmark gør det). Dette vil blive godtgjort under hovedforhandlingen, i det omfang det bestrides af Skatteministeriet.

For så vidt angår Altor 2003 Fund (No. 1) LP fremgår det direkte af LPA'-en, at kommanditselskabet skal behandles som et transparent selskab, herunder er dette specifikt udtrykt i forhold til amerikanske investorer (der i USA normalt har mulighed for at vælge, hvorledes et selskab skal behandles i skattemæssig henseende). Amerikanske investorer, der ønsker en ikke-transparent struktur, kan i stedet investere gennem Altor 2003 Fund (No. 2) LP, jf. næste afsnit.

For så vidt angår Storbritannien henvises til Alfa Lavals Suppl. MS 7, der er et uddrag fra de engelske skattemyndigheders hjemmeside og deres "International Manual" - "INTM180030 - Foreign entity classification for UK tax purposes: List of Classifications of Foreign Entities for UK tax purposes". Det fremgår heraf, at et "LP" (altså et kommanditselskab) på Jersey er skattemæssigt transparent for en engelsk deltager.

Der henvises videre til en artikel i Nordic Tax Journal i [...], hvoraf fremgår, at såvel Sverige [...], Norge [...] som Finland [...] betragter et uden-landsk *limited partnership* - et kommanditselskab - som værende skattemæssigt transparent.

Også i Tyskland betragtes et udenlandsk kommanditselskab, som de i sagen omhandlede, som værende skattemæssigt transparente. Der kan her henvises til [...].

Det tilsvarende gælder i Schweiz, jf. [...].

Hvad angår Nederlandene, er spørgsmålet lidt mere kompliceret. Der henvises til en beslutning fra de hollandske skattemyndigheder fra 2004 [...], og hvor det af afsnit 3 (som er fremlagt i en kontoroversættelse - [...])

under overskriften "kvalifikation af udenlandske juridiske former" bl.a. hedder (afsnit 3.3):

"Distributionsbeslutningen - som også blev anvendt som et kriterium i henhold til dekret af 18. september 1997, nr. DGO 97-417 (Red.; medtaget i BNB 1998/15) - har ikke vist sig at være et tilstrækkeligt kriterium til at skelne mellem transparente eller ikke-transparente enheder. Nedenfor uddybes grundlaget for vurderingen på grundlag af fire spørgsmål.

Kan partnerskabet have juridisk ejendomsret til de aktiver, hvorigennem partnerskabets aktiviteter udføres?

Er der mindst én deltager med ubegrænset hæftelse for partnerskabets gæld og andre forpligtelser?

Ubegrænset hæftelse betyder, at hæftelsen rækker ud over den investerede kapital. Deltagerens hæftelse er ikke begrænset til et fast beløb. Solidarisk hæftelse og hæftelse for lige dele er også omfattet af ubegrænset hæftelse. Ved vurderingen af hæftelsen må der ikke skelnes mellem ubegrænset hæftelse og subsidiær hæftelse. Subsidiær hæftelse betyder, at selskabets medlemmer kun kan stilles til ansvar, hvis det viser sig, at selskabet ikke kan opfylde sine forpligtelser. Denne situation kan f.eks. opstå i tilfælde af likvidation eller konkurs.

Har selskabet en kapital, der er opdelt i aktier? Ved kapital opdelt i aktier forstås også kapitalandele, der kan sidestilles med aktier.

Kan der, bortset fra i tilfælde af arv eller legat, ske indtræden eller udskiftning af deltagere uden samtykke fra alle deltagere?

...

Hvis svaret på (A) er "ja" og (B) er "nej", skal det udenlandske partnerskab betragtes som en ikke-transparent enhed.

Hvis svaret på (A) er "ja" eller "nej", og (B) er "ja", skal (C) og (D) vurderes. Hvis svaret på (C) og (D) er "ja", er enheden ikke-transparent. Hvis svaret på (C) eller (D) er "nej", er enheden gennemsigtig.

I tilfælde af et partnerskab, der kan sammenlignes med et nederlandsk kommanditselskab, er det kun (D), der skal vurderes, som en afvigelse fra ovenstående. Et partnerskab kan sammenlignes med et nederlandsk kommanditselskab, hvis partnerskabet har følgende karakteristika:

- Et selskab drives i partnerskabets navn,
- der er mindst én "komplementar" og én "kommanditist",
- komplementaren har ubegrænset eller lige meget ansvar over for tredjemand (som omhandlet i B),
- kommanditisten er kun internt ansvarlig op til det beløb, der svarer til den investerede kapital, og
- kommanditisten udfører ikke eksterne ledelses- og administrations-opgaver

I den situation, hvor et partnerskab kan sammenlignes med et kommanditselskab, og (D) besvares med "ja", er der tale om en ikke-transparent enhed. I henhold til Højesterets dom af 7. juli 1982, nr. 20 655 (BNB 1982/268), er komplementaren direkte ansvarlig for indkomstskatteopkrævningen for sin andel af resultatet i en sådan juridisk form, hvis han er en fysisk person, eller i selskabsskatteopkrævningen, hvis han er en juridisk person.

I den situation, hvor et partnerskab ligner et kommanditselskab, og (D) besvares med "nej", er der tale om en transparent enhed. (Vores understregninger).

Når der således er tale om et udenlandsk kommanditselskab, er det altså afgørende, om der kan ske indtræden eller udskiftning af deltagere uden samtykke fra alle deltagere.

Det ses af selskabets årsrapport, at der i Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP alene er én kommanditist, nemlig Stichting Shell Pensionsfonds [...].

Som redegjort for ovenfor i afsnit 4.5, fremgår det af LPA'ens pkt. 5 om "*Admission of Additional Limited Partners*" [...], at dette kræver skriftlig tilsgang fra alle partnere, ligesom det af pkt. 10 om "*Assignment of interests*" [...] fremgår, at sådanne overdragelser kræver kommanditisternes samtykke.

Det kan dermed konstateres, at Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP må anses som et såkaldt "*closed limited partnership*", og dermed også som skattemæssig transparent efter kommanditistens lokale skatteregler i Holland.

En hollandsk firmapensionskasse i form af en Stichting Pensioensfonds -en selvejende institution - er omfattet af de hollandske DBO'er, hvorfor Stichting Shell Pensioensfonds også nyder beskyttelse efter den dansk-hollandske DBO. En direkte betaling af renter fra Aalborg Industries Holding A/S til Stichting Shell Pensioensfonds ville således ikke være undergivet dansk rentekildeskat.

I det omfang det ikke findes godtgjort, at et investor-land (dvs. et land, hvor en investor er hjemmehørende) anser Altor 2003 Fund (No. 1) LP, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP eller Altor 2003 Fund (No. 4) LP som værende skattemæssigt transparente, gøres det endvidere gældende, at disse enheder så under alle omstændigheder ikke kan anses som den "retmæssige ejer" af de af sagen omhandlede renter. Der henvises i den forbindelse til den argumentation, der gælder for den ikke-transparente ejerfond, Altor 2003 Fund (No. 2) LP, i afsnit 11.2.3.

På baggrund af ovenstående gøres det altså gældende, at der skal nedsættelse til 0 kr., for så vidt angår kommanditisterne markeret med grønt i investoroversigten [...], dvs. for i alt 44,73 %, 4,58 % og 0,06 %.

11.2.3 *Kommanditisterne i Altor 2003 Fund (No. 2) LP*

For så vidt angår Altor 2003 Fund (No. 2) LP, fremgår det af LPA'en [...], at kommanditselskabet skal behandles som et ikke-transparentt selskab, herunder er dette specifikt udtrykt i forhold til amerikanske investorer (eftersom der i USA normalt er mulighed for at vælge, hvorledes et selskab skal behandles i skattemæssig henseende). Amerikanske investorer, der ønsker en transparent struktur, kan i stedet investere gennem Altor 2003 Fund (No. 1) LP, jf. ovenfor.

Som det ses af investorlisten [...], udgør langt hovedparten af kommanditisterne i Altor 2003 Fund (No. 2) LP da også amerikanske investorer, fortrinsvis universiteter og pensionskasser.

Det fremgår af ..., at Altor 2003 Fund (No. 2) LP ejer 28,82 % af den samlede Altor 2003 Fundinvestering. Det fremgår videre, at de kommanditister, der er ikke-transparente enheder hjemmehørende i andre DBO-lande (USA) repræsenterer de 71,77 % af Altor 2003 Fund (No. 2) LP's investering og dermed 20,69% af den samlede Altor 2003 Fund-investering [...].

De 20,69 % lagt sammen med de i forrige afsnit opgjorte og med grønt markerede "gode investorer" på henholdsvis 44,73 %, 4,58 % og 0,06 %,

udgør i alt den andel på 70,06 %, der er omfattet af den subsidiære på-stand (A).

Den omstændighed, at Altor 2003 Fund (No. 2) LP behandles som et ikke-skattetransparent selskab af kommanditisterne, selv om kommanditselskabet behandles som et skattetransparent selskab i Jersey, udgør det, som traditionelt omtales som et hybridt mismatch.

I det omfang dette måtte betyde, at kommanditselskabet i princippet kan anses som den "retmæssige ejer" af de renter, der er betalt fra Altor II S.à.r.l. til selskabet, gøres det - i overensstemmelse med princippet i Net-App-dommen [...] - gældende, at dette selskab ikke er den "retmæssige" ejer af de pågældende renter, men at det i stedet er kommanditisterne i selskabet, der må anses som sådan (hvis disse altså ikke selv er transpa-rente enheder).

At der kan bortses fra et selvstændigt skattesubjekt som værende den "retmæssige ejer" af en modtaget pengestrøm, følger naturligvis allerede af den omstændighed, at også den umiddelbare rentemodtager i dette subsidiære scenarie, Altor II S.à.r.l., er "diskvalificeret" som værende den "retmæssige ejer", men det følger også af princippet i NetApp-dommen [...], hvor et udbytte (efter at have passeret den umiddelbare udbyttemodtager, der var hjemmehørende i et DBO-stat) også passerede et (ikke-transparent) selskab, der var beliggende i en ikke-DBO-stat, nemlig Bermuda, men hvor Bermuda-selskabet på trods heraf ikke blev anset som den "retmæssige ejer" af det af sagen omhandlede udbytte. I stedet blev et overliggende amerikansk selskab, der rent faktisk endte med at modtage midlerne, anset for at være den "retmæssige ejer" heraf.

I nærværende sag bemærkes, at de renter, der er betalt fra Altor II S.à.r.l. til Altor 2003 Fund (No. 2) LP er direkte gennemstrømmet denne ejerfond og viderebetalt til kommanditisterne umiddelbart efter modtagelsen heraf, dvs. i november 2007, og at det derfor er kommanditisterne, der har haft den fulde glæde af disse renter. Hvis Altor II S.à.r.l. må anses som et "gen-nemstrømningsselskab" må Altor 2003 Fund (No. 2) LP således også være det. Alt andet giver ingen mening.

Den omstændighed, at en række af disse kommanditister er skattefritagne universiteter eller pensionsordninger i USA - og at de dermed ikke har betalt skat af de modtagne renter - ændrer ikke ved, at Danmark efter den dansk-amerikanske DBO (ved en direkte betaling af renter fra Danmark dertil) ville være forpligtet til ikke at opkræve kildeskat på renterne. Dette er (vist nok) ubestridt i sagen.

11.2.4 Nedsættelse i et skønnet mindre omfang

Som det er fremgået af de to foregående afsnit, gøres det altså gældende, at der bør ske nedsættelse af kildeskattekravet med 70,06 %.

I anden række - dvs. hvis det ikke anses for godtgjort, at samtlige 70,06 % af kommanditisterne er berettiget til nedsættelse - gøres det gældende, at kildeskattekravet under alle omstændigheder skal nedsættes i et mindre omfang.

Dette må i hvert fald gælde f.eks. i forhold til de kommanditister, for hvilke der i sagen er fremlagt yderligere dokumentation omkring uddelinger m.v., jf. ovenfor i afsnit 4.3, 4.4, 4.5 og 4.6, f.eks. for Harvard Management Private Equity Corporation, Yale University og Princeton University.

Tilsvarende må gælde for den hollandske Stichting Shell Pensioensfonds, der er omfattet af den dansk-nederlandske DBO.

Som pensionsinstitutioner omfattet af den fællesnordiske DBO vil Den kommunale Landspensjonskasse (0,46 %), Norge, og de to svenske børsnoterede pensionsselskaber Livsförsäkringsaktiebolaget Skandia (8,12 %) og Länsförsäkringar Liv Försäkringsaktiebolag (8,12 %) også uden videre være berettiget til nedsættelse. Direkte rentebetalinger til disse institutioner ville således klart ikke være omfattet af dansk kildeskat på renter.

Tilsvarende må gælde for den hollandske Stichting Shell Pensioensfonds, der er omfattet af den dansk-nederlandske DBO.

Det må endvidere være tilfældet for udenlandske statslige og kommunale enheder samt for udenlandske fysiske personer, eftersom Danmark slet ikke har hjemmel til at beskatte sådanne personer af renter fra danske lån-tagere.

I forhold til sådanne personer gøres det således gældende, at det er uden betydning for spørgsmålet om nedsættelse, om vedkommende er omfattet af en DBO. Danmark har således ikke intern hjemmel til at opkræve renteskat over for en udenlandsk fysisk person eller en udenlandsk stat/kommune (dvs. dette gælder, uanset hvor disse måtte være skatte-mæssigt hjemmehørende), hvorfor der under omstændigheder ikke kan foreligge noget misbrug i forhold til sådanne personer, der måtte anses som de (alternative) "retmæssige ejer" af en rente. I dette konkrete scenarie spiller dette spørgsmål dog næppe nogen stor rolle, eftersom de identificere-

rede fysiske personer og statslige eller kommunale institutioner alle er hjemmehørende i DBO-stater.

Det gælder således de fysiske personer, der er kommanditister i Altor 2003 Fund (No. 4) LP.

Det gælder tillige uden nærmere forklaring for Wolverhampton Borough Council (altså en kommune i England).

For så vidt angår Tredje AP-Fonden, som er Sveriges pendant til ATP, henvises til E 688, hvoraf fremgår, at Tredje AP-Fonden er en statsinstitution i Sverige, og at den er skattefritaget i Sverige [...].

For så vidt angår KEVA - der indtil 2011 hed The Local Government Pensions Institution [...] - er der tale om Finlands statslige pensionskasse for stats- og kommunalt ansatte, hvilken institution er lovreguleret i "Local Government Pensions Act" (i dag KEVA-loven). Der henvises til [...] års-rapporten for 2011 - og til [...], hvoraf bl.a. fremgår, at KEVA er Finlands største pensionskasse.

Selv hvis de to ovennævnte institutioner ikke anses som statslige enheder, vil de som pensionskasser omfattet af den fællesnordiske DBO være berettiget til fuld lempelse for dansk kildeskat på renter, jf. bemærkningerne ovenfor om øvrige nordiske pensionsinstitutioner.

11.3 *Alfa Laval's hjemvisningspåstand*

Subsidiært gøres det endelig gældende, at sagen bør hjemvises til Skattestyrelsen med henblik på, at Skattestyrelsen endeligt opgør, i hvilket omfang kildeskattekravet skal nedsættes i forhold til de øvrige kommanditister, for hvilke der efter landsrettens opfattelse ikke er fremlagt tilstrækkelig dokumentation for disses hjemsteder eller tilsvarende.

Dette gælder således både i forhold til kommanditister, for hvilke landsretten ikke har fundet det tilstrækkeligt godtgjort, at de opfylder betingelserne for nedsættelse, f.eks. som følge af manglende dokumentation for hjemsted, eller skattemæssig behandling af kommanditselskabet, samt for de ca. 22 % af kommanditisterne, der selv er organiseret som skattetransparente kommanditselskaber - de såkaldte fund-of-funds - og hvor der ikke er fremlagt materiale om disse enheders selskabsdeltagere.

Det bemærkes i denne forbindelse, at der er tale om et stort antal investorer, og at Skatteministeriet indtil videre ikke har kunnet acceptere, at no-

gen af de pågældende kommanditister er berettiget til nedsættelse af kravet.

Med henblik på ikke at belaste sagen med en omfattende bevisførelse vedrørende hver enkelt af de 70 kommanditister, hvilket tilsyneladende også efter ministeriets opfattelse er nyttesløs, har Alfa Laval derfor nøjedes med at fremlægge dokumentation for en række af investorerne. I det omfang landsretten alene måtte finde det er godtgjort, at der skal ske nedsættelse for en mindre del af kommanditisterne, lægger Alfa Laval således op til, at landsretten skal hjemvise sagen i forhold til øvrige investorer, der måtte opfylde tilsvarende betingelser (og altså lade skatteforvaltningen foretage den ligningsmæssig opgave, der består i at vurdere, om de af landsretten udstukne betingelser for nedsættelse af kildeskattekravet er opfyldt i forhold til de investorer, der måtte mene sig berettiget til en sådan nedsættelse.”

Skatteministeriet har i sit sammenfattende processkrift af 3. januar 2022 anført bl.a.:

”7. SKATTEMINISTERIETS UDDYBENDE ARGUMENTATION

7.1 Altor II S.a.r.l. er skattepligtig af renterne

Skattepligt i henhold til selskabsskatteloven påhviler selskaber og foreninger mv. som nævnt i lovens § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de oppebærer renter fra kilder her i landet vedrørende gæld, som et selskab eller en forening m.v. omfattet af § 1 eller litra a) har til juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B (kontrolleret gæld), jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), første punktum.

Formålet med skattepligten er ifølge bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser (lovforslagets § 10, nr. 1), ”at imødegå, at et dansk selskab m.v. nedsætter den danske beskatning ved at reducere den skattepligtige indkomst gennem rentebetalinger til visse finansielle selskaber i lavskattelande, hvis det udenlandske selskab m.v. kontrollerer det danske selskab m.v.” [...], hvilket skal ses i sammenhæng med, at formålet med lovforslaget ifølge de almindelige bemærkninger bl.a. er ”at begrænse mulighederne for skatteplanlægning ved fradrag for koncerninterne renter, når det modtagende koncernselskab betaler ingen eller meget lidt i skat af de renter, der er fratrukket ved opgørelsen af dansk skattepligtig indkomst” [...].

Der er mellem parterne enighed om, at Altor II S.a.r.l. er et selskab som nævnt i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, at Aalborg Industries Holding A/S er et selskab omfattet af lovens § 1, og at det omhandlede lån mellem de to selskaber udgør kontrolleret gæld.

Udgangspunktet er derfor, at Altor II S.a.r.l. er skattepligtig af de omhandlede renter, og dette udgangspunkt er der i det foreliggende tilfælde ikke grundlag for at fravige, jf. umiddelbart nedenfor.

7.1.1 Skattepligten er ikke bortfaldet i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum

Af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum, følger som nævnt, at skattepligten efter første punktum ikke omfatter renter, hvis beskatningen af renterne ”skal” frafaldes eller nedsættes efter rente/royaltydirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende.

I overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd er det i de førnævnte bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser [...] anført, dels at den begrænsede skattepligt ikke omfatter et selskab, der er hjemmehørende i et andet EU-land, ”hvis rente-/royaltydirektivets betingelser er opfyldt”, dels at den begrænsede skattepligt ikke omfatter rentebetalinger til et udenlandsk selskab, der er hjemmehørende i Færøerne, Grønland eller et andet land, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, ”hvis overenskomsten medfører, at Danmark skal frafalde eller nedsætte beskatningen af renterne.”

Det fremgår således af bestemmelsens ordlyd og forarbejder, at en undtagelse fra skattepligten alene kommer på tale, hvis der efter rente-/royalty-direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst består en pligt til at frafalde eller nedsætte beskatningen. Følger en sådan pligt ikke af direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det modtagende selskab skattepligtigt af renterne. Lovgivningsmagten har altså valgt den tilgang at lade rente-/royaltydirektivet og en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst være styrende for, om en rentebetaling er omfattet af en skattepligt eller ej.

Af bestemmelsens forarbejder fremgår endvidere, at skattemyndighederne vil kunne skride ind over for tilfælde, hvor rente-/royaltydirektivet og/eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst måtte blive misbrugt som led i en omgåelse af skattepligten.

I forbindelse med udvalgsbehandlingen af lovforslag nr. 119 af 17. december 2003, der ligger til grund for indførelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), anførte skatteministeren således i et svar på en henvendelse fra FSR [...] bl.a.:

”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 land, 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 rentebetalingen hverken er omfattet af EU’s rente-/royaltydirektiv eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten.”

I afsnit 7.1.1.1 og 7.1.1.2 redegøres der for fortolkningen af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst henholdsvis rente-/royaltydirektivet, medens der i afsnit 7.1.1.3 følger en samlet argumentation for, at skattemyndighederne efter de foreliggende omstændigheder har været berettigede til at nægte en indrømmelse af de fordele, der følger af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst henholdsvis rente-/royaltydirektivet.

7.1.1.1 Den abstrakte fortolkning af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Ifølge den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, stk. 1 [...], kan renter, der hidrører fra en kontraherende stat (Danmark), og som betales til en i en anden kontraherende stat (Luxembourg) hjemmehørende person, kun beskattes i denne anden stat (Luxembourg), hvis denne person er den ”retmæssige ejer” af renterne. Efter ordlyden af denne bestemmelse er Danmark altså kun forpligtet til at fratage beskatningen af renter, der hidrører fra Danmark, hvis modtageren er renternes ”retmæssige ejer” .

Begrebet renternes ”retmæssige ejer” må fortolkes i overensstemmelse med det tilsvarende begreb i OECD’s modeloverenskomsts artikel 11, stk. 1 [...], idet den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er indgået på grundlag af modeloverenskomsten.

7.1.1.1.1 Begrebet ”retmæssig ejer” er et autonomt begreb

Begrebet ”retmæssig ejer” er et autonomt begreb, dvs. at det har et selv-stændigt indhold uafhængigt af de kontraherende staters interne lovgivning, jf. også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...], SKM2021.304.ØLR [...] og SKM2012.121.ØLR [...]. Denne retsopfattelse bør ligeledes lægges til grund for afgørelsen af den foreliggende sag.

Af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 3, stk. 2, følger således, at ethvert udtryk, der ikke er defineret i overenskomsten, skal tillægges den betydning, som det har i denne stats lovgivning om de skatter, hvorpå overenskomsten finder anvendelse, medmindre andet følger af sammenhængen.

Det følger netop af sammenhængen, som begrebet ”retsmæssig ejer” ejer indgår i, at det ikke kan fastlægges på grund af de kontraherende staters interne lovgivning. Begrebet benyttes nemlig som kriterium for en begrænsning af kildestatens beskatningskompetence, og det må derfor nødvendigvis have et autonomt indhold. Hvis det var overladt til den enkelte kontraherende stat at fastlægge indholdet af begrebet, kunne de kontraherende stater hver især – ensidigt – fastlægge, hvornår deres beskatningskompetence skulle begrænses.

Kildestaten ville med andre ord selv kunne bestemme, i hvilket omfang den fordel, som den gensidige overenskomst ellers indrømmer, nemlig en afskæring af kildestatens beskatningskompetence, skulle nydes. Hvis en bestemmelse svarende til den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, skal kunne tjene sit formål, nemlig undgåelse af dobbeltbeskatning, må begrebet altså nødvendigvis have et (autonomt) indhold, der er uafhængigt af de kontraherende staters interne ret.

OECD’s kommentarer til modeloverenskomsten er da også et klart vidnesbyrd om, at OECD og dets medlemsstater, herunder den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts kontraherende parter, anser begrebet ”retmæssig ejer” for at have et autonomt indhold.

I punkterne 7-10 om ”Misbrug af overenskomsten” i OECD’s 1977-kommentarer til modeloverenskomsten er der således beskrevet misbrugs-

tilfælde (”kunstgreb”) i form af ”sædvanligvis kunstfærdige juridiske konstruktioner”, herunder den situation, hvor en person, som ikke selv kan påberåbe sig en overenskomsts fordele, disponerer via en person, der kan, for derved at tilegne sig fordelene, og det fremgår videre, at nogle af disse situationer ”behandles i overenskomsten, f.eks. ved at indføre begrebet retmæssig ejer” i bl.a. overenskomstens artikel 11 [...]. De i kommentarerne indeholdte bemærkninger om, hvad der nærmere skal forstås ved begrebet ”retmæssig ejer”, jf. herom umiddelbart nedenfor, er også et vidnesbyrd om, at begrebet har et selvstændigt indhold, der er uafhængigt af de kontraherende staters interne lovgivning.

På denne baggrund bør det altså, i overensstemmelse med hvad Østre Landsret også allerede er kommet frem til, jf. ovenfor, fastslås, at begrebet ”retsmæssig ejer” er et autonomt begreb og derfor ikke skal fortolkes i overensstemmelse med begrebet ”rette indkomstmodtager”.

7.1.1.1.2 Begrebet ”retmæssig ejer” skal fortolkes i lyset af dets formål

I OECD’s 1977-kommentarer til modeloverenskomsten er det om betydningen af begrebet ”retmæssig ejer” for modeloverenskomstens artikel 11 anført, at begrænsningen af beskatningen i kildestaten ikke finder 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” [...].

En agent og en særligt udpeget person er blot angivet som eksempler på, hvad der ikke vil kunne anses som ”retsmæssig ejer”, jf. ordet ”såsom”. Af rapporten, som OECD offentliggjorde i 1986 under titlen ”Double taxation conventions and the use of conduit companies”, fremgår som yderligere et eksempel [...], at ”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)”.

I overensstemmelse hermed er det i OECD’s 2003-kommentarer til modeloverenskomstens artikel 11 (punkt 8) anført, at begrebet ”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” [...].

Af kommentarens punkt 8.1 fremgår videre, at det ikke vil 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 ’gennem-strømningsenhed’ (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst”. I tilknytning hertil anføres endeligt med henvisning OECD’s ovennævnte rapport, 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.”

Disse bemærkninger fra OECD’s 2003-kommentarer er relevante for fortolkningen af artikel 11 i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, selv om overenskomsten blev indgået i 1980. Det følger således af retspraksis, at senere kommentarer kan inddrages ved fortolkningen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, forudsat at kommentarerne ikke indebærer en ændret forståelse af overenskomsten, men har en præciserende karakter, jf. SKM2012.121.ØLR [...] og U.2019.3093 V [...].

Bemærkningerne fra OECD’s 2003-kommentarer må anses for at være af en præciserende karakter, eftersom udlægningen af modeloverenskomstens artikel 11, ligger inden for rammerne af en formålsfortolkning, hvorved bemærkes, at det følger af artikel 31, stk. 1, i Konventionen af 23. maj 1969 om traktatretten (Wienerkonventionen), at en traktat skal fortolkes i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng, og belyst af dens hensigt og formål [...].

Det fremgår som nævnt af OECD’s 1977-kommentarerne under overskriften ”Misbrug af overenskomsten”, at begrebet den ”retmæssige ejer” er indført for at dæmme op over for misbrug i form af ”kunstfærdige juridiske konstruktioner”, herunder det ”kunstgreb”, hvor en person disponerer via en juridisk sammenslutning, der er dannet i en kontraherende stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til overenskomsten, som ikke ville kunne opnås af personen direkte.

Formålet med at imødegå misbrug af denne art tilsiger, at der ved bedømmelsen af, om en modtager af renter er renternes ”retmæssige ejer”, ikke alene kan lægges vægt på, om modtageren fremtræder som værende fordringshaver. Der må nødvendigvis anlægges en bredere vurdering, hvor der lægges vægt på modtagerens reelle beføjelser til at råde selv-

stændigt over renterne. Kriteriet ”retmæssig ejer” ville være et nytteløst bolværk mod misbrug, hvis der udelukkende skulle lægges vægt på en formel betragtning om, hvem der er fordringshaver.

Det misbrug, som begrebet ”retmæssig ejer” er tiltænkt at skulle dæmme op overfor, er nemlig netop kendetegnet ved ”juridiske konstruktioner”, der indebærer, at modtageren af renterne fremtræder som fordringshaver, men hvor konstruktionen i virkeligheden bare er et ”kunstgreb”, fordi modtageren reelt ikke har – eller i hvert fald kun har meget snævre – beføjelser til at råde selvstændigt over renterne. Rentemodtageren udfylder kun sin rolle som fordringshaver for, at en person, som ikke selv ville kunne opnå overenskomstens fordele, skaffer sig fordelene alligevel.

En formålsfortolkning fører derfor til den konklusion, at OECD’s 2003-kommentarer må anses for alene at være af en præciserende karakter. Kommentarerne går nemlig ikke videre, end hvad der er foreneligt med en formålsfortolkning af begrebet ”retmæssig ejer”. Der er således ikke tale om, at kommentarerne indebærer en ændret forståelse af overenskomsten.

På denne baggrund bør det, i overensstemmelse med hvad Østre Landsret også allerede er kommet frem, jf. landsrettens dom af 25. november 2021 [...], SKM2021.304.ØLR [...] og SKM2012.121.ØLR [...], fastslås, at skattemyndighederne med rette inddrog OECD’s 2003-kommentarer, da de traf afgørelse.

Ved landsrettens pådømmelse af sagen kan tillige OECD’s kommentarer fra 2014 og 2017 inddrages som fortolkningsbidrag. I 2014-kommentarerens, pkt. 10.2, som på dette punkt er blevet videreført i 2017-kommentarerens, er det anført, at den umiddelbare modtager af renterne vil kunne nægtes den overenskomstmæssige fordel, der følger af mode-loverenskomstens artikel 11, stk. 1, hvis de faktiske omstændigheder klart viser, at modtageren – uden at være bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person – ”substantielt” /”realiteten” ikke har rettighederne til at bruge og nyde renterne [...]. Disse kommentarer ligger ligeledes inden for rammerne af en formålsfortolkning og må derfor også anses for at være af en præciserende karakter, med den følge at de altså er relevante for fortolkningen af artikel 11, stk. 1, i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

7.1.1.2 Den abstrakte fortolkning af rente-/royaltydirektivet

7.1.1.2.3 Begrebet ”retmæssig ejer” tager sigte på den modtager, der ”reelt” modtager renterne

Det følger som nævnt af rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, at beta-linger af renter, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den ”retsmæssige ejer” af de pågældende renter er et selskab i en anden medlemsstat [...].

Begrebet ”retmæssig ejer” skal ifølge Domstolens dom i den foreliggende sag [...] fortolkes således, at ”det betegner en enhed, som reelt modtager de renter, som betales til den” (dommens præmis 88). Udtrykket ”retmæssig ejer” tager ifølge Domstolen ikke sigte på en modtager, der identificeres formelt, men derimod på ”den enhed, som økonomisk set modtager de oppebårne renter og derfor har mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf” (dommens præmis 89).

Endelig har Domstolen fastslået, at begrebet ”retsmæssig ejer”, som er indeholdt i dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er baseret på OECD’s modelbeskatningsoverenskomst, samt kommentarerne hertil, er relevante for fortolkningen af rente-/royaltydirektivet (dommens præmis 90).

7.1.1.2.4 Direktivets fordel skal afslås, når der foreligger misbrug

Ifølge rente-/royaltydirektivets artikel 5, stk. 1, udelukker direktivet ikke anvendelsen af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af misbrug, og medlemsstaterne kan ifølge bestemmelsens stk. 2 tilbagekalde fordele i henhold til direktivet eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde [...].

Det er Skatteministeriets standpunkt, at der i national ret er hjemmel til imødegåelse af misbrug af den art, der er tale om i den foreliggende sag [...], men afgørelsen af sagen gør ikke en stillingtagen til dette stridspunkt påkrævet.

Der gælder nemlig et almindeligt og generelt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser, herunder direktivbestemmelser, med henblik på at muliggøre retsmisbrug (præmisserne 96 og 101 i Domstolens dom i den foreliggende sag [...]). Princippet om forbud mod retsmisbrug finder således også anvendelse på skatteområdet, når opnåelse af en skattefordel er et hovedformål med den omhand-

lede transaktion (dommens præmis 107 in fine sammenholdt med præmis 127). Som følge af dels det generelle EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug, dels nødvendigheden af at overholde dette princip inden for rammerne af gennemførelsen af EU-retten, er medlemsstaterne forpligtede til at afslå fordele, som søges opnået ved retsmisbrug, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige regler til bekæmpelse af misbrug (dommens præmis 111).

Der er ikke tale om, at Domstolen med dommen i den foreliggende sag har skabt en (ny) retsstilling, der ikke gjaldt forud for dommen, eller at Domstolen har ændret sin hidtidige praksis, således som den er kommet til udtryk i bl.a. sag C-321/05, Kofoed, jf. Domstolens førstnævnte dom, præmis 112 ff. Med denne dom har Domstolen derimod – inden for rammerne af den kompetence, som tilkommer Domstolen i medfør af artikel 267 TEUF – belyst og præciseret betydningen og rækkevidden af princippet om forbud mod retsmisbrug, således som dette princip skal anvendes på sager som den foreliggende.

Af Domstolens dom følger således også, at det EU-retlige retssikkerhedsprincip heller ikke er til hinder for at nægte rente-/royaltydirektivets fordel i form af fritagelse for kildeskat, når der foreligger retsmisbrug, hvad der tillige fremgår udtrykkeligt af Domstolens dom i sag C-251/16, Cus-sens, præmis 43 [...].

Der er heller ikke tale om, at Domstolen med sin dom i den foreliggende sag har fastslået en fortolkning af rente-/royaltydirektivet, som indebærer, at direktivet – i sig selv – skaber forpligtelser for borgerne. I tilfælde, hvor der foreligger retsmisbrug, og hvor borgeren af denne grund nægtes en fordel i henhold til EU-retten, er der således ikke tale om, at borgeren pålægges en forpligtelse efter EU-retten, men derimod at de objektive betingelser for at opnå en fordel i henhold til EU-retten ikke er opfyldt, fordi fordelene søges opnået ved retsmisbrug (dommens præmis 119).

Endelig er det ikke i strid med loven om Danmarks tiltrædelse af den Europæiske Union at nægte rente-/royaltydirektivets fordele med henvisning til det generelle EU-retlige princip om forbud mod retsmisbrug. Den foreliggende situation er således usammenlignelig med situationen, der gav anledning til Højesterets dom gengivet i U.2017.824H, Ajos [...].

Af præmisserne for Højesterets dom i Ajos-sagen fremgår, at det for sagens udfald var udslagsgivende, at der med Højesterets ord forelå en ”contra legem-situation”, dvs. en situation, hvor det ikke inden for ram-

merne af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i national ret, er muligt at fortolke en national regel direktivkonformt.

En sådan situation foreligger ikke i denne sag, hvor rente-/royaltydirektivet er blevet gennemført ved en simpel henvisning til direktivet. Af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d)'s ordlyd følger således, at renter er omfattet af skattepligten, medmindre "beskatningen af renterne skal fra-faldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater". Lovgivningsmagten har således, som også fremhævet ovenfor, valgt den tilgang at lade rente-/royaltydirektivet (og en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst) være styrende for, om en rentebetaling er omfattet af en skattepligt eller ej.

Det er som følge heraf en smal sag at anlægge en fortolkning af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), der er i overensstemmelse med rente-/royaltydirektivet og det almindelige princip om forbud mod retsmisbrug, således som direktivet og princippet skal fortolkes ifølge Domstolens dom i den foreliggende sag, jf. således også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...]. Derfor foreligger der altså ikke nogen "contra legem-situation".

På den anførte baggrund må selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), fortolkes således, at en fritagelse for beskatning af renter skal nægtes, hvis fritagelsen søges opnået ved retsmisbrug, hvad der kommer an på en konkret vurdering af de givne omstændigheder.

7.1.1.2.5 Domstolens bemærkninger om misbrugsbedømmelsen

Ifølge Domstolens dom i den foreliggende sag kræves der med henblik på at bevise, at der foreligger misbrug for det første et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf fremgår, at det formål, som EU-lovgivningen forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i denne lovgivning formelt er overholdt, og for det andet et subjektivt element, der består i en hensigt om at drage fordel af EU-lovgivningen ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel (dommens præmis 124).

Det er undersøgelsen af de sammenfaldende omstændigheder, som gør det muligt at efterprøve, om de elementer, der udgør misbrug, foreligger, og navnlig om de pågældende erhvervsdrivende har foretaget rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, med det hovedformål at opnå en uretmæssig fordel (dommens præmis 125).

Domstolen har i dommen anvist de nærmere principper for en sådan undersøgelse og foretaget en ikke-udtømmende opregning og beskrivelse af holdepunkter for, at rente-/royaltydirektivets fordel i form af fritagelse for beskatning af renter i et givent tilfælde søges opnået ved misbrug.

Ifølge Domstolen må en koncern – i et tilfælde som det foreliggende – anses for et kunstigt arrangement, når den ikke er etableret af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, når den har en struktur, der er rent formel, og når den har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse. Det gælder navnlig, når betalingen af renteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en ”gennemstrømningsenhed” mellem det selskab, som overfører renterne, og det selskab, som er ”renternes retmæssige ejer” (dommens præmis 127).

Den omstændighed, at renter i deres helhed eller stort set i deres helhed ganske kort tid efter modtagelsen viderefremmes af det selskab, som har modtaget dem, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af rente-/royaltydirektivet, er et holdepunkt for, at der foreligger et arrangement, som har til formål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse for beskatning, der følger af direktivet (dommens præmis 128).

Ifølge Domstolens dom kan den kunstige karakter af et arrangement ligeledes underbygges ved, at den pågældende koncern er struktureret på en sådan måde, at det selskab, der modtager de renter, der betales af debitor-selskabet, selv skal betale disse renter til et tredje selskab, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af rente-/royaltydirektivet, med den følge at selskabet alene oppebærer en ubetydelig skattepligtig indkomst, når det opererer som ”gennemstrømningsselskab” (dommens præmis 130). Et selskab kan anses for et gennemstrømningsselskab, hvis selskabets eneste aktivitet er at modtage renterne og videreoverføre dem til den ”retmæssige ejer” eller til øvrige ”gennemstrømningsselskaber”, jf. nærmere dommens præmis 131.

Holdepunkter for, at der er i et givent tilfælde tale om et kunstigt arrangement, kan endvidere findes 1) i den omstændighed at der findes forskellige kontrakter mellem de selskaber, der er involveret i de omhandlede finansielle transaktioner, som giver anledning til pengestrømme inden for koncernen, der – således som det er anført i rente-/royaltydirektivets artikel 4 – kan have til formål, at der fra et modtagende erhvervsdrivende selskab overføres udbytte til aktionærenheder med henblik på at undgå at betale skat eller at nedsætte skattebyrden mest muligt, 2) fremgangsmå-

den for transaktionernes finansiering, 3) i vurderingen af de mellemliggende selskabers egenkapital og 4) i ”gennemstrømningsselskabernes” manglende beføjelser til at råde økonomisk over de modtagne renter. Det er i den forbindelse ikke kun en kontraktuel eller juridisk forpligtelse for det selskab, der modtager renterne, til at videreformidle dem til tredje-mand, der kan udgøre sådant et holdepunkt. Der foreligger også et holdepunkt for misbrug, hvis selskabet efter en bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder ”substantielt” ikke har haft rettighederne til at bruge og nyde renterne (dommens præmis 132).

Holdepunkter som de ovenfor nævnte kan anses for bestyrkede, hvis der er et sammenfald eller en nær tidsmæssig sammenhæng mellem på den ene side ikrafttrædelsen af ny skattelovgivning som for eksempel selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), og på den anden side iværksættelsen af komplekse finansielle transaktioner og ydelsen af lån inden for samme koncern, som kan føre til en omgåelse af den indførte beskatning (dommens præmis 133). Et sådant sammenfald eller en sådan nær tidsmæssig sammenhæng er omvendt ikke en nødvendig betingelse for at godtgøre et misbrug, men kan altså bestyrke andre holdepunkter for, at der foreligger et retsmisbrug.

Om den foreliggende sag er det i dommens præmis 126 anført, at der ”foreligger en række holdepunkter, på baggrund af hvilke det ville kunne konkluderes, at der foreligger retsmisbrug,” men at det i overensstemmelse med kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale domstole tilkommer de forelæggende retter at efterprøve, om disse holdepunkter er objektive og samstemmende, og om sagsøgerne i hovedsagerne har haft mulighed for at føre modbevis [...].

7.1.1.3 I det foreliggende tilfælde må fordelene af såvel den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst som rente-/royaltydirektivet afslås

Aalborg Industries Holding A/S stod oprindeligt i et direkte gældsforhold til de omhandlede selskaber på Jersey frem til slutningen af april 2006, hvor der mellem det danske selskab og selskaberne på Jersey blev indskudt et nystiftet luxembourgsk selskab, nemlig Altor II S.a.r.l.

For sagens afgørelse må (A) stiftelsen af Altor II S.a.r.l., (B) låneforholdet mellem selskaberne på Jersey og Altor II S.a.r.l. samt (C) låneforholdet mellem sidstnævnte og Aalborg Industries Holding A/S betragtes som ét samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement.

Da lånene havde ens hovedstole og kun marginalt forskellige rentesatser, indebar lånene, at renterne fra Aalborg Industries Holding A/S faktisk strømmede igennem Altor II S.a.r.l. til selskaberne på Jersey i kraft af de løbende rentetilskrivninger på lånene.

Arrangementet var uden forretningsmæssig begrundelse. Alfa Laval er ikke kommet med en plausibel forklaring på en forretningsmæssig begrundelse for den omstrukturering, der medførte, at Altor II S.a.r.l. blev indskudt som mellemlid mellem Aalborg Industries Holding A/S og selskaberne på Jersey. En forretningsmæssig begrundelse er da heller ikke til at få øje på. Forretningsmæssigt havde det været nemmest at bevare det direkte gældsforhold, der fra begyndelsen havde bestået imellem det danske selskab og selskaberne på Jersey.

Hvor arrangementet var uden forretningsmæssig begrundelse, havde den til gengæld en åbenlys og betydelig skattemæssig fordel.

Etableringen af arrangementet i slutningen af april 2006 fandt nemlig sted blot få dage før ikrafttrædelsen af en lovændring, der udvidede definitionen af ”kontrolleret gæld”, således at det oprindelige lån mellem selskaberne på Jersey og Aalborg Industries Holding A/S, hvis det var blevet bevaret, med virkning fra den 1. maj 2006 skulle klassificeres som kontrolleret gæld i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d)’s forstand, med den følge at renterne på lånet med virkning fra denne dato ville være blevet omfattet af skattepligten efter bestemmelsens første punktum, jf. beskrivelsen under punkt 6 ovenfor. Etableringen af arrangementet førte imidlertid til, at kildeskat på renterne fra Aalborg Industries Holding A/S fortsat blev helt undgået, fordi Altor II S.a.r.l. – i modsætning til selskaberne på Jersey, som hverken har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark eller er medlem af EU – kunne påberåbe sig fordelene af rente-/royaltydirektivet, hvis altså man ser bort fra spørgsmålet om misbrug og renternes ”retmæssige ejer”.

Alfa Laval gør gældende, at der ikke er tale om misbrug, da hovedparten af investorerne i selskaberne på Jersey er hjemmehørende i lande, hvor Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og at der derfor ikke vil være noget grundlag for dansk kildeskat på renterne ved en direkte betaling til disse investorer [...]. Hertil bemærkes, for det første at det i denne sammenhæng ikke er korrekt at foretage en sammenligning med, hvad beskatningen havde været, hvis investorerne havde ydet lån direkte til Aalborg Industries Holding A/S, men derimod hvad beskatningen havde været uden indskydelsen af det luxembourgske selskab, dvs. hvis lånet til Aalborg Industries Holding havde været ydet di-

rekte af selskaberne på Jersey, og for det andet at det ikke er godtgjort, at der i sidstnævnte situation skulle være sket et frafald af renteskatten for en del af renterne, endsi ge for hovedparten af renterne, jf. nærmere herom under afsnit 7.3.1 nedenfor.

Det er da også usandsynligt, at det skulle bero på rene tilfældigheder, at etableringen af arrangementet skete blot et par dage før ikrafttrædelsen af den lovændring, der som nævnt ville have medført, at det oprindelige lå-neforhold mellem selskaberne på Jersey og Aalborg Industries Holding A/S med virkning fra den 1. maj 2006 skulle klassificeres som kontrolleret gæld i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d)'s forstand. Og Alfa Laval er som nævnt også ude af stand til at give en plausibel forklaring på den for-retningsmæssige begrundelse for den komplicering af koncernstrukturen, som omstruktureringen medførte.

Det er på denne baggrund ubetænkeligt at lægge til grund, at arrangemen-tet havde som hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, nemlig at gøre renter fra Aalborg Industries Holding A/S skattefrie, ved at det mellemliggende luxembourgske selskab modsat de bagvedliggende selskaber på Jersey kunne påberåbe sig rente-/royalty-direktivet og den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det luxembourgske selskabs renteindtægter var ganske vist skattepligtige, men disse blev (stort set) neutraliseret af selskabets lige så store renteud-gifter. Etableringen af arrangementet medførte således, at renter, der uden arrangementet ville have været skatpligtige, blev gjort skattefrie.

På den anførte baggrund kan det endvidere lægges til grund, at det på forhånd var bestemt af det luxembourgske selskabs ejere, at de omhandle-de renteindtægter fra Aalborg Industries Holding A/S – i overensstemmel-se med formålet med arrangementet – skulle videreføres til selskaberne på Jersey, hvilket også var det der skete.

Arrangementet bevirkede også rent faktisk, at Altor II S.a.r.l. ikke var overladt noget råderum til at disponere over renteindtægterne fra Aalborg Industries Holding A/S, idet renterne strømmede direkte gennem det luxembourgske selskab til de bagvedliggende selskaber på Jersey allerede i kraft af de løbende rentetilskrivninger på de etablerede ”back-to-back” -lån. Hertil kommer, at det luxembourgske selskab ikke havde andre ind-tægtskilder eller aktiver end de omhandlede renteindtægter fra Aalborg Industries Holding A/S, hvormed selskabet kunne honorere sine rentefor-pligtelser over for selskaberne på Jersey.

At det luxembourgske selskab blot fungerede som gennemstrømningselskab, bestyrkes til overflod af, at selskabet var uden reel substans. Selskabet, som var stiftet til lejligheden, havde ingen anden driftsmæssig aktivitet end at eje aktierne i Aalborg Industries Holding A/S og at fungere som kreditor henholdsvis debitor i de låneforhold, som løb op gennem ejerstrukturen.

Det er i denne sammenhæng uden betydning, at de omhandlede renter blev tilskrevet hovedstolen (godsrevet) på de omhandlede ”back-to-back” lån og (først) senere blev betalt effektivt via bankoverførelser. De skatteretlige virkninger indtrådte nemlig (allerede) ved rentetilskrivningen, med den følge at de skattemæssige fordele i form af fradrag og fritagelse for kildebeskatning kunne høstes straks uden nogen form for likviditetsmæssige belastninger for de deltagende selskaber, og således at tilgodehavenderne i form af de tilskrevne renter efterfølgende og uden beskatning kunne suges op igennem konstruktionen til selskaberne på Jersey ved f.eks. bankoverførelser, således som det faktisk også skete i november 2007. For den skatteretlige bedømmelse af, om Altor II S.a.r.l. må anses for renternes retmæssige ejer, er det derfor uden betydning, at renterne ikke løbende blev betalt effektivt, men blev tilskrevet lånets hovedstol, jf. således også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...].

På den anførte baggrund bør det fastslås, at Altor II S.a.r.l. ikke kan anses for renternes ”retmæssige ejer” i den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomsts forstand eller rente-/royaltydirektivets forstand.

På samme baggrund bør det endvidere fastslås, at der foreligger misbrug af rente-/royaltydirektivet. Når de anførte omstændigheder sammenholdes med Domstolens anvisninger for misbrugsvurderingen, ligger det således lige for at fastslå, at arrangementet havde som et hovedformål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse, der er fastsat i direktivets artikel 1, stk. 1.

Domstolen har da også som nævnt fastslået, at der i denne sag er en række holdepunkter for, at der foreligger retsmisbrug, men i overensstemmelse med kompetencefordelingen mellem Domstolen og de forelæggende retter, har Domstolen overladt det til landsretten at efterprøve, dels om disse holdepunkter er objektive og samstemmende, dels om Alfa Laval har haft mulighed for at føre modbevis (dommens præmis 126).

En sådan efterprøvelse bør munde ud i den konklusion, at der foreligger et tilfælde af retsmisbrug. Alle omstændigheder af relevans for misbrugsvurderingen var oplyst over for Domstolen, og der er ikke (efterfølgende)

godtgjort andre omstændigheder, som giver belæg for, at Domstolens (foreløbige) vurdering ikke kan holde for en efterprøvelse.

Hverken rente-/royaltydirektivet eller den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst fører dermed til, at renterne skal fritages for en skattepligt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d).

7.1.1.4 En beskatning strider ikke imod en bindende administrativ praksis

Ved afgørelsen af, om en skattepligt med hensyn til de omhandlede renter vil stride imod en bindende, fast administrativ praksis vedrørende fortolkningen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum, må det – da landsretten ellers ikke ville have anledning til at tage stilling til spørgsmålet – lægges til grund, at beskatningen ikke skal frafaldes efter rente-/royaltydirektivet, fordi der foreligger misbrug, og at beskatningen af renterne ej heller skal nedsættes efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, stk. 1, eftersom Altor II S.a.r.l. ikke kan anses for renternes retmæssige ejer.

Der er derfor med andre ord tale om, at Alfa Laval med sit praksissyns-punkt gør krav på, at de omhandlede renter skal anses for undtaget fra en skattepligt, selv om selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktums udtrykkelige betingelse for, at renterne er undtaget fra skattepligten, ikke er opfyldt.

Da en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning ikke kan begrunde et krav om en retsstilling, der strider imod loven, jf. hertil U.2003.2005H [...], er det udelukket, at Alfa Lavals påberåbelse af en administrativ praksis kan føre til, at de omhandlede renter undtages fra en skattepligt, allerede fordi en sådan undtagelse altså vil stride imod selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktums udtrykkelige betingelse for, at en undtagelse kan indrømmes.

Hertil kommer, at SKATs afgørelse af 10. december 2010 [...] ikke er udtryk for en praksisskærpelse, eftersom afgørelserne ikke ændrede på nogen fast administrativ praksis.

Det påhviler Alfa Laval at føre bevis for eksistensen af den hævdede praksis, som afgørelserne ifølge selskabet skulle fravige, jf. f.eks. U.2011.3305H [...], men selskabet har ikke løftet denne bevisbyrde.

De påberåbte svar (fra 2000/2001), som skatteministeren gav i forbindelse med Folketingets Skatteudvalgs behandling af lovforslaget, som efter et

ændringsforslag resulterede i indførelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c) om begrænset skattepligt af udbytter, udgør ikke noget bevis for eksistensen af en bindende praksis, som afgørelserne i den foreliggende sag skulle ændre på, allerede fordi det, som beskrevet ovenfor, fremgår udtrykkeligt af forarbejderne (fra 2003/2004) til bestemmelsens litra d), at fordelene af rente-/royaltydirektivet og af en dobbeltbeskatningsove-renskomst vil kunne nægtes i omgåelsestilfælde.

Alfa Laval har da heller ikke dokumenteret eksistensen af nogen tidligere afgørelse, hvorefter skattemyndighederne i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum, har anset renter for at være undtaget fra en skattepligt, selv om de givne omstændigheder – ligesom i det fore-liggende tilfælde – ellers gav belæg for at fastslå, at modtageren ikke hav-de haft eller havde haft så snævre beføjelser til at disponere over renterne, at selskabet ikke kunne anses for renternes retmæssige ejer.

Alfa Laval har endvidere ikke påvist tilfælde, hvor skattemyndighederne siden selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d)'s ikrafttrædelse med virkning for renter, der vedrører tiden fra og med den 2. april 2004, skulle have for-sømt at gribe korrigerende ind i tilfælde som det foreliggende. En sådan manglende indgriben ville, hvis den faktisk havde fundet sted, i øvrigt heller ikke kunne være blevet sidestillet med en positiv afgørelse, jf. f.eks. U.2017.2960H og U.2017.2979H [...].

Alfa Laval har heller ikke på anden vis godtgjort, at skattemyndighederne efter ikrafttrædelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), og indtil SKATs afgørelse i den foreliggende sag skulle have fulgt en praksis, hvor-efter renter blev anset for at være undtaget fra den skattepligt, der følger af bestemmelsen, selv om de givne omstændigheder ellers gav belæg for at fastslå, at modtageren af renterne ikke havde haft eller havde haft så snævre beføjelser til at disponere over renterne, at selskabet ikke kunne anses for renternes retmæssige ejer.

De af Alfa Laval påberåbte svar, som skatteministeren efter ikrafttrædel-sen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), har afgivet i forskellige sammenhænge, udgør således ikke et bevis for, at der på tidspunktet for SKATs afgørelse var etableret en praksis, hvorefter renter – under om-stændigheder som i denne sag foreliggende – blev betragtet som værende undtaget fra en skattepligt efter denne bestemmelse.

Der er tale om abstrakte svar på abstrakte spørgsmål. Svarene giver – lige-som det påberåbte notat om status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner – intet belæg for, at SKAT

positivt skulle have truffet en beslutning om at følge en praksis, hvorefter renter blev anset for undtaget fra en skattepligt, selv om der efter en op-lysning og en konkret vurdering af de givne omstændigheder ville være belæg for at fastslå, at modtageren ikke havde haft eller havde haft så snævre beføjelser til at disponere over renterne, at selskabet ikke kunne anses for renternes retmæssige ejer.

Forud for SKATs første afgørelse i denne sag havde skatteministeren tvær-timod afgivet adskillige svar, hvoraf fremgår, at et moderselskab ikke ville kunne påberåbe sig fordelene af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvis det var et ”rent gennemstrømningsholdingselskab”, et ”rent gennem-strømningsselskab”, et ”conduit” selskab, eller et ”gennemstrømningsselskab”, jf. 1) bilag 9 til lovforslag nr. 116 af 14. december 2005 [...] 2) skat-teministerens svar på udvalgsspørgsmål 2-10 efter fremsættelsen af lovforslag nr. 30 af 4. oktober 2006 [...] 3) skatteministerens svar af 6. november 2006 på spørgsmål S 474 [...] og 4) bilag 26 vedrørende lovforslag nr. 213 af 18. april 2007 [...], 5) ministerens svar på udvalgsspørgsmål 86 [...] og 6) det reviderede svar herpå [...] til førnævnte lovforslag. I alle de nævnte svar, bortset fra det første, er der endog henvist til pkt. 12.1 i bemærkningerne til artikel 10 (om udbytte) i OECD’s modeloverenskomst, og i de 4 sidstnævnte svar er det ydermere beskrevet i selve svarene, at ”conduit” selskaber/” gennemstrømningsselskaber” omfatter selskaber, der ”reelt har meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst” .

På den anførte baggrund bør det – på tilsvarende vis som i Østre Lands-rets dom af 25. november 2021 [...] – fastslås, at SKATs afgørelse i denne sag ikke ændrede på nogen bindende, fast administrativ praksis, som Alfa Laval i medfør af en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning kan støtte ret på.

7.2 Alfa Laval er ansvarlig for den manglende indeholdelse

Da de omhandlede renter er omfattet af skattepligten, jf. selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra d), skulle Aalborg Industries Holding A/S i forbindelse med godskrivningen af de omhandlede renter have indeholdt renteskat heraf, jf. kildeskattelovens § 65 D, stk. 1.

Af kildeskattelovens § 69, stk. 1, følger som nævnt, at den, som undlader at opfylde sin pligt til at indeholde skat, eller som indeholder denne med for lavt beløb, over for det offentlige er umiddelbart ansvarlig for betaling af det manglende beløb, medmindre han godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra hans side ved iagttagelse af bestemmelserne i kildeskatteloven.

Ved afgørelsen af, om Alfa Laval har afkræftet den lovbestemte formodning for forsømmelighed, må det – da landsretten ellers ikke ville have anledning til at tage stilling til spørgsmålet – lægges til grund, at der ikke har været nogen bindende administrativ praksis, hvorefter de omhandlede renter skal anses for at være undtaget fra den skattepligt, der ellers følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d). Allerede af den grund er det uholdbart, når Alfa Laval gør gældende, at der forelå en administrativ praksis, som gav Aalborg Industries Holding A/S føje til at antage, at renterne kunne godskrives uden indeholdelse af renteskat.

Den påberåbte ”betydelig[e] tvivl” om fortolkningen af begrebet ”retmæssig ejer” [...] har heller ikke givet Aalborg Industries Holding A/S føje til en sådan antagelse – tværtimod. Som beskrevet ovenfor fremgår det til overflod af forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), at skattemyndighederne efter en konkret realitetsbedømmelse vil kunne nægte renternes (umiddelbare) modtager fordelene, der ellers følger af rente-/royaltydirektivet og en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst, med den begrundelse at modtageren ikke er renternes retmæssige ejer.

For spørgsmålet om Aalborg Industries Holding A/S’ (nu Alfa Laval) ansvar efter kildeskattelovens § 69, stk. 1, er det (derimod) udslagsgivende, at selskabet ubestridt har været bekendt med de faktiske omstændigheder, som fører til, dels at Altor II S.a.r.l. ikke kan anses for at have været renternes retsmæssige ejer i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts forstand, dels at fordelene i form af kildeskattefritagelsen, der følger af rente-/royaltydirektivet, skal nægtes, både fordi EU-retten ikke kan påberåbes med henblik på at muliggøre retsmisbrug, og fordi Altor II S.a.r.l. heller ikke kan anses for renternes retmæssige ejer i direktivets forstand, jf. således også Østre Landsrets dom af 25. november 2021 [...] og SKM2021.304.ØLR [...].

Når der – som i den foreliggende sag – er grundlag for at nægte en skattemæssig fordel i form af kildeskattefritagelse, fordi fordelene er søgt opnået ved retsmisbrug, og den indeholdelsespligtige er bekendt med dette grundlag, må den manglende indeholdelse af kildeskatten da også – per se – tilregnes den indeholdelsespligtige som værende af en forsømmelig karakter.

Da Alfa Laval altså ikke har afkræftet den lovbestemte formodning for, at der fra Aalborg Industries Holding A/S’ side er udvist forsømmelighed med hensyn til den manglende indeholdelse af renteskat, er selskabet i

medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1, over for det offentlige umiddelbart ansvarlig for betaling af de ikke-indeholdte renteskatter.

7.3 Alfa Lavals subsidiære påstande

Alfa Laval gør til støtte for de subsidiære påstande gældende, at der skal ske en nedsættelse af renteskatten, i det omfang investorerne i Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership, Altor 2003 Fund (No. 2) Limited Partnership, Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) Limited Partnership og Altor 2003 Fund (No. 4) Limited Partnership (herefter benævnt de omhandlede limited partnerships) er selvstændige skattesubjekter, der enten er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, fordi der i så fald skal ske en nedsættelse af renteskatten i henhold til den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller er fysiske personer eller "statslige eller kommunale enheder", fordi fysiske personer og sådanne enheder ikke er skattepligtige af renter i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d).

Alfa Laval støtter dette på et synspunkt om, at de omhandlede limited partnerships er skattemæssigt transparente, med den følge at det er investorerne i disse selskaber, som i skattemæssig henseende må anses for at have oppebåret renterne tilskrevet selskabernes lån til Altor II S.a.r.l., og at det derfor er investorerne, der er de retmæssige ejere af (en forholdsmæssig andel af) renterne fra Aalborg Industries Holding A/S, hvis ikke Altor II S.a.r.l. er det.

I det omfang Alfa Lavals synspunkt om skattemæssig transparens ikke kan begrunde en nedsættelse af renteskatten, støtter selskabet sig på et synspunkt om, at selskaberne på Jersey må anses som gennemstrømnings-selskaber, og at investorerne i selskaberne af denne grund er de retmæssige ejere af (en forholdsmæssig andel af) renterne fra Aalborg Industries Holding A/S, hvis ikke Altor S.a.r.l. er det [...].

Altor 2003 Fund (No. 5) Limited er ikke omfattet af Alfa Lavals subsidiære påstande [...].

Det er Skatteministeriets overordnede standpunkt, at der ikke er godtgjort et grundlag for, at der skal ske en sådan nedsættelse af renteskatten, som Alfa Lavals subsidiære påstande omhandler.

7.3.1 Den subsidiære påstand (A)

Andre dobbeltbeskatningsoverenskomster end den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst giver intet grundlag for, at Danmark skal frafalde beskatningen af de omhandlede renter.

Dobbeltbeskatningsoverenskomster angår behandlingen af indtægter, der i skattemæssig henseende må betragtes som hidrørende fra én kontraherende stat, kildestaten (i dette tilfælde Danmark), og som skattemæssigt må anses for at blive oppebåret af en fysisk eller juridisk person i den anden kontraherende stat. I overensstemmelse hermed følger det af ordlyden af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), at det kun er dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den stat, hvori det modtagende selskab er hjemmehørende, som kan føre til en fritagelse for skattepligt. Da Altor II S.a.r.l. er rette indkomstmottager af de omhandlede renter fra Aalborg Industries Holding A/S, er det (kun) den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, der kan afskære Danmark fra at beskatte renterne, forudsat at overenskomstens betingelser herfor ellers er opfyldt, hvad der imidlertid – som beskrevet ovenfor – ikke er tilfældet i denne sag.

Ved vurderingen af, om en beskatning er afskåret efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil det dog kunne tillægges betydning, om det pågældende beløb viderekaliseres til en stat, hvormed der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det skyldes, at begrebet ”retmæssig ejer” er et begreb, der tager sigte på at hindre misbrug, der består i, at en person disponerer via en mellemliggende juridisk person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, med det hovedformål at opnå en overenskomstmæssig fordel, som ikke ville kunne opnås uden brug af den mellemliggende juridiske enhed.

I situationer, hvor der ikke er indikationer på et sådant misbrug, fordi der ikke i relation til beskatning er nogen fordel forbundet med den mellemliggende juridiske enhed, bør en overenskomstmæssig fordel i form af fritagelse for en beskatning i kildestaten ikke nægtes.

Hvad angår rente-/royaltydirektivet, fremgår det af Domstolens dom i den foreliggende sag [...], at det med hensyn til misbrugsvurderingen er uden betydning, at visse af de retmæssige ejere af de renter, som er blevet overført af gennemstrømningselskaber, har deres skattemæssige hjemsted i en tredjestat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst (dommens præmis 135). Ifølge Domstolen kan det dog – hvis der foreligger en situation, hvor renterne ville have været fritaget, hvis de var blevet overført direkte til det selskab, som har sit hjemsted i en tredje-

stat – ikke ”udelukkes” , at målet med en given koncernstruktur ikke er udtryk for retsmisbrug (dommens præmis 137).

Domstolen har ikke givet anvisninger for, hvad der nærmere skal til, for at en formodning for misbrug kan anses for afkræftet, men sammenhængen mellem dommens præmis 135 og 137 efterlader ingen tvivl om, at den om-stændighed, at renternes retsmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som kunne have været påberåbt, hvis den retsmæssige ejer havde været den direkte långiver, ikke – per se – er tilstrækkeligt til at afkræfte en etableret formodning for et misbrug af rente-/royaltydirektivet. Der er ikke retskildemæssige holdepunkter for, at der skulle gælde noget andet, hvad angår vurderingen af, om der foreligger et misbrug af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

I den foreliggende situation er der tale om, at det rentemodtagende selskab (Altor II S.a.r.l.) blot udgør en ”gennemstrømningsenhed” , hvorigennem renterne ledes til selskaber, der er hjemmehørende på Jersey, som ikke kan påberåbe sig en fordel efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller rente-/royaltydirektivet, fordi Jersey hverken har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark eller er medlem af EU. Som der er redegjort for ovenfor, er der klare holdepunkter for at fastslå, at det etablerede arrangement tager sigte på et misbrug af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst og rente/royaltydirektivet.

Den herved etablerede formodning for, at der foreligger et misbrug af direktivet og den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan ikke afkræftes blot med henvisning til, at investorerne i selskaberne på Jersey måtte være hjemmehørende i en stat, som kildelandet (Danmark) har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, og at disse personer – hvis de havde været de direkte modtagere af renterne i stedet for Altor II S.a.r.l. – kunne have påberåbt sig en bestemmelse i denne dobbeltbeskatningsoverenskomst om kildestatens frafald af en beskatning.

I en situation som den foreliggende må der stilles strenge krav til beviset for, at arrangementet (alligevel) ikke har haft et misbrug af rente-/royaltydirektivet og den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst som et hovedformål.

Alfa Laval må i den forbindelse – i hvert fald – godtgøre, at de retmæssige ejere af de omhandlede renter fra Aalborg Industries Holding A/S er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og at renterne, hvis det oprindelige di-

rette låneforhold mellem Aalborg Industries Holding A/S og selskaberne på Jersey var blevet bevaret, *ikke* ville have været skattepligtige i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), fordi beskatningen af renterne i den situation ville skulle være frafaldet eller nedsat efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og den stat, hvor den retmæssige ejer var skattemæssigt hjemmehørende.

Dette har Alfa Laval ikke godtgjort, hvilket vil blive uddybet i det følgende.

7.3.1.1 Der foreligger ikke fornøden dokumentation for investorernes identitet og skattemæssige hjemsted

Der er ikke fremlagt dokumentation, som gør det muligt at fastslå dels identiteten på investorerne i de omhandlede limited partnerships og størrelsen af deres ejerandele på de tidspunkter, hvor de omhandlede rentetilskrivninger fandt sted, dels hvor disse investorer var – skattemæssigt – hjemmehørende i den omhandlede periode.

De oversigter, som Alfa Laval har fremlagt som bilag 3 og 11 [...], er blot oversigter på et ”blankt” stykke papir og udgør derfor ikke dokumentation for noget.

Alfa Laval har til dokumentation af oplysningerne i bilag 3 og 11 henvist til de oversigter over investorerne i de omhandlede limited partnerships, der fremgår af regnskaberne fremlagt for de pågældende partnerships (f.eks. [...]). Disse oversigter indeholder imidlertid ikke oplysninger, som gør det muligt at foretage en entydig identifikation af investorerne, f.eks. ved angivelse af CVR-nr. eller tilsvarende. Endvidere indeholder oversigterne ingen oplysninger om, hvor de angivne investorer er hjemmehørende, endsige hvor de er skattemæssigt hjemmehørende. Der er ingen dokumenterede oplysninger om, hvorvidt de juridiske enheder angivet som investorer i oversigterne er selvstændige skattesubjekter eller er skattemæssigt transparente enheder efter reglerne i de stater, hvor de er hjemmehørende, og dermed om oplysningerne herom i bilag 11 er korrekte.

Hvad angår de ”uddelingsmeddelelser”, som Alfa Laval har fremlagt som bl.a. bilag 44 [...], indeholder disse kontaktadresser på de hævdede investorer, men der er ingen oplysninger om, hvor investorerne er skattemæssigt hjemmehørende. Tilsvarende gælder den oversigt over investorer, der er vedlagt ”Limited Partnership Agreement” for Altor 2003 Fund (No. 4) Limited Partnership [...]. Det kan ikke uden videre lægges til grund, at der er sammenfald mellem på den ene side en persons kontaktadresse eller ci-

vilretlige/selskabsretlige hjemsted og på den anden side personens skattemæssige hjemsted, idet bedømmelsen af det skattemæssige hjemsted sker efter selvstændige skatteretlige kriterier, jf. eksempelvis artikel 4 i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst [...].

Det bemærkes herved, at der i de af Alfa Laval fremlagte oplysninger er eksempler på, at den angivne kontaktadresse for en investor er i et andet land, end der hvor investoren ifølge Alfa Laval er skattemæssigt hjemme-hørende, jf. oplysningerne for Samos Investments Limited [...] og PPMC First Nominees Limited [...], hvilket er et vidnesbyrd om, at de for investorerne oplyste kontaktadresser ikke uden videre kan lægges til grund som også at afspejle deres skattemæssige hjemsted.

Allerede på denne baggrund er det udelukket at give Alfa Laval medhold i selskabets subsidiære påstand (A), da det ikke er dokumenteret, at ca. 70 pct. (eller en mindre andel) af investorerne i selskaberne på Jersey som hævdet er selvstændige skattesubjekter, der er skattemæssigt hjemmehørende i stater, hvormed Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster.

7.3.1.2 Det er ikke dokumenteret, at selskaberne på Jersey betragtes som skattemæssigt transparente i de stater, hvor investorerne er skattemæssigt hjemmehørende, og at investorerne er blevet beskattet af renterne

Det er en betingelse for, at en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og den stat, hvor den enkelte investor i de omhandlede limited partnerships er skattemæssigt hjemmehørende, vil kunne finde anvendelse – hvis altså det direkte låneforhold mellem Aalborg Industries Holding A/S og selskaberne på Jersey var blevet bevaret – at de pågældende partnerships også anses for skattemæssigt transparente efter reglerne i den stat, hvor investoren er skattemæssigt hjemmehørende.

Hvis ikke denne betingelse er opfyldt, ville renterne tilskrevet lånet fra de omhandlede limited partnerships nemlig ikke kunne anses for i skattemæssig henseende at være oppebåret af investorerne i henhold til reglerne i deres domicilstater, med den følge at en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og investorernes domicilstater ikke ville have fundet anvendelse, såfremt det direkte låneforhold mellem selskaberne på Jersey og Aalborg Industries Holding A/S var blevet bevaret, jf. pkt. 6.5 i kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst fra både 2005 og 2014 [...] og fra dansk administrativ praksis eksempelvis SKM2012.426.SR [...] og SKM2003.29.LSR [...].

For så vidt angår det ene af de omhandlede limited partnerships, nemlig Altor 2003 Fund (No. 2) Limited Partnership, hvor alle de relevante investorer ifølge Alfa Laval er hjemmehørende i USA, har Alfa Laval oplyst, at dette partnership ikke anses for skattemæssigt transparent efter amerikansk ret [...]. Der er derfor ikke belæg for et synspunkt om, at der ved et direkte låneforhold mellem Aalborg Industries Holding A/S og selskaberne på Jersey skulle være sket nedsættelse eller frafald af kildeskattekravet af renterne på lånet som følge af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA, for så vidt angår den andel af renterne fra Aalborg Industries Holding A/S, som er modtaget af Altor 2003 Fund (No.

2) Limited Partnership via Altor II S.a.r.l.

Hvad angår de øvrige 3 limited partnerships, er det ikke dokumenteret, at disse betragtes som skattetransparente enheder efter reglerne i de stater, hvor investorerne er skattemæssigt hjemmehørende. Der er derfor ikke belæg for at fastslå, at der ved et direkte låneforhold mellem Aalborg Industries Holding A/S og selskaberne på Jersey skulle være sket nedsættelse eller frafald af kildeskattekravet af renterne på lånet som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og den eller de stater, hvor investorerne er skattemæssigt hjemmehørende, for så vidt angår den andel af renterne fra Aalborg Industries Holding A/S, som er modtaget af disse 3 limited partnerships via Altor II S.a.r.l..

Det, som Alfa Laval i denne sammenhæng er fremkommet med i forhold til de investorer, som ifølge selskabet er hjemmehørende i Sverige og USA, rækker ikke til.

Hvad angår Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership, hvor en mindre del af investorerne ifølge Alfa Laval har hjemsted i Sverige, udgør den fremlagte ”legal opinion” fra et svensk advokatfirma [...] ikke dokumentation for, at Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership betragtes som skattemæssigt transparent efter svensk ret. Da der er tale om en erklæring, der er blevet indhentet ensidigt efter sagens anlæg, og hvori det i øvrigt uden nogen nærmere begrundelse anføres, at Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership efter svenske skatteregler skulle være en skattemæssig transparent enhed, kan erklæringen ikke lægges til grund for sagens afgørelse.

For så vidt angår den skattemæssige kvalifikation efter amerikansk ret af Altor 2003 Fund (No. 1) Limited Partnership, som ifølge Alfa Laval også har investorer med hjemsted i USA, udgør den fremlagte Limited Partnership Agreement vedrørende det pågældende partnership [...] heller ikke dokumentation for, at det pågældende partnership faktisk betragtes

som skattemæssigt transparent efter amerikansk ret. Af aftalen fremgår alene, at investorerne har som intention ("intend"), at det pågældende partnership skal behandles som "a partnership for United States federal income tax purposes" [...]. Alfa Laval må dokumentere, at denne intention faktisk er blevet ført ud i livet. Tilsvarende gælder den fremlagte "Form of application" til "Altor 2003 Fund" udfyldt for Harvard Management Private Equity Corporation [...], hvori der er krydset af i feltet "We wish to participate in Altor 2003 (No. 1) Limited Partnership which will elect to be treated as a partnership for US federal income tax purposes" .

Alfa Laval har i processkift V af 23. december 2021, dvs. kort før afgivelsen af dette sammenfattende processkrift, anført, at "[d]er vil blive medtaget materiale i den endelige materialesamling, der dokumenterer, at i hvert fald Schweiz, Sverige, Norge, Finland, Tyskland og Storbritannien (samt Nederlandene for så vidt angår Altor 2003 Fund (Dutch No. 1) LP), anser de pågældende kommanditselskaber for skattemæssigt transparente" [...]. Skatteministeriet kan ikke på det foreliggende grundlag forholde sig til dette materiale, idet Alfa Laval ikke er fremkommet med hverken materialet eller kildehenvisninger hertil. *Ex tunc* bemærkes, at eventuelt juridisk materiale, som siger noget generelt om den skattemæssige behandling af selskaber på Jersey, ikke er egnet til at godtgøre, at de omhandlede limited partnerships i den faktisk foreliggende situation er blevet behandlet som skattemæssigt transparente efter reglerne i de stater, hvor investorerne er skattemæssigt hjemmehørende

Den rette måde at godtgøre dette er ved at fremlægge dokumentation for, at den faktiske beskatning af investorerne i deres hjemstater i den omhandlede periode afspejler, at de omhandlede partnerships er blevet anset for skattemæssigt transparente efter reglerne i investorerens hjemstater, derved at (en forholdsmæssig andel af) af de renter, som er blevet tilskrevet lånet fra selskaberne på Jersey til Altor II S.a.r.l., er blevet ført til beskatning hos investorerne.

Det burde være en simpel sag at fremlægge dokumentation herfor. Det er derfor påfaldende, at der ikke for én eneste af de hævdede mange investorer i selskaberne på Jersey er fremlagt dokumentation, som viser, at (en forholdsmæssig andel af) renterne tilskrevet på lånet fra selskaberne på Jersey til Altor II S.a.r.l. er henført til beskatning hos investorerne i de stater, hvor de er skattemæssigt hjemmehørende. Og det er på trods af, at det allerede i SKATs afgørelse i 2010 og siden da gentagne gange er blevet fremhævet af skattemyndighederne, at der ikke foreligger dokumentation for, at de tilskrevne renter er blevet beskattet hos investorerne [...].

Det bemærkes, at det i denne sammenhæng ikke er relevant, om de ”distributions”, som efterfølgende den 30. november 2007 skulle være blevet udbetalt/uddelt af ”Altor 2003 Fund” til investorerne, jf. oversigten i bilag 14 [...] samt bilag 44 [...], eventuelt måtte være blevet beskattet hos investorerne i deres hjemstater. Det er de løbende tilskrevne renter, som i denne sammenhæng skal være ført til beskatning hos investorerne, da Alfa Laval jo gør gældende, at det er de løbende tilskrevne renter, der må anses for oppebåret af investorerne i skattemæssig henseende som følge af, at de omhandlede limited partnerships er skattemæssigt transparente.

Det bestrides som udokumenteret, at det ikke skulle være muligt at fremlægge den nævnte dokumentation for nogle af investorerne som f.eks. Tredje AP-fonden og Harvard Management Private Equity Corporation, fordi der er tale om juridiske enheder, der skulle være skattefritaget i de stater, hvor de er hjemmehørende, med den følge at ingen årsopgørelser, skatteregnskaber, indkomstopgørelser eller lignende skal udarbejdes for de pågældende enheder. Dertil kommer, at eventuelle vanskeligheder med at føre det påkrævede bevis under alle omstændigheder ikke ændrer på, at det er Alfa Laval, som har bevisbyrden og dermed bærer risikoen for, at beviset eventuelt ikke kan føres.

At der for nogle af investorerne skulle bestå vanskeligheder med at fremlægge den nævnte dokumentation, forklarer i øvrigt ikke, hvorfor Alfa Laval ikke har været i stand til at fremlægge dokumentationen for de øvrige investorer.

Den nævnte dokumentation for, at renterne tilskrevet Jersey-selskabernes lån til Altor II S.a.r.l. er blevet beskattet hos investorerne, er ikke kun relevant i relation til spørgsmålet om, hvorvidt de omhandlede limited partnerships er blevet anset for skattemæssigt transparente efter reglerne i investorerne hjemstater. Det må nemlig i et tilfælde som det foreliggende, hvor der som nævnt er klare holdepunkter for, at der foreligger et misbrug af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, *under alle omstændigheder* være en forudsætning for at anse formodningen for misbrug for afkræftet, at renterne faktisk er blevet ført til beskatning hos den hævdede retmæssige ejer i den stat, hvor den hævdede retmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende, og at der dermed er tale om en dobbeltbeskatningssituation.

Der er ingen dokumentation for, at renterne tilskrevet Jersey-selskabernes lån til Altor II S.a.r.l. faktisk er blevet beskattet som renteindtægter hos investorerne i de lande, hvor disse investorer skattemæssigt er hjemmehørende. Hvis det er korrekt, som hævdet af Alfa Laval, at 3 af de omhand-

lede limited partnerships også anses som skattemæssigt transparente i investorerne hjemstater, må det som nævnt være en enkelt sag at fremlægge dokumentation, som viser, at renterne tilskrevet lånet fra de pågældende partnerships til Altor II S.a.r.l. er blevet ført til beskatning hos disse investorer i deres hjemstater. Denne dokumentation er imidlertid som nævnt ikke blevet fremlagt for én eneste investor.

Også på denne baggrund er det udelukket at give Alfa Laval medhold i selskabets subsidiære påstand (A).

7.3.1.3 Alfa Lavals synspunkt om, at der skal en nedsættelse i forhold til de investorer, som er fysiske personer eller "statslige eller kommunale enheder"

Alfa Lavals synspunkt om, at der under alle omstændigheder skal ske en nedsættelse af renteskatten, i det omfang investorerne i de omhandlede limited partnerships er enten fysiske personer eller "statslige eller kommunale enheder", fordi sådanne personer og enheder ikke er omfattet af kredsen af skattepligtige efter § 2, stk. 1, litra d) [...], er ikke holdbart. _____

Det er Altor II S.a.r.l. – og altså ikke investorerne i dette selskab – som i den foreliggende sag er rette indkomstmodtager af de omhandlede renter fra Aalborg Industries Holding A/S og dermed er skattepligtig af renterne i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d). Der er derfor ikke grundlag for at nedsætte kildeskattekravet med den begrundelse, at en andel af investorerne er fysiske personer eller "statslige eller kommunale enheder", som ikke er omfattet af kredsen af skattepligtige efter § 2, stk. 1, litra d).

Det forhold, at en (mindre) andel af renterne på lånet til Aalborg Industries Holding A/S eventuelt ikke ville have været skattepligtige efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), hvis det direkte låneforhold mellem det danske selskab og selskaberne på Jersey var blevet bevaret, kan ikke afkræfte, at der foreligger misbrug af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst og rente-/royaltydirektivet. Det anførte ændrer nemlig ikke ved, at hovedformålet med det faktisk etablerede arrangement, der bestod i indskydelse af det luxembourgiske selskab, Altor II S.a.r.l. mellem det danske selskab og selskaberne på Jersey, har været at opnå en skattemæssig fordel i henhold til den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst og rente-/royaltydirektivet, og at der faktisk også har været en betydelig skattemæssig fordel forbundet med dette arrangement.

Det bemærkes herved, at ifølge Alfa Lavals oplysninger udgør fysiske personers direkte ejerandel af den samlede "Altor 2003 Fund" kun 0,04 pct., jf. bilag 11, s. 4 [...]. Hvad angår Alfa Lavals synspunkt om, at der ikke er hjemmel til at beskatte "statslige eller kommunale enheder" har Alfa Laval alene påberåbt sig dette synspunkt i forhold til 3 konkrete investorer, nemlig Tredje AP-fonden, Wolverhampton Borough Council og Keva [...], hvis ejerandel af den samlede fond ifølge Alfa Lavals oplysninger kun udgør 7,63 pct. [...].

Allerede på denne baggrund er der ikke grundlag for at foretage en delvis nedsættelse af renteskatten ud fra en tankegang om, at en (mindre) andel af investorerne i de omhandlede selskaber på Jersey måtte være personer eller enheder, som ikke ville have været skattepligtige af renterne på et direkte låneforhold mellem Aalborg Industries Holding A/S og selskaberne på Jersey.

Dertil kommer, at der hverken for Tredje AP-fonden, Wolverhampton Borough Council, Keva eller andre enheder er fremlagt dokumenterede oplysninger om etableringsgrundlaget for enhederne og deres organisering og virksomhed, som gør det muligt at bedømme, hvorvidt enhederne kan eller ikke kan sidestilles med en eller flere af de enheder, der er opregnet i selskabsskattelovens § 1, stk. 1. Det bestrides derfor som udokumenteret, at disse enheder ikke ville have været skattepligtige af renter på et direkte lån til Aalborg Industries Holding A/S.

7.3.1.4 Det er ikke godtgjort, at selskaberne på Jersey er gennemstrømningselskaber

I det omfang Alfa Lavals synspunkt om, at de omhandlede limited partnerships er skattemæssigt transparente, ikke kan begrunde en nedsættelse af renteskatten, gør Alfa Laval som nævnt gældende, at de pågældende partnerships må anses som gennemstrømningselskaber, og at investorerne i de pågældende partnerships af den grund er de retmæssige ejere af (en forholdsmæssig andel af) de omhandlede renter [...].

Det påhviler ikke skattemyndighederne at fastslå, hvem der er renternes retmæssige ejer, når den, der fremtræder som fordringshaver, i dette tilfælde Altor II S.a.r.l., ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer. En sådan pligt, der ikke kan udledes af rente-/royaltydirektivet, jf. præmis 143-145 i Domstolens dom i den foreliggende sag, kan heller ikke udledes af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller af noget andet retligt grundlag. Som anført af Domstolen vil det nemlig ofte være umuligt for kildelandets skattemyndigheder at afdække, hvem der er ren-

ternes retsmæssige ejer. Det gælder også i en situation, hvor det er muligt at indkredse de mulige retmæssige ejere, da det med al sandsynlighed vil være umuligt for kildestatens (Danmarks) skattemyndigheder og domstole at fastslå, hvilken af to mulige retsmæssige ejere, der er den retsmæssige ejer, jf. hertil Domstolens dom, præmis 143 og 144.

Det påhviler Alfa Laval at føre bevis for, at investorerne i de omhandlede limited partnerships er de retmæssige ejere af renterne fra Aalborg Industries Holding A/S med den begrundelse, at de pågældende partnerships blot er gennemstrømningsselskaber uden reel råderet over renterne, som selskaberne har modtaget via gennemstrømningsenheden Altor II S.a.r.l.

Dette bevis har Alfa Laval ikke ført.

Tværtimod er der flere forhold, som taler imod, at selskaberne på Jersey blot skulle have været gennemstrømningsselskaber uden reel råderet over renterne.

For det første stoppede kæden af ”back-to-back” -lån, som muliggjorde gennemstrømningen af renter fra Aalborg Industries Holding A/S til selskaberne på Jersey via Altor II S.a.r.l., ved netop selskaberne på Jersey. Der foreligger ikke dokumenterede oplysninger om, at der mellem selskaberne på Jersey og deres investorer var etableret lån på tilsvarende vilkår, som gjorde, at de renter, der strømmede fra Aalborg Industries Holding A/S til Altor II S.a.r.l. og herfra videre til selskaberne på Jersey i kraft af de løbende rentetilskrivninger på de omhandlede ”back-to-back” lån, strømmede videre fra selskaberne på Jersey til investorerne i kraft af rentetilskrivninger på lån mellem sidstnævnte på samme vis som i de forudgående led i ”kæden” .

For det andet har Alfa Laval ikke ført bevis for, at selskaberne på Jersey ikke har kunne råde over de omhandlede renter, enten fordi de har været retligt forpligtet til at føre renterne videre, eller fordi de pga. af faktiske omstændigheder ikke har haft reelle beføjelser til at råde over renterne og dermed blot har fungeret som gennemstrømningsenheder.

For det tredje havde selskaberne på Jersey langt mere substans end Altor II S.a.r.l., idet selskaberne på Jersey havde langt flere aktiviteter, udgifter og midler end det luxembourgske selskab, jf. regnskaberne for de omhandlede limited partnerships.

7.3.2 Den subsidiære påstand (B)

Der er ikke grundlag for at hjemvise sagen til fornyet behandling.

Efter grundlovens § 63, stk. 1, tilkommer det domstolene at efterprøve den offentlige forvaltnings afgørelser. En sådan efterprøvelse kan resultere i en hjemvisning til en fornyet administrativ behandling, men en hjemvisning er betinget af, at der er noget galt med den afgørelse, som domstolsprøvelsen angår. En hjemvisning kan således kun komme på tale, hvis domstolsprøvelsen giver grundlag for at fastslå, at den indbragte afgørelse er baseret på en forkert retsopfattelse eller er behæftet med en væsentlig sagsbehandlingsfejl, eller hvis bevisførelsen for domstolene giver belæg for at forslå, at de faktiske oplysninger, der er blevet lagt til grund for afgørelsen, er forkerte eller i hvert fald utilstrækkelige.

De anbringender, som Alfa Laval fremfører til støtte for påstanden om hjemvisning, viser, at en hjemvisning ikke tager sigte på, at skattemyndighederne skal rette op på fejl, der er blevet fastslået ved domstolsprøvelsen, men derimod at sagen skal hjemvises ”med henblik på”, at skattemyndighederne skal ændre deres afgørelse, ”i det omfang” – det vil sige ”hvis” – Alfa Laval senere dokumenterer nogle nærmere angivne forhold, jf. f.eks. [...].

Som beskrevet under afsnit 7.3.1 ovenfor har Alfa Laval ikke godtgjort, at der er grundlag for at foretage en nedsættelse af renteskatten med den begrundelse, at investorerne i selskaberne på Jersey enten er ”retmæssige ejere” af de omhandlede renter i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er fysiske personer eller er ”statslige eller kommunale enheder”. Alfa Laval har da også selv tilkendegivet, at påstanden om hjemvisning omfatter de ”investorer, i forhold til hvilke retten ikke måtte finde det dokumenteret, at de er berettiget til nedsættelse” [...].

Da Alfa Laval ikke har godtgjort, at der konkret er grundlag for at antage, at kildeskatten skal nedsættelse, er der ikke grundlag for at hjemvise sagen med henblik på en sådan nedsættelse.

På denne baggrund bør Skatteministeriet frifindes for Alfa Lavals subsidiære påstand (B).”

Skatteministeriet har under hovedforhandlingen procederet i overensstemmelse med det sammenfattende processkrift af 3. januar 2022 og har endvidere gjort gældende, at Alfa Laval Aalborg A/S ikke med det fremlagte materiale vedrørende andre staters skattemæssige behandling af fonde på Jersey har godtgjort, at de enkelte investorers hjemstater anser de pågældende fonde for skattemæssigt transparente.

Landsrettens begrundelse og resultat

BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS)

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d

Det følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, som affattet ved lov nr. 221 af 31. marts 2004, at et selskab som nævnt i § 1, stk. 1, med hjemsted i udlandet er skattepligtig af renter, som det oppebærer fra et selskab her i landet, når der er tale om kontrolleret gæld, jf. skattekontrollovens § 3 B.

Det er ubestridt, at SNAH AB er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, og at lånet fra selskabet til HHU ApS, som de omhandlede rentetilskrivninger vedrører, er kontrolleret gæld.

Det følger dog af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. punktum, at skattepligten ikke omfatter renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF (rente-/royaltydirektivet) eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor selskabet er hjemmehørende.

Sagen drejer sig derfor om, hvorvidt der i medfør af rente-/royaltydirektivet eller den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er pligt til at frafalde eller nedsætte beskatningen af renterne.

Rente-/royaltydirektivet

Rente-/royaltydirektivet er implementeret i dansk ret ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 på den måde, at selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, henviser til bestemmelserne i direktivet.

Direktivets bestemmelser finder herefter efter deres indhold anvendelse på renter omfattet af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Direktivet bestemmer, at betalinger af renter og royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, forudsat at den retmæssige ejer af renterne er et selskab i en anden medlemsstat, og at der er tale om renter, der betales mellem associerede selskaber, jf. artikel 1, stk. 7. Det er ubestridt, at sidstnævnte betingelse er opfyldt, idet HHU ApS var 100 % ejet af SNAH AB.

Skatteministeriet har imidlertid gjort gældende, at SNAH AB ikke kan påberåbe sig skattefritagelse efter direktivet, fordi der foreligger retsmisbrug, og fordi SNAH AB ikke kan anses for renternes ”retmæssige ejer”.

Skatteministeriets anbringender rejser spørgsmål om fortolkning af rente-/royaltydirektivet.

Landsretten bemærker indledningsvist, at kompetencen til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten henhører under EU-Domstolen, jf. TEUF artikel 267.

I EU-Domstolens (Store Afdeling) dom af 26. februar 2019 i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, udtaler Domstolen om fortolkningen af begrebet ”retmæssig ejer”, at det betegner en enhed, som økonomisk set reelt modtager de renter, som betales til den, og som derfor råder over beføjelsen til frit at fastlægge anvendelsen heraf. Det afgørende er således ikke, om modtageren formelt er ejer af renterne. Domstolen udtaler endvidere, at begrebet ”retmæssig ejer” i artikel 11 i OECD’s model for dobbeltbeskatningsoverenskomster fra 1996 med efterfølgende ændringer og kommentarerne hertil er relevante for fortolkningen af direktivet.

Om retsmisbrug udtaler EU-Domstolen, at det generelle EU-retlige princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skal fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole i tilfælde af svig eller misbrug skal nægte en skattepligtig person indrømmelsen af den fritagelse for enhver form for skat af rentebetaling, der er fastsat i rente-/royaltydirektivet, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse.

HHU ApS har imidlertid gjort gældende, at en forståelse som fastslået af EU-Domstolen strider mod selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, således at der skal indrømmes skattefritagelse, uanset om der måtte foreligge et retsmisbrug.

Landsretten bemærker herom, at ordlyden af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, der om skattefritagelse blot henviser til rente-/royaltydirektivet, ikke er i modstrid med EU-Domstolens fortolkning. Landsretten finder ligeledes, at der ikke i lovens forarbejder er holdepunkter for at antage, at § 2, stk. 1, litra d, skal forstås således, at der hjemles skattefritagelse også i tilfælde, der kan karakteriseres som retsmisbrug som beskrevet af EU-Domstolen.

Det fremgår således af forarbejderne til lov nr. 221 af 31. marts 2004, hvorved der blev indført beskatning af renter på koncerninterne lån, som betales til selskaber i ikke-EU-lande uden en dobbeltbeskatningsoverenskomst, at formålet var at imødegå, at et dansk selskab nedsætter den danske beskatning ved at reducere den skattepligtige indkomst gennem rentebetaling til visse finansielle selskaber i lavskattelands, hvis det udenlandske selskab kontrollerer det danske selskab. Det fremgår endvidere af skatteministerens bemærkninger sendt til Skatteudvalget den 17. februar 2004 vedrørende en henvendelse fra Foreningen

af Statsautoriserede Revisorer i anledning af lovforslaget, at man var opmærksom på, at der var en risiko for, at reglerne ville blive søgt omgået ved, at det danske selskab betalte renterne til et selskab omfattet af rente-/royaltydirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som derpå betalte renterne videre til et selskab i et lavskatteland. De danske skattemyndigheder vil i sådanne tilfælde efter en konkret realitetsbedømmelse kunne lægge til grund, at det selskab, som i første omgang modtager renterne, ikke er renternes retmæssige ejer.

På denne baggrund finder landsretten, at selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, kan fortolkes i overensstemmelse med den fortolkning af rente-/royaltydirektivet, som EU-Domstolen har anført.

HHU ApS har endvidere gjort gældende, at det af EU-Domstolen anførte om et generelt EU-retligt princip, hvorefter borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, er at betragte som et princip på traktatniveau, der har direkte virkning for borgerne, og at Danmark ikke har overladt suverænitet til EU-Domstolen til at fastsætte et sådant princip, jf. tilsvarende Højesterets dom gengivet i U 2017.824 (Ajos).

Hertil bemærker landsretten, at der i den foreliggende retlige sammenhæng – hvor spørgsmålet er, om en skattepligtig person skal nægtes en fordel efter direktivet – er tale om et princip, der må anses for at ligge inden for rammerne af en fortolkning af rente-/royaltydirektivet, og som ikke strider mod dansk lovgivning eller generelle danske retsprincipper. Det tilkommer EU-Domstolen at fastlægge indholdet af EU-retten, og herunder som sket i dommen af 26. februar 2019 at fastslå, at det i en række tidligere domme, jf. herved bl.a. dom af 9. marts 1999 i sag C-212/97, Centros, og den i Centrosdommens præmis 24 nævnte retspraksis fastslåede almindelige EU-retlige princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug, skal fortolkes således, at de nationale myndigheder og domstole i tilfælde af svig eller misbrug skal nægte en skattepligtig person indrømmelse af frafald af beskatningen af renter efter rente-/royaltydirektivets art. 5, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse. Det tilkommer ligeledes EU-Domstolen at angive under hvilke omstændigheder, der foreligger et sådant retsmisbrug. Landsretten finder derfor, at en fortolkning som anført af EU-Domstolen i dommen af 26. februar 2019 i de forenede sager C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16 ikke i den foreliggende situation indebærer en overskridelse af de kompetencer, der er overladt til EU's institutioner ved loven om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union.

Endelig har HHU ApS gjort gældende, at en forståelse som fastslået af EU-Domstolen er en praksisændring med tilbagevirkende kraft, som er i strid med retssikkerhedsprincippet, jf. hertil Kofoed-dommen (C321/05).

EU-Domstolen udtaler i præmis 117, at det – uanset hvad Domstolen udtalte i dom af 5. juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408) – ikke heraf kan udledes, at de nationale myndigheder og domstole er forhindret i at nægte at indrømme den fordel, der følger af den ret til fritagelse, der er fastsat i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, i tilfælde af svig eller retsmisbrug, selv om national ret ikke indeholder regler, der kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 5 i direktivet.

Landsretten bemærker, at EU-Domstolen ved denne fortolkning alene kan anses for at have præciseret betydningen og rækkevidden af princippet om forbud mod retsmisbrug. Der er ved fortolkningen ikke skabt en forpligtelse for borgerne, men alene angivet, at en fordel i henhold til direktivet ikke kan indrømmes, når den søges opnået ved retsmisbrug. EU-Domstolens fortolkning kan således ikke anses for at udgøre en praksisændring med tilbagevirkende kraft.

Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Det følger af artikel 11 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, at renter, der udbetales til en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, ikke kan beskattes i den stat, hvorfra renterne stammer, hvis modtageren i den anden kontraherende stat er retmæssig ejer af renterne, jf. i overensstemmelse hermed selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Som anført har Skatteministeriet gjort gældende, at SNAH AB ikke er retsmæssig ejer af renterne fra HHU ApS.

Spørgsmålet er herefter, hvordan begrebet ”retmæssig ejer” i dobbeltbeskatningsoverenskomsten skal forstås.

Overenskomsten indeholder ikke en definition af begrebet ”retmæssig ejer”. Ifølge overenskomstens artikel 3, stk. 2, skal begreber, der ikke er defineret i overenskomsten, medmindre andet følger af sammenhængen, tillægges den betydning, som det har i den kontraherende stats lovgivning om de skatter, der er omfattet af overenskomsten.

Der foreligger ikke oplysninger om forhandlingerne med de nordiske lande forud for indgåelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Det fremgår af forarbejderne til lov nr. 190 af 12. marts 1997, som gennemførte den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst i dansk ret, at overenskomsten baserer sig på OECD's modelbeskatningsoverenskomst. Begrebet ”retmæssig ejer” må derfor

fortolkes i lyset af, hvad der forstås ved dette begreb i modeloverenskomsten, der har anvendt begrebet ”retmæssig ejer” siden 1977.

OECD’s modeloverenskomst indeholder ikke en definition af begrebet ”ret-mæssig ejer”. I kommentarerne til modeloverenskomsten fra 1977 er om ”mis-brug af overenskomsten” anført bl.a., at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke bør hjælpe til skatteunddragelse eller skatteflugt, og at begrebet ”retmæssig ejer” i bl.a. artikel 11 imødegår visse misbrugssituationer. Som misbrug om-tales kunstfærdige juridiske konstruktioner, og som eksempel nævnes 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. Af kommentarerne til artikel 10 fremgår endvidere, at begrænsningen i beskatningen ikke kan benyttes, når et mellemlid (“intermediary”) skydes ind mellem den berettigede og udbetaleren. Som eksempler på et mellemlid nævnes en agent eller en udpeget person (“nominee”).

I kommentarerne til artikel 11 i OECD’s modeloverenskomst fra 2003, der må anses for alene at indeholde præciseringer, anføres i overensstemmelse hermed, 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. Det anføres herudover i kommentaren til artikel 11, i tråd med 1977-kommentarerne om ”kunstfærdige juridiske konstruktioner” og ”mellemlid”, at det ikke er i overensstemmelse med formålet med overenskomsten at indrømme fritagelse for skat, hvor en person på anden måde end som agent eller mellemmand (“nominee relationship”) blot fungerer som gennemstrømningsenhed (“conduit”) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. Endelig nævnes, tillige i overensstemmelse med 1977-kommentarerne, at OECD’s Committee on Fiscal Affairs på denne baggrund har konkluderet, at 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.

Landsretten bemærker, at der ikke er grundlag for at statuere, at en forståelse af begrebet ”retsmæssig ejer”, som anført ovenfor, og som stemmer overens med den internationale forståelse af begrebet i OECD modeloverenskomsten fra 1977, er i strid med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d. Der ses hverken i ordlyden af bestemmelsen eller i forarbejderne hertil grundlag for en anden fortolkning. Skatteministerens udtalelser i forbindelse med tilblivelsen af den tilsvarende bestemmelse i selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra c, om kildeskat af udbytte, vedrørende muligheden for at indskyde et ”mellemlidingselskab”

eksempelvis på Cypern, der på daværende tidspunkt ikke var medlem af EU og derfor ikke omfattet af direktivet, og derved undgå dansk beskatning, findes at være af en sådan generel, forklarende karakter, at de ikke kan anses for en tilkendegivelse om, at skattemyndighederne i alle tilfælde vil anse det indskudte selskab som udbyttets retmæssige ejer efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Det forhold, at begreberne ”retmæssig ejer” og ”rette indkomstmottager” ikke anvendes sprogligt stringent i forarbejderne, findes ligeledes ikke at kunne føre til et andet resultat.

På dette grundlag skal der herefter foretages en vurdering af de konkrete rentetilskrivninger i sagerne.

Rentetilskrivningerne i sagerne

Rådets direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (rente-/royaltydirektivet), blev vedtaget den 3. juni 2003.

Ernst & Young havde ifølge brevet af 20. juni 2003 til TAJRV Ltd. foreslået en omstrukturering af ETI-group, der omfattede indsættelse af et EU-baseret ”intermediary” holdingselskab og gældsinstrumenter internt i koncernen. Formålet hermed var at skabe en mere fleksibel struktur med henblik på at øge mulighederne for at overføre beløb fra selskaberne til Jersey ”without suffering significant withholding taxes and the like” og ”lowering future income taxes to be paid” .

Det fremgår af sagerne, at der herefter blev foretaget en omstrukturering af konsortiet, der indebar, at TAJRV Ltd., der skattemæssigt er hjemmehørende på Jersey, den 25. juni 2003 erhvervede de to svenske skuffeselskaber SNAH AB og ETERG AB, der blev indskudt mellem TAJRV Ltd. og det danske selskab ETI Telecom A/S. Den 26. juni 2003 fik SNAH AB overført aktierne i ETI Telecom A/S ved et ”ovilkøret aktieægertilskott” . Aktierne i ETI-Telecom A/S var værdiansat til 225 mio. EUR. Samme dag blev aktierne i SNAH AB overdraget til ETERG AB for 225 mio. EUR. Overdragelsen blev finansieret ved, at ETERG AB ligeledes den 26. juni 2003 lånte 225 mio. EUR af sit moderselskab, TAJRV Ltd. SNAH AB erhvervede den 27. juni 2003 aktierne i HHU ApS fra ETI Holding ApS for 1,7 mio. kr., som blev finansieret ved et lån fra ETI Holding ApS til SNAH AB. Den 1. juli 2003 erhvervede HHU ApS aktierne i ETI Telecom A/S fra SNAH AB. Købet blev finansieret ved, at HHU ApS samme dag lånte 225 mio. EUR af sit moderselskab, SNAH AB.

Lånet mellem HHU ApS og SNAH AB samt lånet mellem ETERG AB og TAJRV Ltd., der er indgået med få dages mellemrum, er identiske for så vidt angår hovedstol. De øvrige vilkår – herunder vilkårene om forrentning, rentetilskrivning

og betaling – må ligeledes anses for i det væsentlige at være enslydende. SNAH AB har ydet koncernbidrag til ETERG AB, som reelt indebar, at rentebeløbene fra HHU ApS til SNAH AB blev viderekaliseret til ETERG AB til betaling af renterne på ETERG AB's lån til TAJRV Ltd.

Det er ubestridt, at SNAH AB ydede en række såkaldte koncernbidrag til ETERG AB, der efter svenske ret var fradragsberettigede for yderen og skat-tepligtige for modtageren. På indtægtssiden havde SNAH AB renterne fra HHU ApS, der blev udlignet af fradraget for det ydede koncernbidrag, mens der i ETERG AB på indtægtssiden var det modtagne koncernbidrag, der blev udlignet af renteudgifterne til TAJRV Ltd.

SNAH AB's eneste aktivitet var at eje aktier i HHU ApS, bortset fra at SNAH AB den 10. januar 2006 erhvervede en udlejningsejendom i Sverige for 5,4 mio. SEK. ETERG AB's eneste aktivitet var at eje aktier i SNAH AB. Selskaberne var uden ansatte og blev administreret af Amicorp Sweden AB, hvis ansatte bestred posterne som direktion og bestyrelse i selskaberne, som også havde samme adresse som Amicorp Sweden AB. TAJRV Ltd. betalte SNAH AB og ETERG AB's udgifter til revisor og administration.

Af Ernst & Youngs notat af 3. juni 2004 om virkningen af ændrede skatteregler ved L119 fremgår, at det forhold, at de to svenske selskaber blev indskudt mellem TAJRV og den danske koncern i sig selv bevirkede, at der fremover ikke skulle betales nogen kildeskat på renterne.

Landsretten finder herefter, at lånet mellem HHU ApS og SNAH AB, det sam-tidige lån mellem ETERG AB og TAJRV Ltd. og koncernbidragene fra SNAH AB til ETERG AB må anses for et samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement, og at indskydelsen af de to svenske selskaber i arrangementet – i stedet for at TAJRV Ltd. ydede lånet direkte til HHU ApS – ikke havde nogen forretnings-mæssig begrundelse ud over at opnå en mulig skattefordel. Efter oplysningerne om arrangementets tilrettelæggelse lægger landsretten til grund, at hverken SNAH AB eller ETERG AB havde nogen reel råderet over de tilskrevne renter, henholdsvis koncernbidrag, som strømmede videre til TAJRV Ltd. i overens-stemmelse med formålet med arrangementet. SNAH AB's erhvervelse af udlej-ningsejendommen for 5,4 mio. SEK må anses for ubetydelig og kan ikke føre til en anden vurdering.

Foreløbig konklusion

Landsretten finder efter en samlet vurdering af de ovenfor nævnte forhold, at der foreligger retsmisbrug. SNAH AB og ETERG AB kan herefter ikke anses for renternes retmæssige ejere og kan ikke påberåbe sig skattefritagelse, hverken

efter rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, eller den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11, stk. 1.

Administrativ praksis

HHU ApS har gjort gældende, at en fortolkning af rente-/royaltydirektivet, som ovenfor anført, og dermed af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og en forståelse af begrebet ”retmæssig ejer” i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, som ovenfor anført, udgør en ændring af administrativ praksis med tilbagevirkende kraft, der efter forvaltningsretlige principper ikke kan finde anvendelse på de rentetilskrivninger, der fandt sted i perioden 2004-2007.

Landsretten finder, at forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, som affattet ved lov nr. 221 af 31. marts 2004, herunder skatteministerens besvarelser af spørgsmål til Skatteudvalget, ikke kan anses som en tilkendegivelse om, at danske skattemyndigheder ville acceptere et retsmisbrug, som beskrevet af EU-Domstolen, eller ville indrømme skattenedsættelse i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, uanset at modtageren af udbyttet eller rentetilskrivninger ikke kunne anses som retmæssig ejer heraf.

Skatteministeren udtalte således i flere besvarelser til Skatteudvalget i forbindelse med tilblivelsen af lov nr. 221 af 31. marts 2004, at det i tilfælde, hvor kildebeskatningen søges omgået ved, at et dansk selskab betaler renter til et finansielt selskab i et lavskatteland via et selskab i et andet land, som er omfattet af rente-/royaltydirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil skattemyndighederne efter en konkret realitetsbedømmelse kunne lægge til grund, at renternes retmæssige ejer ikke er selskabet i det andet land, men det finansielle selskab i lavskattelandet, således at renterne derfor ikke er omfattet af direktivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Det fremgår endvidere af Skatteministeriets notat af 20. marts 2007 til Folketingets Skatteudvalg om status på SKATs kontrolindsats, at kapitalfondenes overtagelse af danske virksomheder gennem de senere år har udgjort en større og større andel af de samlede virksomhedsoverdragelser, at antallet specielt i 2005 har vist sig at udgøre et betydeligt antal med en stor volumen, og at SKAT derfor har rettet fokus på denne type overdragelser. Det fremgår endvidere, at SKAT på denne baggrund har indledt en kontrol af en række overdragelser med henblik på at undersøge, hvem der er den endelige modtager, ”rette indkomstmottager”, af renter og udbytter. Skatteministeren oplyste den 15. maj 2007, at disse undersøgelser endnu ikke havde ført til udbyttebeskatning af udlodninger til gennemstrømningsselskaber. Sager om beskatning af renter blev ikke omtalt i udtalelsen.

Forarbejderne, herunder skatteministerens besvarelse af spørgsmål til Skatte-udvalget, til selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra c, om beskatning af udbytteud-lodninger kan heller ikke anses for at indeholde en tilkendegivelse af accept af et misbrug. Navnlig bemærkes, at de udtalelser, som skatteministeren fremkom med i forbindelse med tilblivelsen af lov nr. 282 af 25. april 2001 om mulighe-den for at indskyde et holdingselskab eksempelvis på Cypem og derved undgå dansk beskatning, findes at være af en sådan generel karakter, at de ikke kan anses for en tilkendegivelse om, at de danske skattemyndigheder ville acceptere omgåelse eller misbrug, som beskrevet af EU-Domstolen.

Det forhold, at skatteministeren i visse af sine besvarelser vedrørende de øko-nomiske konsekvenser af genindførelse af udbyttebeskatningen i 2001 omtalte, at selskaberne ville "kunne omstrukturere sig" og dermed undgå dansk udbyt-teskat, findes ligeledes ikke at indeholde en tilkendegivelse af accept af et mis-brug.

På denne baggrund findes det ikke godtgjort, at der forelå en administrativ praksis, som indebar accept af arrangementer som det foreliggende. HHU ApS har derfor ikke haft føje til at antage, at selskabet i en situation som den forelig-gende var fritaget fra at betale skat af de omhandlede rentetilskrivninger.

Kildeskattelovens § 69, stk. 1

Det følger af kildeskattelovens § 65 D, stk. 1, at HHU ApS er ansvarlig for at indeholde kildeskatten på 88.140.531 kr.

I et tilfælde som det foreliggende, hvor HHU ApS ikke har opfyldt sin indehol-delsespligt, følger det af kildeskattelovens § 69, stk. 1, at HHU ApS over for det offentlige er umiddelbart ansvarlig for betaling af det manglende beløb, med-mindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra selskabets side ved iagttagelse af kildeskattelovens bestemmelser.

HHU ApS må efter de foreliggende oplysninger have været bekendt med de faktiske omstændigheder i forbindelse med rentetilskrivningerne og koncern-bidragene, herunder at formålet med at indskyde SNAH AB og ETERG AB som mellemlid alene var at undgå dansk kildebeskatning som redegjort for ovenfor.

Under disse omstændigheder kan det forhold, at der på tidspunktet for rente-tilskrivningerne i 2004-2007 ikke forelå en endelig afklaring af, hvorledes be-grebet "retmæssig ejer" skal fortolkes, og dermed om der var fornøden hjemmel til at imødegå et retsmisbrug som det foreliggende, ikke føre til, at HHU ApS bliver ansvarsfri i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1.

HHU ApS er herefter ansvarlig over for det offentlige for betaling af kildeskat af renter med 88.140.531 kr.

HHU ApS' subsidære påstand.

Landsretten finder, at det er uden betydning for vurderingen af, om der fore-ligger retsmisbrug, og om SNAH AB eller ETERG AB kan anses for at være ren-ternes retmæssige ejer, om renterne blev betalt effektivt, gældskonverteret uden pengestrøm eller modregnet, idet den skattemæssige virkning indtrådte ved rentetilskrivningerne i henholdsvis 2004, 2005, 2006 og 2007.

Konklusion

Skatteministeriet frifindes herefter i det hele.

Sagsomkostninger

Parterne er ikke fremkommet med bemærkninger vedrørende sagsomkostningernes størrelse.

Efter sagernes udfald skal HHU ApS under konkurs v/BEI ApS og BEI ApS (tidligere HHU ApS) in solidum betale sagsomkostninger til Skatteministeriet med i alt 1.000.000 kr. Ved fastsættelsen af beløbet, der er til dækning af udgif-ter til advokatbistand inkl. moms, er der taget hensyn til sagernes værdi samt sagernes omfang, betydning og forløb, herunder at sagerne har været udsat med henblik på forelæggelse for EU-Domstolen.

BS-30/2012-VLR (Alfa Laval Aalborg A/S)

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og ændringen af skattekontrollovens § 3 B, pr. 1. maj 2006

Det følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, som affattet ved lov nr. 221 af 31. marts 2004, at et selskab som nævnt i § 1, stk. 1, med hjemsted i udlandet er skattepligtig af renter, som det oppebærer fra et selskab her i landet, når der er tale om kontrolleret gæld, jf. skattekontrollovens § 3 B. Bestemmelsen angår således skat på renter til udenlandske, juridiske personer, der som nærmere bestemt i skattekontrollovens § 3 B, kontrollerer det selskab, som gælden påhvi-ler.

Skattekontrollovens § 3 B blev ved lov nr. 308 af 19. april 2006 med ikrafttræden den 1. maj 2006 ændret med den virkning, at kapitalfonde, der som transparen-te skattesubjekter efter dansk ret hidtil havde været undtaget fra bestemmelsens generelle anvendelsesområde, under nærmere angivne betingelser blev omfat-tet af bestemmelsen. Ifølge forarbejderne var ændringerne særligt møntet på den situation, hvor flere kapitalfonde går sammen om at opkøbe et selskab og i den forbindelse indgår en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydel-se på de fællesejede selskaber, som indgår i købet.

Altor 2003 Fund, der er en fælles betegnelse for 5 kapitalfonde, ydede i september 2005 et lån på 146.010.341 kr. til Aalborg Industries Holding A/S. Lovændringen, som trådte i kraft den 1. maj 2006, ville – ved uændrede forhold – have medført, at renterne på disse lån med virkning fra den 1. maj 2006 var blevet skattepligtige efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d. Det er i den forbindelse ubestridt, at ingen af kapitalfondene var selskaber, som kunne påberåbe sig direktiv 2003/49/EF (rente-/royaltydirektivet) eller en dobbeltbeskatnings-overenskomst indgået med Danmark.

Der blev den 28. april 2006, dvs. få dage før lovændringen trådte i kraft, foretaget en omstrukturering, som indebar, at selskabet Altor II S.à.r.l., som blev stiftet samme dag, blev ny kreditor på det ovennævnte lån fra kapitalfondene til Aalborg Industries Holding A/S. Kapitalfondene ydede samtidig Altor II S.à.r.l. et lån ligeledes på 146.010.341 kr.

Spørgsmålet i sagen er, om Altor II S.à.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, kan påberåbe sig skattefritagelse i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. pkt., hvorefter skattepligten ikke omfatter renter, hvis beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter rente-/royaltydirektivet eller efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg.

Skatteministeriet har gjort gældende, at hverken betingelserne i rente-/royaltydirektivet eller i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg for at frafalde eller nedsætte beskatningen er opfyldt, fordi der foreligger retsmisbrug, og fordi Altor II S.a.r.l. ikke kan anses for at være renternes ”retmæssige ejer” efter hverken rente-/royaltydirektivet eller dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11, stk. 1.

Anvendelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. punktum

Om den generelle forståelse af rente-/royaltydirektivet, herunder om hjemlen til at afslå direktivets fordele ved retsmisbrug og principperne for bedømmelsen heraf, henvises til det, som landsretten har anført i præmisserne vedrørende sagerne BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS), jf. ovenfor.

På samme måde henvises til det anførte i præmisserne vedrørende disse sager om forståelsen og anvendelsen af begrebet ”retmæssig ejer” som anvendt i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11, idet bestemmelsen i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er enslydende med bestemmelsen i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det, Alfa Laval Aalborg A/S har anført, herunder om canadisk retspraksis, kan ikke føre til en ændret vurdering.

På dette grundlag skal der foretages en vurdering af de konkrete rentetilskrivninger i sagen.

Rentetilskrivningerne i sagen

I august 2005 købte Altor 2003 Fund majoriteten af aktierne i Aalborg Industries A/S. Altor 2003 Fund er som nævnt en fællesbetegnelse for 5 fonde, der hver især er hjemmehørende på Jersey. I forbindelse med opkøbet ydede Altor 2003 Fund i september 2005 et lån til Aalborg Industries A/S på 146.010.341 kr.

Den 28. april 2006, dvs. kort før ændringen af skattekontrollovens § 3 B trådte i kraft den 1. maj 2006, fandt der en omstrukturering sted, hvorved Altor 2003 Fund stiftede det helejede datterselskab i Luxembourg, Altor II S.a.r.l., som samme dag fik overdraget gældsfordringen på Aalborg Industries Holding A/S, således at det luxembourgske selskab herefter var kreditor på lånet. Overdragelsen af fordringen blev berigtiget ved, at Altor 2003 Fund ydede Altor II S.a.r.l. et lån svarende til fordringens hovedstol på 146.010.341 kr., og som blev forrentet med en rentesats stort set svarende til forrentningen på Aalborg Industries A/S' gæld til Altor 2003 Fund. For begge lån var det et vilkår, at renterne skulle tilskrives hovedstolen. Renterne blev således løbende akkumuleret, indtil begge lån inklusive de tilskrevne renter i november 2007 blev indfriet. Altor II S.a.r.l.'s renteindtægter i 2006 og 2007 udgjorde henholdsvis 1.192.681 EUR og 1.497.208 EUR, og renteudgifterne udgjorde i 2006 og 2007 henholdsvis 1.195.124 EUR og 1.473.675 EUR. Renteindtægterne og renteudgifterne udlignede således stort set hinanden. Selskabets resultat var i 2006 negativt med 23.588 EUR og i 2007 positivt med 15.587 EUR.

Alfa Laval Aalborg A/S har nu for landsretten anført, at baggrunden for indskydelsen af Altor II S.a.r.l. som mellemholdingselskab i Luxembourg var at fritage Aalborg Industries Holding A/S for betydelig administration med fremskaffelse og indsendelse af dokumentation for skattemæssigt hjemsted, potentielle tilbagesøgninger af uretmæssigt indeholdt rentekildeskat etc., idet kilde-skatten ville være begrænset, da hovedparten af investorerne (kommanditisterne) var hjemmehørende i en stat, som Danmark havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Altor 2003 Fund overdrog den 5. maj 2006 sine aktier i Aalborg Industries Holding A/S til Altor II S.a.r.l.

Ifølge Altor II S.a.r.l.'s regnskaber bestod selskabets aktivitet i 2006 og 2007 alene i at eje aktier i Aalborg Industries Holding A/S, og selskabet havde således ikke andre indtægtskilder eller aktiver end renteindtægterne fra Aalborg Industries Holding A/S. Der foreligger ingen oplysninger om, at Altor II S.a.r.l. rådede over lokaler eller personale.

Landsretten finder, at dispositionerne for så vidt angår gældsforholdene i det hele må betragtes som et samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement, og at konstruktionen ikke havde nogen forretningsmæssig begrundelse ud over at opnå en mulig skattefordel. Altor II S.à.r.l. havde ingen reel råderet over rente-indtægterne, som strømmede videre til kapitalfondene i overensstemmelse med formålet med arrangementet.

Foreløbig konklusion

Landsretten finder efter en samlet vurdering af de ovenfor nævnte forhold, at der foreligger retsmisbrug.

Altor II S.à.r.l. kan herefter ikke anses som renternes retmæssige ejer og kan ikke påberåbe sig skattefritagelse efter rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, eller den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, stk. 1.

Administrativ praksis

For så vidt angår anbringendet om, at SKATs afgørelse om kildeskat på renter-ne er en ændring med tilbagevirkende kraft af en fast administrativ praksis, henvises til landsrettens præmisser om administrativ praksis i sagerne BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR (HHU ApS), jf. ovenfor.

Kildeskattelovens § 69, stk. 1

Det følger af kildeskattelovens § 65 D, stk. 1, at Aalborg Industries Holding A/S havde pligt til at indeholde kildeskatten på 5.581.286 kr.

I et tilfælde som det foreliggende, hvor Aalborg Industries Holding A/S ikke har opfyldt sin indeholdelsespligt, følger det af kildeskattelovens § 69, stk. 1, at Aalborg Industries Holding A/S over for det offentlige er umiddelbart ansvarlig for betaling af det manglende beløb, medmindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra selskabets side ved iagttagelse af kildeskattelovens bestemmelser.

Aalborg Industries Holding A/S må efter de foreliggende oplysninger have været bekendt med de faktiske omstændigheder i forbindelse med rentetilskrivningerne, herunder at formålet med at indskyde Altor II S.à.r.l. som mellemed var at undgå dansk kildebeskatning som redegjort for ovenfor.

Under disse omstændigheder kan det forhold, at der på tidspunktet for rentetilskrivningerne i 2006-2007 ikke forelå en endelig afklaring af, hvorledes begrebet ”retmæssig ejer” skal fortolkes, og dermed om der var fornøden hjemmel

til at imødegå et retsmisbrug som det foreliggende, ikke føre til, at Aalborg Industries Holding A/S bliver ansvarsfri i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1.

Aalborg Industries Holding A/S er herefter ansvarlig over for det offentlige for betalingen af kildeskatten på i alt 5.581.286 kr.

Skatteministeriet frifindes derfor for Alfa Laval Aalborg A/S' principale på-stand.

Den subsidære påstand A

For det tilfælde, at Altor II S.à.r.l. ikke måtte blive anset for retmæssig ejer af renterne, har Alfa Laval Aalborg A/S gjort gældende, at de bagvedliggende in-vestorer i fire af de fem kapitalfonde skal anses for de retmæssige ejere. Der er henvist til oversigten over de enkelte investorers andele og tilhørsforhold med tilhørende underliggende dokumentation. Det er gjort gældende, at der ikke er dansk begrænset skattepligt for den del af renterne, som tilkommer de ultima-tive investorer, som var hjemmehørende i en stat, som Danmark i de pågældende indkomstår havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Det samme gælder fysiske personer og/eller statslige og kommunale enheder, hvor der ikke i dansk ret er hjemmel til at opkræve kildeskat på renter.

Alfa Laval Aalborg A/S har herudover gjort gældende, at investorerne skal anses som retmæssige ejere, fordi kapitalfondene på Jersey må anses for gennemstrømningsselskaber.

Skatteministeriet har bestridt, at der er tilstrækkeligt bevis for de bagvedliggende investorers identitet og skattemæssige hjemsted, og at kapitalfondene er gennemstrømningsselskaber. Skatteministeriet har gjort gældende, at der i en situation som den foreliggende, hvor der er tale om et arrangement med en gennemstrømningsenhed, må stilles strenge krav til beviset for, at arrangementet alligevel ikke har haft et misbrug af rente-/royaltydirektivet og den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst som formål. Det er ikke dokumenteret, at selskaberne på Jersey betragtes som skattemæssigt transparente i de stater, hvor investorerne er skattemæssigt hjemmehørende, og at de omhandlede renter er henført til beskatning hos investorerne i de stater, hvor de er skattemæssigt hjemmehørende.

Det er ubestridt, at skattemyndighederne anser fire af kapitalfondene på Jersey for skattemæssigt transparente enheder i Danmark og på Jersey. Det er en betingelse for at kunne anse de bagvedliggende investorer for retmæssige ejere af renterne, enten at de pågældende kapitalfonde også anses for transparente enheder efter reglerne i den stat, hvor investoren er skattemæssigt hjemmehørende, eller at kapitalfondene må anses som gennemstrømningsselskaber.

Det følger heraf, at Alfa Laval Aalborg A/S skal godtgøre, at renteindtægterne er henført til investorerne med henblik på beskatning i stater, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Det materiale, Alfa Laval Aalborg A/S har påberåbt, vedrører en række staters skattemæssige syn på selskaber på Jersey, og det dokumenterer ikke, at skattemyndighederne i de pågældende stater anser kapitalfondene på Jersey for skattemæssigt transparente enheder. Der er ikke fremlagt dokumentation for, at renterne fra Aalborg Industries Holding A/S i noget tilfælde er henført til beskatning hos investorerne. Landsretten finder derfor, at Alfa Laval Aalborg A/S ikke har godtgjort, at de bagvedliggende investorer i de fire kapitalfonde skal anses for de retmæssige ejere af renterne fra Aalborg Industries Holding A/S.

Landsretten finder, at Alfa Laval Aalborg A/S heller ikke har godtgjort, at kapitalfondene på Jersey er at anse for gennemstrømningsselskaber. Der er herved navnlig lagt vægt på, at der ikke foreligger oplysninger, der giver grundlag for at antage, at etablering af kapitalfondene savnede forretningsmæssig begrundelse, eller at kapitalfondene ingen reel råderet havde over renteindtægterne.

Som følge heraf frifindes Skatteministeriet for den subsidiære påstand A.

Den subsidiære påstand B

Der er efter de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at hjemvise sagen til fornyet behandling ved Skattestyrelsen.

Som følge heraf frifindes Skatteministeriet for den subsidiære påstand B.

Konklusion

Skatteministeriet frifindes.

Sagsomkostninger

Parterne er ikke fremkommet med bemærkninger vedrørende sagsomkostningernes størrelse.

Efter sagens udfald skal Alfa Laval Aalborg A/S betale sagsomkostninger til Skatteministeriet med i alt 600.000 kr. Ved fastsættelsen af beløbet, der er til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms, er der taget hensyn til sagens værdi samt sagens omfang, betydning og forløb, herunder at sagen har været forelagt EU-Domstolen.

THI KENDES FOR RET:

Skatteministeriet frifindes for de af HHU ApS under konkurs v/BEI ApS og BEI ApS (tidl. HHU ApS) nedlagte påstande i sagerne BS-12/2012-VLR og BS-13/2012-VLR.

Skatteministeriet frifindes for de af Alfa Laval Aalborg A/S nedlagte påstande i sagen BS-30/2012-VLR.

I sagsomkostninger for landsretten skal HHU ApS under konkurs v/BEI ApS og BEI ApS (tidligere HHU ApS) in solidum inden 14 dage betale 1.000.000 kr. til Skatteministeriet.

I sagsomkostninger for landsretten skal Alfa Laval Aalborg A/S inden 14 dage betale 600.000 kr. til Skatteministeriet.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

